

El usufructo: Sus caracteres frente al nuevo Código Civil y Comercial

Autor: Dra. Liliana E. Abreut de Begher *

Resumen:

Se analiza la tipificación del derecho real de usufructo bajo el Código Civil y Comercial, especialmente focalizando el análisis en las modificaciones de sus caracteres bajo la lege lata.

1. Su tipificación en general.

El derecho real de usufructo, entendido como el derecho de usar y gozar de la cosa sin alterar la sustancia, y en forma más extensiva, el destino económico de la cosa¹, que tenía su regulación en el Código de Vélez ha recibido importantes cambios bajo el Código Civil y Comercial. A partir del concepto contenido en el art. 2129 CCC se pueden observar las diferencias que trae la nueva normativa.

Como todos los derechos reales, pueden ser objeto de este derecho las cosas y los bienes expresamente indicados por la ley (conf. art.1883 CCC). Es un derecho real sobre cosa ajena (conf.art.1888 CCC), que se ejerce por la posesión (conf. art. 1891 CCC). Se le aplica la teoría del título suficiente y modo suficiente para la constitución o transmisión de este derecho por acto entre vivos (conf. art.1892 CCC), y es oponible a terceros a partir de su inscripción registral cuando recaiga sobre inmuebles, o muebles registrables (conf. art. 1893 CCC).

* Juez Nacional de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal; Abogada egresada de la UBA; Doctora en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad del Museo Social Argentino; Investigadora de UBACYT; Adjunta por Concurso de la Cátedra de Derechos Reales de la Dra. Elena Highton, de la Facultad de Derecho de la UBA; Profesora del Doctorado de la Facultad de Derecho de la UBA; Profesora de la UCA en la Maestría de Derecho Privado Patrimonial. Privado; Maestría de Especialización de la Magistratura de la Escuela Judicial de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional; autora de libros y artículos sobre los derechos reales, y disertante en diferentes foros nacionales; integrante del equipo de juristas que colaboró en la redacción del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de 2012.

¹ El art. 2807 CC fijaba que “El usufructo es el derecho real de usar y gozar de la cosa, cuya propiedad pertenece a otro, con tal que no se altere su sustancia”. La figura fue tomada del Código de Napoleón, que prácticamente transcribe la definición del jurista romano Paulo, conforme la atribución de Justineano, ver *Institutas*, Libro II, Tít.4, proemio; Digesto, Libro VII, Tit.1. Ver Código Civil español, art. 467, y su diferencia con el Código Civil italiano, art. 981, que desarrollaron conceptos más amplios referidos a este derecho real. Precisa el Código Civil italiano el concepto al indicar que debía salvaguardarse el destino económico. Esta postura fue seguida en nuestra doctrina por Jorge Alterini quien dijo que el concepto de *salva rerum substantia* debe estudiarse a la luz de dos matices distintos, aunque paralelos: no alterar la sustancia en el sentido de materia y tampoco en el sentido de destino (conf. Jorge Alterini, *La locación y los derechos reales con función equivalente*, Platense, La Plata, 1970, pág.49).

Se presume oneroso conforme lo indica el art.2135: “Presunción de onerosidad. En caso de duda, la constitución del usufructo se presume onerosa”. Ello marca un cambio respecto del art.2819 del CC que establecía “En caso de duda se presume oneroso el usufructo constituido por contrato; y gratuito el que fuese constituido por disposición de última voluntad”.

El contrato que resulta ser la causa fuente del derecho real de usufructo, se le aplican supletoriamente las normas que rigen el contrato de compraventa. Así lo indica el 1124 CCC que reenvía al art.1123 cód.cit.

Dispone el art.1124 que “Aplicación supletoria a otros contratos. Las normas de este Capítulo se aplican supletoriamente a los contratos por los cuales una parte se obliga a: a. transferir a la otra derechos reales de condominio, propiedad horizontal, superficie, usufructo o uso, o a constituir los derechos reales de condominio, superficie, usufructo, uso, habitación, conjuntos inmobiliarios o servidumbre, y dicha parte, a pagar un precio en dinero; b. transferir la titularidad de títulos valores por un precio en dinero”.

Cuando se constituye el usufructo por donación y se refiere a inmuebles debe ser hecha por escritura pública bajo pena de nulidad (conf.art.1552 CCC), pero con una limitación en cuanto a la disposición de los bienes que cede cuando el donante se reserva el usufructo.

Se establece que “...no puede tener por objeto la totalidad del patrimonio del donante, ni una alícuota de él, ni cosas determinadas de las que no tenga el dominio al tiempo de contratar. Si comprende cosas que forman todo el patrimonio del donante o una parte sustancial de éste, sólo es válida si el donante se reserva su usufructo, o si cuenta con otros medios suficientes para su subsistencia” (conf.art.1551 CCC).

Se prevé el usufructo testamentario conf .art. 2137 CCC, aspecto que coincide con el Código derogado, conf. art.2812 inc.2 y el art. 2817 CC.

Bajo el nuevo código se mantiene la facultad característica de este derecho que es la de otorgar a su titular el uso, goce y disposición jurídica de un bien ajeno, y la imposibilidad de alterar la sustancia; respecto de ésta se indica que no solo se refiere a la materia, sino a su forma o destino, y si se trata de un derecho, cuando se lo menoscaba. Sobre este aspecto se puede decir que el nuevo concepto contenido en el art. 2129 CCC es mucho más claro y puro, por lo concreto, que lo era en su tipificación anterior bajo los arts. 2878 y 2879 Código de Vélez.

Otros cambios, aún más importantes impactaron de lleno en su estructura, cambiando el esquema del viejo Código, por lo que a continuación se delinearán los nuevos caracteres.

2. DE LEGE LATA: sus modificaciones más importantes.

1- Puede ser constituido sobre la totalidad del inmueble o una parte material del mismo, e inclusive sobre una parte indivisa en el supuesto de: cosa no fungible; un derecho, solo en los casos que la ley lo prevé; una cosa fungible cuando recae sobre un conjunto de animales; y en todo o parte de una herencia cuando el usufructo es de origen testamentario (conf.art.2130 CCC). La posibilidad que se constituya el usufructo sobre

una parte material del inmueble tiene impacto a nivel catastral y registral, como notarial, debido a que ello permite la constitución de varios usufructos sobre distintas partes materiales del bien.

2- El usufructo total o parcial sobre el inmueble hace que deba realizarse un relevamiento parcelario o certificación de subsistencia por el agrimensor, debiéndose presentar un certificado catastral para el otorgamiento de la escritura pública (conf. Ley Nacional de Catastro, art. 12 de la ley 26.302).

3- La registración en el Registro de la Propiedad Inmueble (conf. 17.801) de un usufructo inmobiliario deberá indicar si es total o parcial, debiéndose en este último supuesto proceder a anotar esta circunstancia en un apartado. Además, es posible la constitución de varios usufructos sobre partes materiales determinadas de un inmueble, de modo que deberá tomarse razón registralmente de ellos con una correcta individualización física (vgr. Certificado catastral, conforme el carácter de objeto legal no territorial).

4- El usufructo en el Código Civil y Comercial de la Nación tiene caracteres secundarios que los diferencian del Código de Vélez. Aun cuando sigue siendo un derecho real no perpetuo, o sea temporal, ahora es un derecho transmisible al igual que el derecho real de uso. Únicamente es transmisible por acto entre vivos, no *mortis causae* (conf.art.398; 1906 y 2140 CCC).

5- Se requiere el asentimiento conyugal para su constitución en el caso de un inmueble que resulta ser asiento de la sociedad conyugal (conf.art.456 CCC), y del otro conviviente en el supuesto de uniones convivenciales registradas (conf.art.522 CCC).

6- Uno de las consecuencias más importantes frente al cambio del carácter de la intransmibilidad según el Código derogado, por la transmisibilidad del Código Civil y Comercial es la posibilidad no solo de la transmisión voluntaria, sino también forzada mediante la subasta pública.² Se permite entonces la ambulatoridad del derecho real desde el punto de vista activo y pasivo,³ aún cuando la primera es con limitaciones, por cuanto no se acepta la transmisión *mortis causae*.

7- La transmisibilidad se relaciona directamente con la obligación de pagar las expensas, tasas y contribuciones en cabeza del usufructuario, y la posibilidad de ejecución ante su incumplimiento (conf.art.2148 CCC). Esta modificación soluciona un tema muy conflictivo en materia de propiedad horizontal cuando el usufructuario no abonaba las expensas comunes y la subasta de la nuda propiedad no solucionaba el problema central que impactaba en el desenvolvimiento económico normal del consorcio. Bajo el nuevo código frente a una ejecución se subastará el dominio útil, conservando el titular dominial la nuda propiedad. Este aspecto debe ser relacionado con los modos de constitución, conf. art. 2134 CCC, y la obligación del adquirente de también otorgar garantía suficiente, conf. art. 2144 CCC.

8- La garantía suficiente que dispone el Código permite que sea tanto una garantía personal, como real. Ello se diferencia del Código de Vélez. El art. 2139 reza que “Garantía suficiente en la constitución y en la transmisión. En el acto de constitución

² Roberto Malizia y Ariel Fognini, “Usufructo, uso, habitación y servidumbres”, en *Comentarios al Proyecto de Código Civil y comercial de la Nación 2012*, Abeledo Perrot, dir.Rivera, pág.1059.

³ Se sigue en este caso el derecho italiano que permite la enajenación del usufructo, con el solo requisito de que sea fehacientemente notificada al nudo propietario, permaneciendo hasta ese momento el usufructuario original obligado en forma solidaria con el cedido. En nuestro derecho solo se contemplaba la cesión del ejercicio conforme el art.2870 CC. Ver análisis en Lilian N. Gurfinkel de Wendy, *Derechos Reales*, Abeledo Perrot, 2010, T II, pág.1006.

puede establecerse la obligación previa al ingreso en el uso y goce, de otorgar garantía suficiente, por la conservación y restitución de los bienes, una vez extinguido el usufructo. En igual sentido, debe cumplirse con la garantía suficiente en el caso de transmisión del derecho, por lo que el adquirente deberá igualmente prestarla”.

9- El usufructo puede ser constituido por el titular dominial, por los condóminos, los titulares de propiedad horizontal y por el superficiario (conf.art.2131CCC). Se amplía la legitimación activa para la constitución de este derecho a favor del superficiario.⁴

10- De acuerdo a la interpretación del art.2120 CCC que faculta al superficiario a “...afectar la construcción al régimen de la propiedad horizontal, con separación del terreno perteneciente al propietario, excepto pacto en contrario, puede transmitir y gravar como inmuebles independientes las viviendas, locales u otras unidades privativas, durante el plazo del derecho de superficie, sin necesidad de consentimiento del propietario”, de lo ello se desprende que la propiedad superficiaria bajo el régimen de propiedad horizontal puede ser gravada con el derecho real de usufructo, al igual que el uso y la habitación siempre que no haya pacto en contrario, ya sea sobre la totalidad, una parte material o parte indivisa. De existir alguna restricción sobre la propiedad superficiaria, por ejemplo la prohibición de constituir una propiedad horizontal, o en su caso de gravarla con usufructo, ello deberá constar en el título y ser inscrita en tal sentido en el Registro de la Propiedad.

11- La duración del usufructo estará sujeto al plazo originario pactado (conf.art.2142 CCC). En caso de transmisión, si es vitalicio la vida del usufructuario originario determina el límite máximo de duración y no la vida del adquirente. En igual sentido, si está sujeto a un plazo o condición resolutorio.

12- El máximo previsto es de 50 años cuando su titular es una persona jurídica, lo que lo diferencia del Código Civil, art.2828 que fijaba en 20 años para esa situación.

13- No existe el usufructo judicial. Cuando los art.441 (en el divorcio) y art.524 (en las uniones convivenciales) mencionan en el supuesto de la compensación económica por ruptura de la relación, la posibilidad de que se pague en dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier modo que acuerden las partes o en su defecto decida el juez, ello hace que el juez nunca podrá imponer un usufructo judicial si las partes no lo acuerdan entre ellas (conf. art.2133 y art. 1896 CCC).

14- Desaparece el usufructo legal contenido en el art. 2816 del Código Civil⁵. Conforme los presupuestos de la responsabilidad parental los padres son los responsables de la administración de los bienes de los hijos (conf.art. 645 inc.e y art. 646 inc.f Código Civil y Comercial.

15- El usufructuario puede constituir los derechos reales de servidumbres y anticresis, uso y habitación, como derechos personales de uso y goce (conf. art. 2142 CCC); aspecto que antes de la reforma no era permitido, según el art. 2842 CC.⁶

⁴ Sigue el Proyecto de Código Civil de 1998, que en su art. 2034 establecía: “*Sólo están legitimados para constituir el usufructo el dueño, el propietario horizontal, el superficiario y los comuneros de dichos derechos reales*”. Ver también Roberto Malizia, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Rubinzal.Culzoni, 2015, T IX, pág.754.

⁵ Ethel Humphreys, “Usufructo”, en *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, dir. Villalonga-Cerviño, La Ley, 2014, T V, pág.574. El Proyecto de Código Civil de 1998, art.2038, mantenía el usufructo legal de los padres sobre bienes de los hijos sujetos a patria potestad.

⁶ Mariani de Vidal, Marina, *Curso de Derechos Reales*, T III, 2000, 6ta.ed, actualizada, Zavalía, Buenos Aires, pág.197 se oponía terminantemente a esta posibilidad, aduciendo que, siendo en el derecho moderno el uso y la habitación similares que el usufructo, si se permitiera al usufructuario constituir estos derechos, prácticamente quedaría inoperante la prohibición del art. 2842. Borda, por el

16- El art. 2134 CCC fija los modos de constitución de este derecho, indicando la situación de la constitución por el propietario reservándose la nuda propiedad, o reservándose el dominio útil, o disponiendo de ambos a terceras personas, además del testamentario previsto en el art.2137 CCC. No se establece expresamente a la usucapión como modo de adquirir el usufructo como lo hacía el art. 2812 CC; sin embargo el instituto de la prescripción adquisitiva se aplica a este derecho real de acuerdo a las disposiciones de los arts. 2565 y 1897 CCC.

17- Conforme el art.1898 CCC, Prescripción adquisitiva breve, contenida dentro del Capítulo 1, “Principios comunes”, dentro del Título 1, “Disposiciones generales”, entendemos que la existencia de un justo título y buena fé, más la posesión de 10 años permitiría al usufructuario putativo consolidar su derecho frente a todos. La prescripción larga resulta aplicable a este instituto conforme el principio general contenido en el art. 2565 CCC.

contrario aceptaba esa posibilidad de que el usufructuario conceda los derechos de uso y habitación, apoyándose en el art. 2960 CC que decía “Constituido el derecho de uso sobre un fundo, el usuario tiene preferencia sobre el propietario, o usufructuario de la heredad, para usar de los frutos naturales que produzca, aunque por ese uso todos los frutos fuesen consumidos”.