

CAPÍTULO X USUFRUCTO

131. El usufructo sobre los bienes de los hijos menores en el régimen anterior a la ley 23.264
132. Modificaciones introducidas por la ley 23.264

A) GENERALIDADES

- 133. Concepto
- 134. Fundamento
- 135. Naturaleza jurídica
- 136. Caracteres

137. Normas de aplicación subsidiaria

B) SUJETOS TITULARES

- C) OBJETO
- D) COMIENZO Y CONTENIDO
- E) CARGAS
- F) EL USUFRUCTO Y LOS TERCEROS
- G) VICISITUDES
- H) EL USUFRUCTO EN EL DERECHO EXTRANJERO

Capítulo X

USUFRUCTO

SUMARIO: 131. El usufructo sobre los bienes de los hijos menores en el régimen anterior a la ley 23.264. 132. Modificaciones introducidas por la ley 23.264. A) Generalidades. 133. Concepto. 134. Fundamento. 135. Naturaleza jurídica. 136. Carácteres. 136.1. En cuanto al usufructo en sí mismo. a) El usufructo integra el Derecho de Familia patrimonial. b) Es de origen legal. c) Es universal. d) Es un derecho subjetivo de los padres, irrenunciable, fuera del comercio y restringido por cargas legales. e) No requiere inventario ni rendición de cuentas. f) No requiere fianza. g) Es temporario. 136.2. En cuanto a los frutos percibidos por los usufructuarios. 137. Normas de aplicación subsidiaria. B) Sujetos titulares. 138. Distinciones. 139. Padres matrimoniales. 139.1. Padres matrimoniales ambos en ejercicio de la patria potestad. 139.2. Padres matrimoniales no ambos en ejercicio de la patria potestad. a) Supuesto de padres no convivientes. b) Supuesto de padres convivientes. b.1.) Progenitor único en ejercicio de la patria potestad por atribución de ésta según el artículo 264 ter. b.2.) Progenitor único en ejercicio de la patria potestad por suspensión del otro. b.3.) Progenitor único en la gestión de los bienes por remoción del otro. b.4.) Progenitor matrimonial supérstite. 139.3. Progenitor matrimonial supérstite. 140. Padres extramatrimoniales. 141. Padres adoptivos. 142. Padres extramatrimoniales menores de edad no emancipados. 143. Síntesis. 144. Consecuencias de la titularidad doble o exclusiva del usufructo. 145. Calificación de los frutos adquiridos por cónyuges con

sociedad conyugal vigente. C) Objeto. 146. Bienes sobre los que recae el usufructo. 147. Excepciones. 147.1. Bienes adquiridos con el trabajo, empleo, profesión o industria del hijo. 147.2. Bienes adquiridos por causa de indignidad o desheredación de los padres. 147.3. Exclusión por voluntad del donante o testador. 147.4. El dinero del hijo. 147.5. Depósitos en Caja de Ahorro. 148. Usufructo de los bienes exceptuados. 148.1. Bienes exceptuados del usufructo de ambos progenitores. 148.2. Bienes exceptuados del usufructo de un progenitor. 148.3. Bienes exceptuados del usufructo del único titular de este derecho. 148.4. Uso de los bienes exceptuados. 149. Concordancia y discordancia entre la exclusión de la administración y la del usufructo. D) Comienzo y contenido. 150. Comienzo del usufructo. 150.1. De los padres matrimoniales. 150.2. De los padres extramatrimoniales. 151. Contenido. 151.1. Derechos. a) Uso y goce de los bienes. b) Propiedad de los frutos y productos. c) Casos particulares. c.1) Cosas consumibles distintas del dinero. c.2) Ganados. 151.2. Deberes. E) Cargas 152. Naturaleza. 153. Cargas y delimitación del usufructo. 154. Cargas genéricas. 154.1. Cargas de los bienes y gastos conservatorios. 154.2. Intereses de deudas del hijo. 154.3. Intereses de deudas contraídas en el ejercicio de actividades incluidas en el inciso 1º del artículo 287. 154.4. Intereses de deudas originales en acto ilícito. 155. Cargas específicas. 155.1. Gastos de subsistencia y educación de los hijos. 155.2. Gastos de enfermedad y entierro del hijo. 155.3. Gastos de funerales del testador que instituyó heredero al hijo. 156. Gastos de administración de los bienes. F) El usufructo y los terceros. 157. El usufructo y los acreedores de los padres. 158. Ley 19.551. 159. El usufructo y los acreedores del hijo. G) Vicisitudes. 160. Vicisitudes del usufructo. 161. Causales de extinción del usufructo común. 162. Causales de extinción específicas. 163. Privación. 164. Suspensión. 165. Responsabilidad de los padres. H) El usufructo en derecho extranjero.

131. El usufructo sobre los bienes de los hijos menores en el régimen anterior a la ley 23.264

El Código Civil organizó el usufructo de los padres sobre los bienes de sus hijos menores en los artículos 287 a 292 del Título relativo a la patria potestad que solamente encaraba la de los hijos legítimos. Conforme al artículo 336, los padres naturales carecían del usufructo.

Si bien la ley 10.903 modificó la redacción del artículo 264 atribuyendo el ejercicio de la potestad del hijo natural a la madre o al que lo reconocía o había sido declarado su padre o su madre, la amplitud de los contenidos de aquélla se consideraron plena y claramente conferidos por el artículo 2º de la ley 11.357, siempre en relación con la filiación natural. La ley 14.367 limitó el derecho de usufructo no en cuanto a la distinción de filiaciones extramatrimoniales que suprimió, sino con respecto al reconocimiento, es decir, a la admisión espontánea de la filiación (art. 11), como lo había establecido la ley de 1926 con respecto al padre natural.

La ley de adopción 13.252 excluyó expresamente al adoptante del usufructo, exceptuando el caso del adoptante sobreviviente que gozaba del mismo sobre los bienes heredados por el hijo adoptivo del otro adoptante, premuerto (art. 15). La ley 19.134 equiparó el contenido de la patria potestad del adoptante a la del progenitor matrimonial (art. 22 para la adopción simple y art. 14 para la adopción plena), con una excepción cuando se adopta al hijo del cónyuge, en

que la patria potestad, incluida la administración de los bienes y el usufructo, continúa en cabeza del progenitor de sangre según los términos del artículo 22 *in fine*.

132. Modificaciones introducidas por la ley 23.264

La ley 23.264 sustituyó dos textos del Código Civil, a saber, el 287 y el 290, con trascendencia para el objeto del usufructo más, principalmente, para los sujetos titulares. Además, derogó expresamente el artículo 289 (art. 18 de la ley citada). Las restantes normas no han sido sustituidas ni derogadas expresamente, por lo tanto, el régimen del usufructo se integra con los artículos 287 y 290 según la ley 23.264 y los artículos 288, 291, 292, 2816 y 2858 según la redacción de Vélez. Los artículos 14 y 22 de la ley 19.134 conservan sus efectos pero es razonable entender que la oración final del último de estos preceptos ha sido tácitamente derogada porque la permanencia de la patria potestad exclusivamente en el progenitor de sangre no se compadece con el sistema actual de ejercicio conjunto de la autoridad. Lo lógico es entender que el progenitor biológico y el adoptante asumen el rol de progenitores matrimoniales del menor, no siendo un disvalor que el adoptante adquiera ventajas patrimoniales directas en virtud de la adopción, ya que asume todas las obligaciones y responsabilidades propias de la paternidad-maternidad³¹⁵.

Los proyectos de Menem y de Belluscio constituyen los antecedentes inmediatos de los artículos 287 y 290. Este último había sido también propuesto por la diputada M. C. Guzmán. Es de lamentar que la redacción vigente no haya aclarado, como lo hacían los dos proyectos citados en primer término, que el padre y la madre gozan del usufructo por mitades, redacción que fue incluida en el texto sancionado por la Cámara de Senadores y no por la de Diputados, siendo así aceptado por la Cámara de origen.

³¹⁵ Idéntico criterio hemos sostenido en lo que hace a la administración: supra N° 5.

A) GENERALIDADES

133. Concepto

En un sentido estricto, el usufructo de los padres sobre los bienes de los hijos es el derecho que la ley les reconoce de usar dichos bienes y de percibir para sí los frutos de los mismos que excedan los requeridos para el cumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, sin obligación de rendir cuentas. No obstante, por la expresa mención del artículo 291 enumerativo de las cargas, es dado conceptualizarlo como el derecho de usar y gozar de los bienes de los hijos y de percibir sus frutos sin obligación de rendir cuentas con el cargo de invertirlos en primer término en el cumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad³¹⁶.

Hubiera sido preferible un tratamiento legal que limitara el usufructo *ab initio*, al uso de los bienes y a la percepción de los frutos y rentas que excedan la alimentación y educación de los menores con las cargas comunes que pesan sobre todo usufructuario. Se hubiera evitado de esta manera la superposición entre administración y usufructo que no contribuye a la claridad del sistema ya que, tal como está previsto, los progenitores perciben los frutos y rentas del hijo, los administran en su representación y los invierten en la satisfacción de las necesidades del mismo, aprovechando personalmente sólo los excedentes.

134. Fundamento

La doctrina ofrece distintos fundamentos para el usufructo paterno-materno. Entre ellos, algunos acentúan el aspecto compensatorio del cumplimiento de los deberes de los padres, del cuidado y

³¹⁶ BUSSO, *op. y loc. cit.*, com. al art. 287, N° 1; BELLUSCIO, *Manual*, 4a. ed. cit., *loc. cit.*, N° 555; LLAMBIAS, *Código Civil* cit., *loc. cit.*, com. al art. 287, N° 1; CNCiv Sala B, 7 de abril de 1983, en LL 1983-D, 505.

atención del hijo y de los gastos demandados por su educación; otros apelan a la voluntad del causante o del autor de la liberalidad que no excluyó a los progenitores de beneficiarse con los bienes recibidos gratuitamente por el menor; otros relacionan el usufructo con la administración como medio de ampliar las facultades respectivas a través de la excepción de rendir cuentas y de restituir los saldos, junto al razonable reconocimiento del derecho de los padres a usar los bienes del hijo³¹⁷. Otros, por fin, se remiten a la solidaridad familiar, al deber de todos los miembros de la familia de contribuir al sostén o bienestar común, además de la favorable proyección que esta actitud participativa tiene sobre la personalidad en formación del niño o adolescente³¹⁸.

Inclinándonos por esta última tesisura, importa destacar que la legislación española contemporánea expresamente dispone que los hijos deben “contribuir equitativamente, según sus posibilidades, al levantamiento de las cargas de la familia mientras convivan con ella” (art. 155, 2º) y que, si bien los frutos de los bienes del hijo no emancipado le pertenecen, “los padres podrán destinar los del menor que viva con ambos o con uno solo de ellos, en la parte que le corresponda, al levantamiento de las cargas familiares” sin obligación de rendir cuentas “de lo que se hubiese consumido en tales atenciones” (art. 165). Estas normas obedecen al propósito de coordinar el derecho de los hijos a los frutos de sus bienes, la gratuidad propia del cumplimiento de los deberes paternos y la necesaria consideración de la familia —comunidad de personas unidas por vínculos de singular envergadura que imponen los deberes de solidaridad en grado eminente—.

De Prada González escribe sobre el apartado segundo del artículo 155: “Significa esto la elevación a norma jurídica de una nor-

317 En especial sobre este último enfoque, MAZZINGHI, *op. y loc. cit.*, Nº 640.

318 En especial, sobre esta consideración: BORDA, *Familia cit.*, *loc. cit.*, Nº 915.

ma moral que obliga a los hijos, incluso mayores de edad, a ayudar a sus hermanos menores y, en general, a no desligarse en forma absoluta de la familia a que pertenecen y de sus necesidades, si bien limitado... al supuesto de continuar viviendo con ella. Es, pues, una aplicación del principio de solidaridad familiar y en este sentido plausible su introducción”³¹⁹.

135. Naturaleza jurídica

El tema de la naturaleza jurídica del usufructo de los padres se plantea entre los extremos de identificación con el usufructo legislado en los artículos 2807 y siguientes del Código Civil, con particularidades, o su tipificación como institución distinta perteneciente al Derecho de Familia.

La primera alternativa de la opción se basa en la oración inicial del artículo 2816 “El usufructo legal es establecido por la ley en los bienes de los hijos menores a favor de sus padres, en los términos dispuestos en el título *De la patria potestad...*” con el que se especifica el inciso 3º del artículo 2812, en la remisión a las cargas que pesan sobre todo usufructuario efectuada en el inciso 1º del artículo 291 y, finalmente, en la norma del artículo 2862 que unifica los derechos y obligaciones del usufructuario cualquiera sea la causa-fuente del usufructo.

La segunda alternativa de la opción se apoya en caracteres que son exclusivos del usufructo de los padres y que, o están especialmente dispuestos (caso del inciso 1º del artículo 291 y del art. 2858) o derivan necesariamente de su inclusión en los contenidos de la patria potestad.

Las consecuencias de la aceptación de una u otra testitura no son realmente decisivas porque si bien de la primera se deduciría la libre disponibilidad del usufructo (art. 2870) y la obligación de

³¹⁹ DE PRADA GONZALEZ, *op. cit.*, p. 145.

inventariar (art. 2846), unánimemente se reconoce que tales derivaciones de la concepción considerada se oponen a disposiciones contrarias expresas o al espíritu de la autoridad de los progenitores recalado en la redacción del artículo 264 *ab initio* y que debe privar en la solución de cualquier conflicto que la involucre. La definición doctrinaria, no obstante, reviste interés para acentuar esa dependencia y la que el usufructo tiene con respecto a los principios que informan el Derecho de Familia patrimonial.

Por la especificidad del usufructo de los padres se inclinan Bussó y Borda, expresando el primero que “se trata de una institución de carácter familiar con las modalidades propias que singularizan el Derecho de Familia, al punto que resulta rara vez asimilable en su naturaleza a las del verdadero usufructo”³²⁰. Por el contrario, siguiendo a Rébora³²¹, Mazzinghi rehusa que se conforme con el usufructo paterno-materno una institución *sui generis*, siendo posible integrarlo en la regulación más comprensiva del usufructo general con lo que se facilita la aplicación de los principios generales a los casos especiales sin negar las particularidades que reviste³²².

La jurisprudencia se ha pronunciado a favor del primer extremo de la opción³²³, que estimamos el más ajustado a sus características.

³²⁰ BUSSO, *op. y loc. cit.*, com. al art. 287, Nº 20. Ver los números anteriores. BORDA, *Familia* cit., *loc. cit.*, Nos. 916 y 917.

³²¹ REBORA, Juan Carlos, *Instituciones de la Familia*, Buenos Aires, 1947, T. IV, paragr. 27, Nº 5 y ss. En los Tratados de derechos reales se expone el usufructo paterno-materno: BORDA, *Tratado de Derecho Civil. Derechos Reales*, Buenos Aires, 1975, T. II, Cap. XIV *passim*; MUSTO, Néstor Jorge, *Derechos Reales*, Santa Fe, 1983, T. III, Cap. XXXII, 7, F).

³²² MAZZINGHI, *op. y loc. cit.*, Nº 642.

³²³ CC en pleno, 9 de octubre de 1933 cit., en nota Nº 237 (ver votos de Grandoli, Barraquer y Tobal); C. 2a. de Ap. de La Plata, 4 de noviembre de 1927, en JA 26, 831; CC 1a. de La Plata, 30 de abril de 1940, en JA 32, 1142; CC 2a. de La Plata, 23 de agosto de 1932, en JA 39, 256, etc.

136. Caracteres

136.1. En cuanto al usufructo en sí mismo.

a) *El usufructo integra el derecho de Familia patrimonial.* El usufructo de los padres es una institución del Derecho de Familia patrimonial. Como tal, constituye un derecho o un conjunto de derechos subjetivos de los padres cuyo reconocimiento “se realiza procurando satisfacer las necesidades e intereses de la familia, más que los intereses individuales de cada familiar”³²⁴.

b) *Es de origen legal.* Se encuentra, efectivamente, dispuesto en los artículos 287 y 2816.

c) *Es universal.* Abarca, en principio, todos los bienes de propiedad del hijo. La concentración de este derecho sobre distintos objetos en un solo sujeto titular, el menor, es suficiente para que sean considerados como universalidad jurídica patrimonial con la consiguiente calificación de “universal” que recae sobre el usufructo³²⁵.

La ley establece importantes excepciones en el artículos 287 y se acepta que tampoco existe cuasi-usufructo sobre el dinero del hijo³²⁶.

d) *Es un derecho subjetivo de los padres, irrenunciable, fuera del comercio y restringido por cargas legales.* Las precedentes cualidades derivan necesariamente de las que ostenta la patria potestad, a cuyo margen no se concibe el usufructo de los progenitores y son distintas de las correspondientes al usufructo común (art. 2870).

La disponibilidad del usufructo limitado al excedente sobre las cargas es también inaceptable porque comprometería frutos futuros sobre los cuales “pesan cargas cuya elasticidad haría en todo caso sumamente incierto el derecho de los cesionarios”³²⁷.

³²⁴ GUASTAVINO, *Bien de Familia* cit., Nº 34. Ver también el Nº 32, d).

³²⁵ BORDA, *Derechos Reales* cit., T. II, Nº 829.

³²⁶ Infra Nº 147.4.

³²⁷ BORDA, *Familia* cit., loc. cit., Nº 916, a).

e) *No requiere inventario ni rendición de cuentas.* La no exigencia de inventario resulta de la integración en la patria potestad y tiene una sola excepción, la del artículo 296³²⁸ debiendo notarse que, a diferencia de lo que ocurre en el usufructo común, este inventario no precede a la iniciación del goce del progenitor titular, quien continúa en él hasta el vencimiento del término sin haberlo ejecutado³²⁹.

f) *No requiere fianza.* Los usufructos no deben ofrecer fianzas cuando su usufructo deriva exclusivamente de la ley, pero puede serles exigidas por convención o testamento por la tercera persona otorgante o testador (arts. 291, 1º y 2858).

La dispensa de la obligación de afianzar se basa en la singularidad de las relaciones paterno-materno-familiares, en la posible falta de recursos de los progenitores que de ningún modo debe obstaculizar su ejercicio de la patria potestad y en que cabe presumir la voluntad de los hijos de no exigirla a sus padres, con la eficacia que el artículo 2851 confiere a esta decisión de los constituyentes del usufructo³³⁰.

g) *Es temporario.* Se extiende hasta la conclusión de la patria potestad. Por el contrario, el usufructo común puede extenderse durante la mayoría de edad del constituyente con carácter incluso vitalicio (art. 2822).

136.2. *En cuanto a los frutos percibidos por los usufructuarios.* Los frutos percibidos por los usufructuarios una vez satisfechas las cargas, están en el comercio e integran el patrimonio de aquéllos a todos los efectos, incluida la ejecutabilidad por sus deudas.

137. *Normas de aplicación subsidiaria*

La especificidad del usufructo paterno-materno no quita su ín-

328 Supra N° 24 y ss.

329 Confr. BELLUSCIO, *Manual*, 4a. ed. cit., loc. cit., N° 557.

330 Ver BUSSO, *op. y loc. cit.*, com. al art. 291, N° 16 y ss.; BORDA, *Familia* cit., loc. cit., N° 929, a); MAZZINGHI, *op. y loc. cit.*, N° 647.

tima relación con el usufructo común, cuyas normas son aplicables subsidiariamente. El régimen particular se completa subsidiariamente con el establecido para el usufructo común pero todo el conjunto es dominado por la finalidad de la patria potestad, es decir, la protección y formación integral de los menores (art. 264 *ab initio*). Incluso el libre uso y disfrute de que son titulares los padres sobre los bienes de los menores debe ser regular, no abusivo, en el sentido de no contrariar el derecho del hijo a un ámbito familiar sano y moral que favorezca su desenvolvimiento personal.

La primacía del espíritu y sentido de la patria potestad se impone así tanto para la aplicación subsidiaria de los preceptos del usufructo común³³¹ como para la hermenéutica de las normas específicas.

B) SUJETOS TITULARES

138. Distinciones

Es preciso distinguir los supuestos de padres matrimoniales y extramatrimoniales y, con respecto a unos y otros, las consecuencias del ejercicio conjunto o unipersonal de la patria potestad.

139. Padres matrimoniales

139.1. *Padres matrimoniales ambos en ejercicio de la patria potestad.* Ambos padres matrimoniales que tienen a los hijos bajo su autoridad, en otros términos, que se encuentran en ejercicio de la patria potestad, son titulares del usufructo (art. 287: "El padre

³³¹ BUSSO, *op. y loc. cit.*, com. al art. 287, N° 21; BORDA, *Familia* cit., *loc. cit.*, N° 916, etc.

Jurisprudencialmente se ha aceptado la aplicación de las normas del usufructo común en la medida en que no contradigan la naturaleza jurídica del usufructo paterno. C.C. Com. y Minería San Juan, en JA 1980-II, 257.

y la madre tienen el usufructo de los bienes de sus hijos matrimoniales... que estén bajo su autoridad"). Por lo tanto, el usufructo corresponde a ambos progenitores matrimoniales convivientes (art. 264, 1º, regla establecida en la primera oración).

139.2. Padres matrimoniales no ambos en ejercicio de la patria potestad.

a) *Supuesto de padres no convivientes.* Los hijos no están bajo la autoridad de ambos progenitores matrimoniales no convivientes sino que el ejercicio de la patria potestad corresponde al que tiene la tenencia en los supuestos de anulación del matrimonio, separación legal, divorcio o separación de hecho de los cónyuges (art. 264, excepción establecida en la primera oración del inciso primero y norma del inciso 2º). El usufructo, por lo tanto, no correspondería al progenitor que carece de la tenencia.

Esta interpretación literal es conflictiva porque el progenitor no convíviente con el menor conserva importantes derechos integrantes de la patria potestad (art. 264, 2º y 264 quater, inciso 1º a 5º) incluso patrimoniales, como se ha explicado en materia de administración y disposición de los bienes (264 quater, 6º y 7º)³³². Además, según el artículo 303, el removido de la administración conserva el usufructo, de manera que, no encontrándose totalmente desplazado de la gestión de los bienes parecería, en este caso, justificarse menos su exclusión.

Pero es evidente que pueden pesar otros factores en la solución del problema, especialmente la culpabilidad exclusiva del separado legalmente, divorciado o separado de hecho o la mala fe de los contrayentes del matrimonio viciado. "De otro modo, opina Borda, podrían darse situaciones contrarias a toda idea de moral y justicia. Supóngase que el marido, único culpable del divorcio, vuelva a casarse y tenga hijos de la segunda esposa. Si la primera, a quien se ha otorga-

³³² Supra Nos. 7.1, a), 70.1, 72 y 73.

do la tenencia de los hijos, se ha dedicado a ellos sin formar una nueva unión, debe gozar exclusivamente del usufructo, y no compartirlo con su ex-esposo, cuyo segundo hogar vendría, de este modo, a gozar de las rentas de los hijos del primero”³³³.

Las Segundas Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal, de Junín (octubre de 1986), concluyeron que “En caso de separación de hecho o divorcio de los padres, el usufructo sobre los bienes de sus hijos corresponde, en principio, a ambos”³³⁴.

333 BORDA, *Familia* cit., loc. cit., Nº 919, 2).

334 Ver las conclusiones en JA del 29 de octubre de 1986, p. 19 y ss. La transcripta es la del Nº 4 del sub-tema Patria Potestad del Tema I y figura en la p. 20. La comisión estuvo presidida por Zannoni, con secretaría de María Fabiana Noblia y la integraron, entre otros, los Dres. Waigmaster, Lloveras, Fleitas Ortiz de Rozas, Pitrau, Medina, habiéndose aprobado por unanimidad la ponencia presentada por Fleitas Ortiz de Rosas, Pitrau y López Fuster que se transcribe a continuación.

“Fundamento.

El artículo 287 del Código Civil (conforme ley 23.264) establece que ‘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...’

¿Cómo se aplica esta norma en caso de separación de hecho o divorcio?

El artículo 264, inciso 2º , dispone que el ejercicio de la patria potestad corresponde ‘en caso de separación de hecho, divorcio, o nulidad de matrimonio, al padre o madre que ejerza legalmente la tenencia, sin perjuicio del derecho del otro de tener adecuada comunicación con el hijo y de supervisar su educación’.

Una primera interpretación aparente de ambos textos podría conducir a sostener que el usufructo corresponde sólo al padre o madre que ejerce la tenencia.

Sin embargo, entendemos que una interpretación más adecuada al sentido de las normas en cuestión, y que coordina mejor sus disposiciones, lleva a la conclusión contraria, y que es motivo de esta ponencia: la separación de hecho o el divorcio no priva del usufructo de los bienes de sus hijos, al padre o madre que no ejerce la tenencia.

Para sostener esa conclusión debe tenerse en cuenta que:

a) La atribución del ejercicio de la patria potestad a quien está a cargo de la tenencia es relativa, y no significa una privación completa de sus facultades al otro progenitor (distinto sería el caso de privación –art. 307– o suspensión –art. 309–).

En el sistema de la ley 23.264, el padre que no ejerce la tenencia conserva las atribuciones fundamentales de la patria potestad, requiriéndose su consentimiento expreso para los actos indicados en el artículo 264 quater, y su derecho a ‘tener adecuada comunicación con el hijo y supervisar su educación’.

Ello fue claramente explicitado al fundarse el dictamen de Comisión en el Senado, donde la senadora Rivas expresó que ‘...el hecho de la separación matrimonial, y de la sucesiva atribución de la tenencia a uno de los cónyuges, no puede convertirse en una sanción para el otro, a quien se privatía de participar en cuestiones decisivas para la vida del hijo...’ (Diario de Sesiones del Senado de la Nación del 5 de setiembre de 1984).

Compartimos la precedente conclusión acentuando la salvedad que deriva de la expresión “en principio”. En efecto, la exclusión del usufructo derivada de la sola privación de la guarda puede ser tan injusta como su conservación en los mentados ejemplos, si quien la tiene fue también culpable, ha celebrado nuevas nupcias o mantiene una situación irregular sin dejar de convivir con los menores. Más bien ha de suponerse que el principio del abuso del derecho o hasta el del enriquecimiento sin causa³³⁵, pueden ser instrumentos adecuados de corrección a través de una intervención judicial solicitada por el otro progenitor o por el Ministerio de Menores.

El derecho de los contrayentes de mala fe del matrimonio anulado planteaba una situación clara durante la vigencia de la ley 2393 y antes de la 23.264: si uno de ellos se encontraba en esa situación, carecía de los derechos de la patria potestad conservando sus cargas (art. 88, 3º); si ambos eran de mala fe, por extensión razonable de lo antedicho, debían carecer también ambos del usufructo. La ley 23.264 no hace distinción en ninguna de sus referencias a la nulidad.

b) Podría decirse, a favor del progenitor que ejerce la tenencia, que la misma significa una carga que justificaría su preferencia para el usufructo y el desplazamiento del otro; pero ello no es suficiente razón:

De acuerdo con el artículo 271, ‘en caso de divorcio, separación de hecho o nulidad de matrimonio, incumbe siempre a ambos padres el deber de alimentar a sus hijos y educarlos, no obstante que la tenencia sea ejercida por uno de ellos’; y, por otra parte, los gastos de subsistencia, educación y salud del hijo, son cargas del usufructo (art. 291), o sea que el derecho que se discute se refiere a la distribución del excedente, una vez cubiertas esas cargas.

c) Con anterioridad a la ley 23.264 la doctrina había entendido que el usufructo sobre los bienes de los hijos revestía carácter ganancial, y que, de producirse la separación de bienes entre los padres, correspondía a ambos por mitades (conforme BUSSO, Eduardo, *Código Civil Anotado*, Bs. As., 1945, T. II, p. 618, N° 32; BORDA, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil Argentino –Familia–*, Bs. As., 1973, T. II, N° 919 p. 207; BELLUSCIO, *Código Civil comentado, anotado y concordado*, Bs. As., 1984, T. II, p. 146 y sus citas).

Si dicho criterio era aceptado cuando sólo el padre tenía el ejercicio de la patria potestad (art. 264 del Código Civil antes de la ley 23.264), no parece lógico modificarlo como consecuencia de una reforma que tuvo por fin equiparar a los padres y dar un sentido integrado y participativo al ejercicio de la patria potestad”.

335 El proyecto de unificación de la legislación civil y comercial incluye expresamente la figura del enriquecimiento sin causa (arts. 2309 y 2310).

dad del matrimonio según la buena o mala fe de los contrayentes y, por su parte, la ley 23.515 carece de mención de los hijos en su estructuración de los efectos del matrimonio viciado aunque priva al celebrado con mala fe de ambos contrayentes de todo efecto civil (art. 223).

La única distinción que subsiste se da, precisamente, en materia de usufructo recayendo sobre el requisito del reconocimiento voluntario del hijo, el que, sin duda, existirá a través de la inscripción del nacimiento en los casos de matrimonio anulado. Por todo ello, la situación de estos progenitores es idéntica a la de progenitores divorciados.

b) *Supuesto de padres convivientes.*

b.1) *Progenitor único en ejercicio de la patria potestad por atribución de ésta según el artículo 264 ter.* La atribución de la patria potestad a uno de los progenitores en virtud de lo permitido por el artículo 264 ter es considerado un caso de suspensión de la misma, que no conlleva la exclusión contemporánea del usufructo ya que la intervención del suspendido en los actos jurídicos de mayor trascendencia personal o patrimonial para el menor es análoga a la del divorciado o separado de hecho³³⁶.

b.2) *Progenitor único en ejercicio de la patria potestad por suspensión del otro.* Las causas de suspensión de la patria potestad no configuran siempre comportamientos violatorios de los deberes paternos puesto que algunas obedecen a circunstancias ajenas a la voluntad del afectado. Los casos del artículo 309 permiten, en efecto, agruparse en causales imputables y no imputables. En el primer grupo cabe la inhabilitación por embriaguez habitual o drogadependencia³³⁷ y la condena según el artículo 12 del Código Penal. En el se-

336 Supra N° 7.2.

337 Esta interpretación coincide con la de Aída Kemelmajer de Carlucci en su ponencia sobre el tema “Responsabilidad de los padres por los daños causados por los hijos”, presentada a la VII Jornada Científica de la Magistratura Argentina y que quedó incorporada tácitamente a las conclusiones pues se afirmó la responsabilidad del padre privado o suspendido de la patria potestad por hechos que le sean imputables.

gundo, la interdicción por demencia o sordomudez, la inhabilitación por debilidad mental, la colocación del menor en un establecimiento de protección. La simple ausencia es difícil de calificar en abstracto porque puede involucrar el abandono voluntario del hijo pero, de cualquier manera, importa la imposibilidad de atenderlo, de intervenir en la gestión de sus bienes y de percibir los frutos. Todo esto último es también predictable del penado.

El Código Civil mantiene el usufructo del progenitor demente sin distinguir entre la demencia declarada y la no declarada (art. 304 vigente), abarcando, por lo tanto, la suspensión de la patria potestad del interdicto y la probable atribución al sano conforme a lo previsto en el artículo 264 ter. La conclusión es lógicamente extensible al sordomudo interdicto y al inhabilitado por debilidad mental. El fundamento del precepto es obvio y no atiende al hecho de la convivencia familiar o de la internación del interdicto o inhabilitado.

Tampoco se justificaría la suspensión del usufructo de los padres que colocaron al hijo en un establecimiento de protección, situación en que, más que probablemente, carecerá de bienes.

En las restantes hipótesis, la suspensión de la patria potestad debe acarrear la del usufructo³³⁸.

b.3) *Progenitor único en ejercicio de la patria potestad por privación del otro.* Todas las causales de privación de la autoridad comportan conductas ilícitas y significativas de gravísimas deficiencias en el cumplimiento de los deberes paternos (art. 307). El privado no goza del usufructo.

b.4) *Progenitor único en la gestión de los bienes por remoción del otro.* El progenitor removido de la gestión de los bienes conserva el usufructo, según la disposición expresa del artículo 303.

³³⁸ Pero la conclusión sería la opuesta si se entiende que la embriaguez y la drogadicción son enfermedades y que el usufructo a favor del enfermo constituye un medio para su recuperación.

139.3. Progenitor matrimonial supérstite. El usufructo corresponde al progenitor sobreviviente, quien lo conserva aunque contrai-ga nuevas nupcias (art. 1272, 5a. cláusula).

El supérstite que omite el inventario de los bienes gananciales pierde el usufructo (art. 296)³³⁹.

140. Padres extramatrimoniales

La situación de los padres extramatrimoniales es básicamente distinta a la de los padres matrimoniales. Para que gocen del usufructo no es suficiente con que la filiación se encuentre determinada y con que ejerzan la patria potestad; es indispensable que hayan reconocido al hijo (art. 287, párrafo inicial) debiendo recordarse que la posesión de estado acreditada en juicio tiene el valor de reconocimiento siempre que no fuera desvirtuada por la prueba en contrario sobre el nexo biológico (art. 256).

En síntesis, los progenitores extramatrimoniales son titulares del usufructo cuando han reconocido al hijo o cuando se ha configurado al respecto la posesión de estado acreditada judicialmente³⁴⁰ y se encuentran en ejercicio de la patria potestad.

A la inversa, no gozan del usufructo el progenitor declarado tal en juicio sin demostración de la posesión de estado aunque se encuentre en ejercicio de la patria potestad (supuesto del inciso 6º del artículo 264) y aunque conviviera con el reconociente y el menor³⁴¹.

Cabe preguntarse sobre si para resolver la cuestión del derecho al usufructo del progenitor también reconociente pero que no tiene la tenencia del hijo por no darse la convivencia (art. 264, inciso 5º), es razonable apelar por analogía a la solución propuesta en las hipótesis de progenitores matrimoniales separados legalmen-

³³⁹ Supra N° 26.4, 25.

³⁴⁰ Sobre estos puntos, nuestra obra, *La filiación*, Santa Fe, 1985, Cap. VIII y N° 171.

³⁴¹ Supra N° 6.

te, divorciados o separados de hecho (inciso 2º del artículo 264). Estimamos que la respuesta es asertiva porque la ley misma efectúa la asimilación de supuestos en el artículo 264 quater, párrafo inicial.

El usufructo de que son titulares ambos progenitores extramatrimoniales es posible de las mismas vicisitudes del de los progenitores matrimoniales señalados en los párrafos anteriores (b.1, b.2, b.3, b.4).

El usufructo es, lógicamente, del único progenitor extramatrimonial determinado si cumple con el requisito del reconocimiento o la posesión de estado acreditada en juicio.

141. Padres adoptivos

El usufructo de los bienes de los adoptados les corresponde con los caracteres del de los padres matrimoniales, a partir de la eficacia de la sentencia de adopción (ley 19.134, artículo 13 y artículo 10, f).

La disposición del artículo 22 de la ley 19.134 *in fine* no es conciliable con el régimen vigente de patria potestad conjunta: el progenitor biológico y el adoptante deben ejercerla como si se tratara de progenitores matrimoniales del hijo común, con todas sus consecuencias.

Anulada la adopción simple o plena o revocada la adopción simple, con el trámite judicial y sentencia correspondientes, la patria potestad reverte a los padres de sangre en todos sus contenidos. Ante la disposición expresa del inciso 5º del artículo 306, no puede suponerse otra causal de reversión de la autoridad a los progenitores biológicos³⁴².

³⁴² Para el derecho anterior a la ley 23.264: MAZZINGHI, Jorge Adolfo, *La patria potestad revertida a la madre de sangre por muerte de la adoptante*, en LL 1984-C, 193, comentando la sentencia de la Sala C de la CNCiv del 21 de diciembre de 1983, con especial referencia al usufructo del que fue excluida la progenitora.

142. Padres extramatrimoniales menores de edad no emancipados

Los padres extramatrimoniales menores de edad no emancipados no son titulares de la patria potestad (art. 264 bis).

No hay usufructo de los bienes del hijo correspondiéndole a éste todos los frutos o rentas de los que pudiera tener en propiedad.

143. Síntesis

He aquí la síntesis de lo expuesto:

a) *Titularidad del usufructo en ambos progenitores*: matrimoniales convivientes, separados de hecho, separados legalmente, divorciados, de matrimonio anulado; extramatrimoniales reconocientes.

b) *Titularidad del usufructo en un solo progenitor matrimonial o extramatrimonial reconociente*: el sobreviviente que inventarió (art. 296), el que ejerce exclusivamente la patria potestad por privación del otro, el extramatrimonial único reconociente del hijo.

144. Consecuencias de la titularidad doble o exclusiva del usufructo

Siempre que el usufructo corresponde a ambos progenitores, cada uno incorpora a su patrimonio la mitad de los frutos y rentas de los bienes incluidos en el usufructo que excedan las cargas (principio general y artículo 303)³⁴³. Si el usufructo corresponde a un solo progenitor, éste adquiere dichos frutos o rentas en su totalidad³⁴⁴. No obstante, el uso de los bienes alcanza a los dos padres cuando es posible de hecho porque con ello no se vulnera ningún interés.

Faltando todo usufructuario, el usufructo de sus bienes corresponde al menor.

³⁴³ D'ANTONIO, *Nuevo régimen* cit., com. al art. 287, 2; LLOVERAS, *op. cit.*, com. al art. 287, 1.

³⁴⁴ No hay norma que disponga la atribución del usufructo de que no goza un progenitor, al menos, como la hay cuando se trata de exclusión del usufructo de determinados bienes (arts. 287 y 288).

Tratándose de progenitores matrimoniales o extramatrimoniales no conviventes pero ambos con derecho al usufructo, el que tiene al hijo consigo percibe los frutos y rentas y debe entregar al otro la parte a que tiene derecho.

145. Calificación de los frutos adquiridos por cónyuges con sociedad conyugal vigente

Los frutos y rentas que se incorporan al patrimonio del padre y de la madre con sociedad conyugal vigente, son gananciales de titularidad de uno y otra respectivamente. La calificación de ganancial se deduce del principio genérico de conceptuación de estos bienes, en cuanto adquiridos onerosamente durante la vigencia del régimen patrimonial matrimonial, si se tiene en consideración que, al menos en parte, el usufructo se justifica como compensación de los cuidados paternos-maternos y de la gestión de los bienes del hijo³⁴⁵.

Los frutos que adquiere el cónyuge binuvo de los bienes de los hijos del matrimonio anterior son gananciales de aquél. La ley registra una evolución en tres etapas: la de vigencia de la cláusula 6a. del artículo 1272, según la cual son gananciales incorporados al patrimonio del progenitor binuvo; la del artículo 3º, 2º, d) de la ley 11.357, según la cual son propios del mismo; y la actual, en que ha sido derogado el artículo recién citado por la ley 17.711. La alternativa doctrinaria se plantea entre el restablecimiento de la vigencia del párrafo citado del artículo 1272 y la sujeción del caso a los principios generales con esta divergencia: para Guaglianone y Vidal Taquini, el producido es propio porque fue adquirido por título anterior a las segundas nupcias, según el primero, y por la derogación definitiva de la cláusula pertinente del artículo 1272 por la ley 11.357, conforme al segun-

³⁴⁵ GUAGLIANONE, *Régimen patrimonial del matrimonio*, II, Buenos Aires, 1975, Nº 234; BORDA, *Familia* cit., loc. cit., Nº 919, 1; MAZZINGHI, *op. cit.*, T. II, Nº 216; ZANNONI, *Derecho de Familia* cit., T. II, parágr. 1023.

do³⁴⁶. Para Mazzinghi, el producido es propio por la gratuitad de la adquisición y porque constituye un aspecto de un derecho personalísimo que es el ejercicio de la patria potestad unido a motivos de equidad³⁴⁷.

Guastavino, Borda, Fassi, Bossert, Zannoni, Belluscio³⁴⁸, en opinión que compartimos, sostienen que es ganancial. Es la calificación exacta por aplicación de la regla del primer párrafo del artículo 1272, por su calidad de frutos y por simetría con lo dispuesto en el inciso 1º del artículo 1275, que reputa deudas definitivamente comunes a las contraídas en la manutención de los hijos matrimoniales de uno de los cónyuges.

Es obvio que una vez concluida la sociedad conyugal, los frutos o rentas incorporados al patrimonio de cada progenitor son bienes personales tuyos.

Las consecuencias de la ganancialidad del usufructo inciden en su problemática permitiendo cuestionar el beneficio que reporta al cónyuge suspendido o privado del usufructo como sanción por haber recaído ésta sobre la patria potestad, ventaja que resulta ineludible si no se quiere sancionar al cónyuge que no merece castigo alguno. Además, la calificación de propio tampoco obstaculizaría ese beneficio porque también de los propios de un cónyuge disfruta el otro en forma de uso. Y si se objetara que, reputados propios, tales frutos o rentas no serán divididos al extinguirse la sociedad conyugal, cabe responder que es argumento insuficiente para destruir los otros en que se apoya la calificación de ganancial y que idéntico resultado puede lograrse invocando el enriquecimiento sin causa

³⁴⁶ GUAGLIANONE, *op. cit.*, Nº 236; VIDAL TAQUINI, Carlos H., *Régimen de bienes en el matrimonio*, 2a. ed., Buenos Aires, 1978, parágr. 277.

³⁴⁷ MAZZINGHI, *op. y loc.*, recién cit.

³⁴⁸ GUASTAVINO, Elías P., *Modificación al régimen jurídico conyugal*, en Revista del Notariado 699, 496, IV, c); BORDA, *Familia* cit., T. I, Nº 333; FASSI y BOSSERT, *op. cit.*, T. I, com. al art. 1272, parágr. 47; ZANNONI, *Derecho de Familia* cit., T. I, parágr. 352; BELLUSCIO, *Manual*, 4a. ed. cit., *loc. cit.*, Nº 344.

para excluir de participación al que lo está o lo estuvo del usufructo, configurando con los frutos o rentas percibidos, otra categoría de gananciales “anómalos”, es decir, de gananciales que, sin dejar de serlo, no serán compartidos por los cónyuges o sus herederos al partirse la sociedad conyugal³⁴⁹.

C) OBJETO

146. *Bienes sobre los que recae el usufructo*

El usufructo paterno-materno es universal: recae sobre todos los bienes de propiedad del menor.

El principio consta en el artículo 287 párrafo inicial. Quedan incluidos en él los bienes adquiridos por caso fortuito porque la redacción vigente no reproduce el inciso 3º del sustituido texto del artículo 287 cuya crítica era unánime en la doctrina por las consecuencias negativas que el aliciente del usufructo podría tener sobre la conducta del menor³⁵⁰.

147. *Excepciones*

Las excepciones al principio figuran en el mismo artículo 287.

147.1. *Bienes adquiridos con el trabajo, empleo, profesión o industria del hijo.* El artículo 287 conserva la referencia expresa al peculio del hijo que alcanza lógicamente a los bienes subrogados, por lo que se evitan las dificultades emergentes de la omisión de estos bienes en el artículo 293³⁵¹. No se distingue según la convivencia o no convivencia del menor con sus padres.

³⁴⁹ Son gananciales anómalos los adquiridos por los separados legalmente o divorciados desde la fecha de la notificación de la demanda o de la presentación conjunta y los adquiridos por el inocente de la separación de hecho desde su fecha (art. 1306).

³⁵⁰ MACHADO, *op. cit.*, T. I, p. 540 en nota; LAFAILLE, *op. cit.*, N° 623; BUSSO, *op. y loc. cit.*, com. al art. 287, N° 52; BORDA, *Familia cit., loc. cit.*, N° 924, b).

³⁵¹ Supra N° 15.

La redacción abarca los supuestos que contemplaba el artículo de su misma numeración en el texto de Vélez Sársfield, incisos 1º y 2º, con una expresión clara y comprensiva de todo tipo de actividad lucrativa desempeñada por el hijo, aun por cuenta de padre o madre o de ambos, debiendo recordarse lo expuesto sobre que la norma del artículo 277 no obsta a que el menor reciba remuneración de aquél o aquéllos, remuneración que cae dentro del precepto del inciso 1º del artículo 287 aquí comentado³⁵².

147.2. Bienes adquiridos por causa de la indignidad o desheredación de los padres. El precepto del inciso 2º del artículo 287 es sustancialmente idéntico al del inciso 1º del artículo 293 en el planteo del supuesto y merece las mismas consideraciones *mutandi mutandi*.

147.3. Exclusión por voluntad del donante o testador. El inciso 3º del artículo 287 es análogo al inciso 2º del artículo 293.

La cláusula de exclusión del usufructo paterno puede estar expresamente dispuesta, ya sea con la fórmula mencionada en el texto (“que el usufructo corresponda al hijo”) o exceptuando el usufructo paterno-materno o el de uno de los progenitores o tácitamente indicando el “empleo que deba hacerse de los respectivos frutos o rentas” (artículo 290).

La exclusión del usufructo es independiente de la exclusión de la administración (artículo 293) y ninguna de ellas autoriza a extenderla a la otra. No afecta el usufructo sobre otros bienes del hijo y no priva de su parte al progenitor no excluido³⁵³.

La cláusula excluyente no puede incidir sobre la legítima del hijo heredero, es decir, el testador no puede privar al progenitor del usufructo sobre los bienes que el hijo recibe a título de legítima aunque sí sobre aquellos que la excedan. Tampoco sería admis-

352 Supra Nº 61.3.

353 Infra Nº 148.

sible que un progenitor excluyera al otro del usufructo sobre los bienes que el hijo común recibirá al sucederlo, según razones ya expuestas con respecto a la administración³⁵⁴.

La expresión empleada en el inciso 2º *in fine* debe integrarse con la amplitud de la última expresión del artículo 290: el autor de la liberalidad no está obligado a atribuir el usufructo de los bienes excluidos al menor pudiendo destinarlo a un tercero determinado³⁵⁵ o, por ejemplo, a una finalidad benéfica de sujetos indeterminados.

147.4. *El dinero del hijo.* El Plenario de las Cámaras Nacionales Civiles del 9 de octubre de 1933 dejó sentado que no hay cuasi-usufructo del dinero, según se especificó al considerarse la administración de los fondos dinerarios del menor³⁵⁶. Sobre esta especie de bienes solamente existe la administración de los progenitores. De lo contrario, resultarían aplicables los artículos 2808, 2811 y 2871, según los cuales aquéllos harían suyo el dinero pudiendo disponer de él libremente con obligación de restituir a la terminación del usufructo³⁵⁷.

354 Ver supra Nº 14.2.

355 BORDA, *Familia* cit., loc. cit., Nº 926.

356 Supra Nº 90. El fallo plenario cit. supra en nota Nº 237. Ver nuestro *Del abuso* cit., p. 183 y ss. La posición jurisprudencial no es unánime, como no lo fue en el plenario. Ver C. Com. de la Capital, JA 1950-III, 283; SC Buenos Aires, JA 1951-I, 618, C 2a. La Plata, en JA 1962-V, 115. El Superior Tribunal de Santa Fe, Sala 1a. Civ. y Com., en 12 de julio de 1958, estimó que el usufructo de los padres sobre el dinero de los hijos constituye un cuasi-usufructo atributivo del dominio y que la venia solicitada por los padres importa una renuncia tácita a dicho dominio (*juris* 13, 247).

357 Ver BORDA, *Familia* cit., loc. cit., Nº 937 y sus referencias; MAZZINGHI, *op. y loc. cit.*, Nº 636; FASSI, Santiago Carlos, *El usufructo a favor de los padres*, en Revista del Centro de Estudiantes de La Plata, octubre de 1940, p. 50 y ss.

Confr.: CNCiv., Sala D, 25 de febrero de 1982, en LL 1982-D, 542, 36.207-S; CNCiv., Sala B, 7 de abril de 1983, en LL 1983-D, 505 (Es importante la distinción que formula cuando expresan los fundamentos que "Desde hace tiempo y como una consecuencia más de la permanente desvalorización del signo monetario, los intereses sólo atribuyen el uso del capital, punto en que puede decirse que son estrictamente los frutos, sino que dentro de los mismos se incluye un porcentaje más alto que tiende a reparar el deterioro de dicho capital por la inflación. Puede afirmarse entonces que, como los réditos generados por la inversión estos últimos años tienden, en forma sustancial, a paliar los efectos de la pérdida del valor del dinero, en esa proporción dejan de ser frutos para ser parte integrante del mismo capital,

147.5. Depósitos en Caja de Ahorro. Los depósitos en Caja de Ahorro pueden ser retirados por el menor mayor de 16 años por sí solo hasta los 50 pesos (ley 9527, artículo 6º, e) o su equivalente con las correcciones que hace necesaria la evolución del signo monetario³⁵⁸. Esto significa que están excluidos del usufructo y de la gestión paterno-materna.

148. Usufructo de los bienes exceptuados

El usufructo de los bienes exceptuados corresponde al hijo (artículo 288). Teniendo en cuenta los casos posibles, cabe distinguir los supuestos de exclusión de ambos progenitores o de uno de ellos.

148.1. Bienes exceptuados del usufructo de ambos progenitores. Corresponden al hijo: todos los frutos y rentas de los bienes obtenidos con su trabajo; todos los frutos y rentas de los bienes heredados a causa de la indignidad o desheredación de ambos progenitores en la misma sucesión; todos los frutos y rentas de los bienes recibidos por herencia, legado o donación conforme a la voluntad del testador o donatario que excluya a los dos padres expresamente o tácitamente dando a los frutos un destino particular.

148.2. Bienes exceptuados del usufructo de un progenitor. Corresponden al hijo: la mitad de los frutos y rentas de los bienes heredados por indignidad o desheredación de uno de sus progenitores o por disposición del autor de la liberalidad que excluye a uno solo de ellos. La otra mitad corresponde al no excluido.

y en consecuencia, no es admisible se los considere incluidos en el derecho de percepción (de los padres) referido"; CNCiv. Sala D, 7 de marzo de 1984, en LL 1984-B, 319; CNCiv., Sala G, 11 de mayo de 1984, en ED del 30 de julio de 1984, p. 5; C. Civil, Comercial y de Minería de San Juan, 7 de noviembre de 1979, en JA 1980-II, 257. Estas sentencias no son textualmente claras en cuanto a la exclusión del dinero del hijo del cuasi-usufructo paterno, pero sí coincidentes en cuanto a los requisitos indispensables para la disposición del mismo, que no son compatibles con el mentado derecho real.

³⁵⁸ LAFAILLE, *op. cit.*, N° 623 y BUSSO, *op. y loc. cit.*, com. al art. 287, N° 61.

Doctrinariamente se sostienen otras tesituras, para el caso de padres matrimoniales, a saber, la exclusión del cónyuge no afectado por la causal y, por el contrario, la concentración de la totalidad de las rentas y frutos en este progenitor.

En el primer sentido se expresa Busso si existe sociedad conyugal entre los consortes para impedir el beneficio indirecto del excluido, pero se inclina por la absorción total en el no excluido en caso contrario³⁵⁹. Borda comparte este criterio admitiendo que la solución es rigurosa para el cónyuge inocente pero que se justifica por la solidaridad matrimonial³⁶⁰.

Belluscio, Bossert, Zannoni y D'Antonio se pronuncian por la absorción del usufructo por el progenitor no indigno ni desheredado ni excluido por el donante o testador³⁶¹.

Nos decidimos por la solución expuesta al comienzo de este párrafo porque es la que responde, a nuestro entender, más adecuadamente a la atribución del usufructo *por mitades* a ambos progenitores y a la disposición del artículo 288. Las excepciones, salvo el único supuesto del peculio y los bienes subrogados, se disponen según situaciones personales del progenitor afectado que son incomunicables al otro progenitor y que recaen sobre el usufructo que corresponde al excluido, *que es de la mitad* y no de todos los bienes que el hijo recibe en las circunstancias previstas por la ley. En cuanto a las ventajas que recaen indirectamente sobre este progenitor en virtud de la ganancialidad de los bienes que se incorporan al patrimonio del otro, nos remitimos a lo explicado supra en el N° 145.

148.3. Bienes exceptuados del usufructo del único titular de este derecho. En esta hipótesis todos los frutos y rentas de los bienes exceptuados corresponden al menor.

359 BUSSO recién cit., N° 57.

360 BORDA, *Familia* cit., loc. cit., N° 925.

361 BELLUSCIO, *Manual*, 4a. ed. cit., loc. cit., N° 559; BOSSERT y ZANNONI, *op. cit.*, com. al art. 287, N° 4 y su remisión; D'ANTONIO, *Nuevo régimen* cit., com. al art. 290, 2.

148.4. Uso de los bienes exceptuados. El uso de los bienes exceptuados alcanza a los progenitores o al progenitor excluido que de hecho se encuentren en condiciones de servirse de ellos porque con hacerlo no se lesiona ningún interés³⁶².

La precedente conclusión es particularmente relevante cuando se trata del inmueble-vivienda de propiedad del hijo.

149. Concordancia y discordancia entre la exclusión de la administración y la del usufructo

La exclusión de la administración y del usufructo pueden coincidir o no. Coinciden en el caso del inciso 2º del artículo 287 y el inciso 1º del artículo 293 (y con los contemplados en los arts. 3301 y 3749). El inciso 1º del artículo 287 no tiene equivalente en el artículo 293, lo que ha sido analizado supra en el N° 15. Pueden o no coincidir, según la voluntad del causante o del autor de la liberalidad, en el inciso 3º del artículo 287 y el inciso 2º del artículo 293 puesto que aquél es hábil para excluir ambos o uno u otro contenido de la patria potestad. La exclusión del usufructo de uno de los progenitores produce las consecuencias expuestas en el número anterior; la de la administración, las que se vieron en el N° 14.

D) COMIENZO Y CONTENIDO

150. Comienzo del usufructo

150.1. De los padres matrimoniales. El derecho al usufructo comienza con la patria potestad, es decir, desde la concepción del hijo (artículo 264 *ab initio*) y se hace efectivo en cuanto los concebidos o los menores adquieran la propiedad de bienes.

150.2. De los padres extramatrimoniales. El derecho al usufruc-

³⁶² MAZZINGHI, *op. y loc. cit.*, N° 645.

to de los padres extramatrimoniales depende del reconocimiento que hagan del hijo (artículo 287). No puede comenzar sino con éste, a pesar de que es retroactivo a la concepción del hijo, y se hace efectivo si, a su fecha, el menor ya era propietario de bienes o en cuanto lo sea. Es oponible por terceros desde la fecha de la inscripción del reconocimiento en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas (artículos 37 a 42 del decreto-ley 8204/63).

151. Contenido

151.1. Derechos. Son derechos de los usufructuarios los siguientes:

a) *Uso y goce de los bienes.* Los padres tienen el uso y goce de los bienes incluidos en el usufructo sin alterar su sustancia (artículos 2807 y 2863). Este uso, según ya se ha expuesto³⁶³, alcanza a los dos progenitores convivientes aunque uno de ellos carezca del usufructo en general o sobre determinados bienes.

Por otra parte, la privación del uso para el progenitor que conserva el usufructo (por ejemplo, divorciado al que no se ha atribuido la guarda del hijo) no necesariamente implica la necesidad jurídica de compensarlo con mayor proporción de frutos o rentas si se entiende que el cumplimiento de sus deberes también resulta menos exigente.

b) *Propiedad de los frutos y productos.* Se aplican los principios del usufructo ordinario (art. 2862 y ss.) teniendo siempre presente que los frutos y productos se incorporan al patrimonio de los usufructuarios una vez satisfechas las cargas³⁶⁴. Los progenitores adquieren los frutos naturales, civiles e industriales (art. 2863), día a día los civiles (art. 2865) y a su percepción, los naturales. Los pendientes al comienzo del usufructo pertenecen al usufructuario y los pendientes a la extinción, al hijo (arts. 2865 y 2864). Asimismo adquieren los

³⁶³ Supra Nos. 144, 148, 4.

³⁶⁴ Infra N° 152.

productos (art. 2866) y los cortes obtenidos de los montes conforme al artículo 2873.

c) *Casos particulares.*

c.1) *Cosas consumibles distintas del dinero.* Los progenitores tienen derecho a consumir estas cosas con obligación de sustituir las al fin del usufructo (art. 2871). Según Busso, en caso de mayor ventaja para el menor, la obligación de restituir puede imponerse con anterioridad a la finalización del usufructo³⁶⁵.

c.2) *Ganados.* Considerando el artículo 298 que autoriza a los padres a enajenar libremente los ganados cuando así corresponde al usufructuario de rebaños, Gowland ha hecho notar que la aplicación de este texto es simple en el supuesto de enajenación de “crías”, de las cuales los progenitores –usufructuarios pueden disponer libremente, pero que resulta conflictiva en el supuesto del “fruto” incorporado a los animales en forma de “engorde”. En su opinión “no parece razonable que los administradores se vean obligados a pedir autorización judicial cada vez que un lote alcanzó el precio óptimo de venta” y concluye: “este es otro caso en el cual la administración está formada por pequeños actos de disposición”³⁶⁶.

La conclusión a que arriba el autor citado implica que no hay usufructo en el supuesto del “engorde” sino sólo administración. Y, sin duda, es así, porque la enajenación no tiene por objeto el “fruto” (caso de la cría) sino el capital mismo (el animal)³⁶⁷.

151.2. *Deberes.* Son deberes de los usufructuarios los que exigen la satisfacción de las cargas que pesan sobre ellos. Cumplir las mismas es deber y función de ambos progenitores usufructuarios cayendo también sobre ellos las responsabilidades consiguientes en proporción a sus respectivas partes.

365 BUSSO, *op. y loc. cit.*, com. al art. 287, N° 94.

366 GOWLAND, *op. cit.*, VIII, B. 2.

367 Supra N° 84.10 (sobre la enajenación de ganados).

La percepción de los frutos en la medida necesaria para satisfacer las cargas es un acto conservatorio sometido a su régimen³⁶⁸.

E) CARGAS

152. Naturaleza

Las cargas del usufructo paterno-materno llevan el calificativo de “reales” en la redacción del artículo 292 no porque se trate de obligaciones *propter rem* sino como medio de subrayar que los frutos de los bienes de los hijos están primariamente afectados a su satisfacción³⁶⁹.

153. Cargas y delimitación del usufructo

El usufructo queda delimitado por las cargas en el sentido de que los progenitores sólo adquieren los frutos que les excedan³⁷⁰. Son estos frutos lo que corresponden por mitades a ambos titulares del beneficio, en su caso, de manera que las cargas pesan proporcionalmente sobre la mitad de cada progenitor.

154. Cargas genéricas

El padre y la madre están sujetos a todas las cargas que pesan sobre el usufructuario (artículo 291, inciso 1º) y al pago de los intereses de los capitales que vengan durante el usufructo (ídem, inciso 3º). Se trata de cargas que derivan del usufructo³⁷¹.

368 Supra Nº 81.1, síntesis.

369 MACHADO, *op. cit.*, T. I, p. 545; LAFAILLE, *op. cit.*, Nº 629; BUSSO, *op. y loc. cit.*, com. al art. 292, Nº 3; BORDA, *Familia* cit., *loc. cit.*, Nº 928; MAZZINGHI, *op. y loc. cit.*, Nº 646; ZANNONI, *Derecho de Familia* cit., parágr. 1025; BELLUSCIO, *Manual*, 4a. ed. cit., Nº 560.

370 BUSSO recién cit., Nos. 5 y 6; BORDA recién cit.; MAZZINGHI recién cit.; ZANNONI recién cit.; BELLUSCIO recién cit.

371 BUSSO recién cit., Nº 2.

154.1. *Cargas de los bienes y gastos conservatorios.* Están exclusivamente a cargo del o de los usufructuarios: los impuestos y contribuciones directas que graven las cosas, las tasas por servicios (obras sanitarias, alumbrado, barrido y limpieza) y las que gravan los frutos o el goce de las cosas³⁷² (art. 2894); igualmente los gastos de reparaciones necesarias para la conservación de las cosas y aun de las extraordinarias cuando se hacen necesarias por la falta de reparaciones conservatorias desde que comenzó el usufructo o cuando resultan necesarias por culpa del usufructuario (art. 2881); también los gastos judiciales en pleitos relativos al uso y goce o a la nuda propiedad del bien (art. 2909).

Los usufructuarios deben contribuir con el menor: al pago de las cargas impuestas a la propiedad durante el usufructo (art. 2895) y al pago de los gastos de cerramiento forzado de la propiedad y al deslinde de ésta, apertura de calles y otros similares (veredas, pavimentación) (art. 2896). Se entiende que la contribución debe ser proporcional al valor de la nuda propiedad y del usufructo³⁷³. Al hacer efectiva la parte del menor, los padres actúan como representantes suyos y administradores de sus bienes³⁷⁴.

Busso excluye otras cargas dada la singular relación entre nudo propietario y usufructuario, por ejemplo, la denuncia de perturbaciones provenientes de terceros (art. 2880)³⁷⁵.

154.2. *Intereses de deudas del hijo.* El pago de los intereses de las deudas del hijo está especificado en el inciso 3º del artículo 291. Es obvio que no cabría disminuir el capital del menor para saldar los mentados intereses percibiendo el padre las rentas para sí. El pre-

³⁷² Es difícil precisar el concepto de gravámenes sobre frutos (BORDA, *Derechos reales* cit., T. II, N° 911, segundo párrafo). Confr. CNCiv. Sala F, 13 de setiembre de 1982, en ED 103, 352.

³⁷³ BORDA, *Derechos reales* cit., loc. cit., N° 915.

³⁷⁴ Supra N° 112.

³⁷⁵ BUSSO, *op. y loc. cit.*, com. al art. 291, N° 19.

cepto abarca todo tipo de intereses (moratorios y compensatorios)³⁷⁶. Los “capitales” tomados deben hacer acrecido los bienes sobre los cuales se ejerce el usufructo, no el peculio del hijo³⁷⁷.

154.3. *Intereses de deudas contraídas en el ejercicio de actividades incluidas en el inciso 1º del artículo 287.* El inciso 3º del artículo 292 abarca las deudas lícitamente contraídas por el menor, salvo que lo fueran en ejercicio de actividad mencionada en el inciso 1º del artículo 287 en que no hay usufructo paterno-materno, y que pesan sobre el peculio del hijo. Se estima que si el peculio fuera íntegramente absorbido por las deudas, el pago de los intereses sobre el saldo deudor entra en el precepto del inciso tercero comentado³⁷⁸. deudas, el pago de los intereses sobre el saldo deudor entra en el precepto del inciso tercero comentado³⁷⁸.

154.4. *Intereses de deudas originadas en acto ilícito.* Los intereses de las deudas originadas en acto ilícito deben pesar sobre las rentas de los bienes incluidos en el usufructo y sobre las de aquellos que no lo están, proporcionalmente³⁷⁹. Se trata, por supuesto, de las deudas en que se traduce la responsabilidad del menor, no la de sus padres (que da lugar a deudas de éstos).

155. Cargas específicas

Derivan específicamente de la patria potestad de los usufructuarios las cargas que se analizan a continuación.

155.1. *Gastos de subsistencia y educación de los hijos.*³⁸⁰ Fi-

³⁷⁶ BUSSO recién cit., N° 45; ZANNONI, *Derecho de Familia* cit., parágr. 1025.

³⁷⁷ BUSSO recién cit., N° 43.

³⁷⁸ BORDA, *Familia* cit., *loc. cit.*, N° 932; MAZZINGHI, *op. y loc. cit.*, N° 647; LLAMBIAS, *Código Civil* cit., *loc. cit.*, com. al art. 291, 4.

³⁷⁹ BUSSO, *op. y loc. cit.*, com. al art. 291, N° 44.

³⁸⁰ Ver sobre este tema: BUSSO, *op. y loc. cit.*, com. al art. 291, parágr. 2, N° 20 y ss.; BORDA, *Familia* cit., *loc. cit.*, N° 930; MAZZINGHI, *op. y loc. cit.*, N° 930; MAZZINGHI, *op. y loc. cit.*, N° 647, 2º.

guran en el inciso 2º del artículo 291 con el límite puesto en la proporción que determine la importancia del usufructo.

La propiedad de bienes en cabeza del menor no excluye ni suple la obligación alimentaria inherente a la patria potestad (arts. 265, 267, 271, 272, 1300), pero, razonablemente, se autoriza a invertir en su satisfacción, en primer término, los frutos de esos mismos bienes. Deben después, en orden sucesivo, emplearse los ingresos de los padres y sólo en última instancia cabe recurrir a la disposición de los bienes de los hijos.

Es natural que el peculio del menor se destine a esta finalidad. Su suficiencia resta sentido a la carga del usufructo.

La titularidad del usufructo por uno solo de los progenitores no afecta a la obligación alimentaria del otro. Tampoco incide la atribución de la tenencia sobre la obligación del que no la tiene (art. 271).

El precio de la locación del inmueble necesario para vivienda del hijo está incluido en la comprensión de los alimentos y de las cargas del usufructo³⁸¹.

Incluso es razonable la proporcionalidad del aporte de padres e hijos si, como sucederá normalmente, comparten la casa-habitación. Borda excluye, acertadamente, el precio de la locación necesaria para el desenvolvimiento de la actividad laboral o profesional del hijo cuyas rentas son ajenas al usufructo y entran en la administración y disposición de éste³⁸².

La Sala E de la Cámara Nacional Civil efectuó una correcta aplicación de las consideraciones expuestas aprobando la conducta de un padre que enajenó el departamento en el que sus hijos tenían el 50 por ciento por herencia materna, destinando esta parte del precio a la subsistencia y educación de aquéllos, dada la afligente situación económica en que se encontraban y que probó cumplidamente. Destacó el tribunal que los menores disfrutaron de esas sumas que fue

381 BORDA, *Familia* cit., loc. cit., N° 935.

382 Idem.

necesario gastar frente a la imposibilidad del padre de proveerles los recursos necesarios para su subsistencia. Dijo: “En el caso, no fue otro el comportamiento del padre, quien invirtió parte de los intereses correspondientes al capital de los menores en cumplir con la obligación alimentaria. Y aun cuando pueda aducirse que en realidad esos intereses en gran parte tienen por fin cubrir el demérito de la moneda, por lo que participan de la naturaleza del capital, que está obligado a restituir, ese principio no es absoluto, pues, como lo decidió la jurisprudencia, puede descontar los gastos de subsistencia y educación si acredita carecer de recursos propios y haber invertido en aquel concepto las sumas necesarias, por insuficiencia de las rentas de los bienes usufructuados”³⁸³.

155.2. Gastos de enfermedad y entierro del hijo. Enunciados en la primera frase del inciso 4 del artículo 291, están también incluidos en el rubro “alimentos” cubriendose toda enfermedad y no solamente la última³⁸⁴.

155.3. Gastos de funerales del testador que instituyó heredero al hijo. Se trata de una carga de la herencia que es debida hasta por el renunciante cuando el cónyuge del difunto careciera de bienes recayendo la obligación en las personas que debían alimentos al causante durante su vida (art. 2308). Se aplicará, en la redacción del texto comentado, al heredero forzoso instituido por el testador (por ejemplo, nieto que debía alimentos al abuelo materno después de la premoriencia de la madre) tanto como al heredero instituido extraño, pero, en esa última hipótesis, se estima que la prestación del inciso 4º del artículo 291 es facultativa y que, por lo tanto, no cabe la

³⁸³ 14 de diciembre de 1979, en LL 1980-C, 39 y jurisprudencia que cita.

³⁸⁴ BUSSO, *op. y loc. cit.*, com. al art. 291, N° 54; ZANNONI, *Derecho de Familia* cit., *loc. cit.*, parágr. 1025.

acción de quien contrató esos gastos funerarios para repetirlos de los progenitores usufructuarios³⁸⁵.

156. Gastos de administración de los bienes

Los gastos de administración de los bienes de los hijos deben deducirse de los frutos según resulta de la disposición del artículo 303³⁸⁶.

F) EL USUFRUCTO Y LOS TERCEROS

157. El usufructo y los acreedores de los padres

El usufructo es, en sí, inembargable como integrante de la patria potestad.

La segunda oración del artículo 292 dispone: “A los padres por hechos o por deudas no se les puede embargar el goce del usufructo, sino dejándoles lo que fuese necesario para llenar aquéllas” (las cargas a que se refiere la primera oración).

Por “embargar el goce del usufructo” se entiende “trabar la disponibilidad de los frutos o rentas *percibidos e incorporados* al patrimonio del (de los) usufructuario(s); de ningún modo puede referirse al embargo del usufructo en sí mismo”³⁸⁷. El texto significa que todo lo que resulta efectivamente del usufructo para el padre y la madre o uno de ellos, es embargable por los acreedores de éstos o éste. Hay, al respecto, coincidencia doctrinaria³⁸⁸ y jurisprudencial³⁸⁹.

³⁸⁵ BUSSO recién cit., N° 59; ZANNONI recién cit.; BORDA, *Familia* cit., *loc. cit.*, N° 934; MAZZINGHI, *op. y loc. cit.*, N° 646; BELLUSCIO, *Manual*, 4a. ed. cit., *loc. cit.*, N° 560; LLAMBIAS, *Código Civil* cit., com. al art. 291, N° 5. *El concepto de gastos funerarios* es el del art. 3880, inc. 1º.

³⁸⁶ COWLAND, *op. cit.*, VI.

³⁸⁷ BUSSO, *op. y loc. cit.*, com. al art. 292, N° 12 y sus referencias.

³⁸⁸ Idem, N° 10 y ss.; BORDA, *Familia* cit., *loc. cit.*, N° 938; MAZZINGHI, *op. y loc. cit.*, N° 648; ZANNONI, *Derecho de Familia* cit., parágr. 1026; LLAMBIAS, *Código Civil* cit., com. al art. 292, N° 2; DIAZ DE GUIJARRO, nota en JA 62, 131.

³⁸⁹ Antigua jurisprudencia: se ha resuelto que el embargo debe levantarse si se comprueba que las rentas no exceden las cargas: C. Com. de La Capital, 23 de mayo de 1918, en JA 1, 750, CC 2a., 2 de mayo de 1934 en JA 46, 609.

Dado que los frutos y rentas corresponden por mitades a cada progenitor, es sólo la mitad incorporada al patrimonio del deudor lo que sus acreedores pueden embargoar por sus deudas³⁹⁰, ya sea las consideradas en el artículo 5 de la ley 11.357 como las consideradas en el artículo 6 de la misma y que hubieran sido contraídas por él o ella. Dichos frutos o rentas no son embargables por las deudas contraídas por el otro progenitor en caso de conservación de los bienes gananciales (art. 6º *in fine*). En cuanto a las deudas contraídas en la educación de los hijos y conforme al régimen vigente de patria potestad conjunta, son susceptibles de ser consideradas *deudas conjuntas* de los progenitores, sometidas a los efectos de las simplemente mancomunadas o solidarias según resulte de las circunstancias del caso. Las deudas contraídas para atender las necesidades del hogar no son extrañas a la precedente conclusión si se piensa que totalmente o en gran medida, responderán a la satisfacción del deber alimentario. Es decir que la norma aplicable en estos dos últimos casos es la del artículo 5º y no la del artículo 6º de la ley 11.357.

Se ha hecho notar que la inclusión de los gastos de subsistencia y educación entre las cargas del usufructo, a pesar de que están comprendidas en los deberes paterno-maternos al margen de aquél se hace a los efectos de subrayar la limitación del poder de agresión de los acreedores de los padres³⁹¹.

158. Ley 19.551

El inciso 3º del artículo 112 de la ley 19.551 excluye del desapoderamiento “el usufructo de los bienes de los hijos menores del fallido” pero dispone que “los frutos que le correspondan caen en el desapoderamiento una vez atendidas las cargas”.

390 Ver LLOVERAS, *op. cit.*, p. 244 *in fine* y su referencia a la intervención de Zannoni en la reunión de expertos convocada por el Hble. Senado de la Nación, ambos en el sentido sustentado en el texto.

391 ZANNONI, *Derecho de Familia* cit., parágr. 1025, b) en igual sentido al manifestado frente al régimen vigente en su intervención recién mencionada.

El texto es de defectuosa redacción pues lo que cae en el desapoderamiento son los frutos y rentas incorporados al patrimonio del deudor y no el usufructo³⁹². Es una mera aplicación del precepto del artículo 292, y como es lógico, solamente incide en la porción de dichos frutos y rentas que correspondan al fallido y no sobre la porción de su consorte.

159. El usufructo y los acreedores del hijo

El usufructo no es embargable por los acreedores del hijo. Los frutos y rentas adquiridos por los usufructuarios tampoco lo son porque pertenecen a éstos y no al menor deudor, salvo que el crédito estuviera originado en la satisfacción de alguna de las cargas legales en cuyo caso sobre dichos frutos y rentas los acreedores del hijo son preferidos a los acreedores de los padres³⁹³.

Lógicamente, los bienes excluidos del usufructo paterno-materno son embargables por las deudas de su propietario en propiedad plena: el menor³⁹⁴.

G) VICISITUDES

160. Vicisitudes del usufructo

El usufructo paterno-materno comparte algunas vicisitudes del usufructo común y todas las de la patria potestad. Puede emplearse analógicamente la terminología que se usa en ésta.

161. Causales de extinción del usufructo común

Son aplicables las causales de pérdida o destrucción de las co-

392 En igual sentido, BELLUSCIO, *Manual*, 4a. ed. cit., Nº 553, 5.

393 BUSSO, *op. y loc. cit.*, com. al art. 292, Nos. 20 y 21; BORDA, *Familia* cit., *loc. cit.*, Nº 939; MAZZINGHI, *op. y loc. cit.*, Nº 648; BELLUSCIO, *Manual*, 4a. ed. cit., Nº 562.

394 BUSSO últimamente cit., Nº 22.

sas objeto del usufructo que producen la extinción parcial o total del derecho (arts. 2938, 2937 y correlativos) y la de consolidación del usufructo con la nuda propiedad (art. 2928) por muerte del hijo y su sucesión por el o los padres.

Otras causales son incompatibles con la peculiaridad del usufructo de los progenitores³⁹⁵.

162. Causales de extinción específicas

El usufructo termina con la patria potestad (art. 306) pero puede renacer, al igual que ésta, para los progenitores del hijo adoptado si la adopción simple se revoca o tanto la plena como la simple son anuladas (último inciso del mismo art.).

163. Privación

El usufructo queda incluido en la privación de la patria potestad (artículo 307) con sus posibilidades de recuperación (artículo 308).

164. Suspensión

No pueden coexistir la suspensión de la patria potestad con el usufructo cuando las causales de aquélla consisten en hechos o situaciones imputables al suspendido, según lo expuesto³⁹⁶ y mientras dure la sanción.

165. Responsabilidad de los padres

Los padres deben intereses por las sumas que están obligados a entregar al hijo en consecuencia de la extinción del usufructo.

³⁹⁵ Idem, com. al art. 287, N° 120.

³⁹⁶ Supra Nos. 139, 2, b.2) y 140.

to desde el día en que cesó, sin interpelación previa porque se trata de restituir el capital usufructuario³⁹⁷.

Asimismo, extinguido el usufructo, el hijo mayor de edad tiene derecho a exigir el importe de las cargas que los progenitores no hubieran satisfecho debiendo demostrar el incumplimiento.

“Sólo en casos realmente graves, podrá el juez admitir la acción de rendición de cuentas”³⁹⁸.

La responsabilidad de los padres es simplemente mancomunada, por mitades.

H) EL USUFRUCTO EN DERECHO EXTRANJERO

Ya ha sido recordado el sistema español vigente paralelo a lo que podría haber sido el usufructo³⁹⁹.

En la línea del usufructo tradicional se ubica el Código Civil italiano destinándose los frutos al mantenimiento de la familia y la instrucción y educación de los hijos (art. 324). Junto a caracteres similares a los del derecho argentino incluye esta clara disposición: “La ejecución de los frutos de los bienes del hijo por parte de los acreedores de los padres o de aquel de ellos que es titular exclusivo, no puede tener lugar por deudas que el acreedor conocía haber sido contraídas con fines extraños a las necesidades de la familia” (art. 326, segundo párrafo). El artículo 328 considera el caso de nuevas nupcias del progenitor, estableciendo que el mismo conserva el usufructo con la obligación de reservar en favor del hijo lo que exceda de los gastos de su mantenimiento, instrucción y educación.

En Francia, el usufructo corresponde a aquel de los padres que tiene la administración; en Bélgica, el usufructo corresponde a ambos progenitores conjuntamente (art. 384 Código Civil) conforme a

397 BUSSO últimamente cit., N° 131.

398 BORDA, *Familia* cit., loc. cit., N° 935 bis.

399 Supra N° 134.

la regla del ejercicio conjunto de la patria potestad de los hijos matrimoniales, y no se reconoce usufructo legal sobre los bienes de los hijos extramatrimoniales. Según el artículo 251 del Código Civil holandés, el padre y la madre que ejercen la autoridad sobre sus hijos, legítimos o no, tienen el goce de las rentas de su patrimonio.

El destino familiar de los bienes es reconocido por el Código de Familia boliviano en el cual no existe el usufructo, en estos términos: “Para proveer al mantenimiento y educación del hijo y sin perjuicio del aporte suplementario de los padres, éstos pueden utilizar la rentas de los bienes de aquél en cantidades necesarias. Ese descuento puede también hacerse en la medida estrictamente necesaria para beneficio de otros hijos menores que vivan en común, e incluso de los mismos padres cuando éstos se hallen imposibilitados de trabajar y carezcan de otros recursos para el cumplimiento de sus deberes, siempre que el juez tutelar así lo autorice después de una comprobación sumaria de los hechos y de escuchar al fiscal”.

Hay usufructo en el Código Civil peruano, semejante al vigente en nuestro derecho (artículo 436 y ss.). Pueden destacarse algunos preceptos, por ejemplo, que, tratándose de los bienes comprendidos y por el tiempo que dure el usufructo, los padres responden solamente de la propiedad (art. 442); que la administración y el usufructo legales cesan por la declaración de quiebra del usufructuario (art. 443); que quien pone en peligro los bienes de los hijos al ejercer la patria potestad, pierde la administración y el usufructo legal (art. 446).

Es interesante la limitación establecida en el Código Civil mexicano del distrito y territorio federales que restringe el usufructo a la mitad de los bienes no adquiridos por el trabajo del menor, correspondiendo a padre y madre (art. 430). El Código Civil colombiano (redacción de 1974) expresamente establece la división del usufructo por partes iguales entre los padres (art. 291).

Ejemplificando una tercera tendencia dentro del derecho de América Latina, se señala que no hay usufructo en Costa Rica ni en Cuba.