

OBLIGACIONES DEL USUFRUCTUARIO: MODIFICACIONES AL RESPECTO DEL INVENTARIO Y LA FIANZA

Autor: Natali Perdiá*

Resumen:

El presente trabajo tiene por finalidad denotar los principales cambios introducidos por la reforma en las obligaciones típicas del usufructuario: el inventario y la fianza. Como así también promover la eliminación de la obligación de instrumentar el inventario en escritura pública en el caso del usufructo testamentario e incorporar la prohibición de dispensa de la fianza por el testador en el tipo de usufructo antes mencionado.

1- Introducción

El inventario y la fianza son conocidos en nuestro derecho como aquellas obligaciones del usufructuario *previas* a la toma de posesión de la cosa sujeta al usufructo (sin perjuicio de que el nuevo Código Civil y Comercial ha eliminado este enunciado previo a la regulación de las obligaciones antes mencionadas). Es ampliamente conocida la crítica realizada por la doctrina a la terminología utilizada por Vélez, ya que antes de la toma de posesión el usufructuario no goza de tal carácter a falta del modo suficiente¹; por lo que no podrá tener obligaciones que nacen de un carácter jurídico que no ostenta. Aunque esto no era del todo cierto ya que contábamos con el supuesto regulado en el Art. 2820², caso en el cual el usufructuario no requería de tradición para ser tal, sino que bastaba con la muerte del constituyente (es importante dejar constancia que el nuevo código Civil y comercial no contamos con una norma que reproduzca el contenido del art. antes mencionado). El debate actualmente carece de sentido ya que la terminología mencionada anteriormente ha sido eliminada.

A lo largo del trabajo intentaré resaltar los cambios más importantes alrededor de estas obligaciones, anticipando por lo pronto una gran simplificación en el contenido normativo y la eliminación de numerosas previsiones que contenía el código civil para situaciones concretas; todo en sintonía con el paradigma que rodea al nuevo código Civil y Comercial: una preponderancia de la autonomía de la voluntad y de los principios generales del derecho.

2- De lege lata

A- El inventario

* Ayudante Diplomado – Derecho Privado V: Derechos Reales - Universidad Nacional del Noroeste de la Provincia de Buenos Aires (UNNOBA)

¹ En Mariani de Vidal – Derechos Reales – Tomo III – 7º Edición Actualizada - Editorial Zavalia - Pág.30, la autora lo menciona como una “incorrección criticada en la nota al 577.

² Art. 2.820. El usufructo que se establece por contrato, sólo se adquiere como el dominio de las cosas por la tradición de ellas; y el establecido por testamento, por la muerte del testador.

a) La finalidad del inventario: Según la Real Academia Española el inventario es el:

“Asiento de los bienes y demás cosas pertenecientes a una persona o comunidad, hecho con orden y precisión”. El instituto es sin duda beneficioso para ambas partes. En principio implica una correcta y precisa determinación del objeto u objetos afectados por el derecho real; lo cual genera certeza para el nudo propietario con respecto a aquello que tiene derecho a recibir cuando el usufructo concluya, como así también para el futuro usufructuario que entenderá con precisión los límites de su obligación al momento del cuidado y la restitución.

b) El deber de inventariar: El art. 2846 de código civil de Vélez Sarfield establecía que: “el usufructuario, antes de entrar en el goce de los bienes, debe hacer inventario de los muebles, y un estado de los inmuebles sujetos al usufructo...” Parte de la doctrina³ entendió que en el caso de los muebles el inventario se tornaba vital para el surgimiento del derecho ya que determinaba el objeto sobre el cual recaía, no pudiendo existir derecho real sin cosa cierta y determinada. Otros, no tan conformes con esta postura se habían enfocado en la corriente de que la falta de inventario tanto en el caso de muebles como de inmuebles solo da lugar a una presunción iuris tantum de que los bienes se encontraban en buen estado, y en ningún modo la inexistencia del derecho, debiendo las cosas determinarse en el título constitutivo⁴.

El nuevo articulado que del Código Civil y Comercial en el artículo 2137 (que viene a ocupar el lugar del 2846) ya no distingue entre cosas muebles o inmuebles refiriéndose solo al “objeto del usufructo”. Si combinamos esto con la nueva redacción del art.2138⁵ la discusión quedaría ya aclarada favoreciendo la segunda postura antes mencionada.

Mientras el art.2846 establecía el “deber” de inventariar, el nuevo Art. 2137 lo postula como un derecho de cualquiera de las partes. Lo cual parece más acertado ya que si el instituto se ha creado en su beneficio son estos quienes deben tener la potestad de realizarlo cuando lo consideren necesario, y evitarlo cuando su realización carezca de interés. Asimismo con esta nueva redacción se refleja en mayor medida la práctica cotidiana, en la cual el inventario no se realiza en la mayor parte de los casos.

c) La forma del inventario: Con respecto a la forma en que debe hacerse el inventario el nuevo Código Civil y Comercial establece que deberá hacerse por escritura pública, pero elimina la exigencia de los testigos que contenía la anterior legislación. Sin perjuicio de esto, tanto el antiguo 2847, como el 2137 del nuevo régimen prevén la posibilidad de instrumentarlo por medios privados cuando las partes sean todas mayores de edad y capaces⁶.

El nuevo código Civil y Comercial trata de modo diferencial al usufructo que ha sido establecido por la vía testamentaria, poniendo en cabeza del usufructuario, o futuro

³ Mariani de Vidal, Papaño, Kiper, Dillon, Causse, entre otros.

⁴ Gurfinkel de Wendy, Lilian N. – Derechos reales –Tomo II – Página 1009.

⁵ 2138 - La falta de inventario y de determinación del estado de los bienes hace presumir que se corresponden con la cantidad indicada en el título y que se encuentran en buen estado de conservación, excepto que se haya previsto lo contrario.

⁶ Se ha criticado la redundancia en la utilización de ambos conceptos, considerándose que bastaría con decir capaces - (Kiper, Claudio M, : El Proyecto de Código y el derecho real de usufructo - LA LEY 16/04/2013, 16/04/2013, 1 - LA LEY2013-B, 1101) razonamiento con el que disiento ya que ante el nuevo régimen de capacidad que prevé el código la sola mención del término capaz no bastaría ocasionando una laguna jurídica. El requisito de la mayoría de edad desde mi consideración ha sido especialmente considerado por el legislador para este tipo de actos.

usufructuario la obligación de hacer inventario en escritura pública; no pudiendo el testador dispensar dicha obligación. En la opinión de Gurfinkel de Wendy: *“la no dispensabilidad establecida para el usufructo testamentario, tiene su justificación en que el testador en definitiva estaría haciendo recaer esta circunstancia en el heredero que resultara luego el nudo propietario al fallecimiento del testador, dejando larvada la posibilidad de los pleitos que precisamente la obligación de confeccionar inventario tiende a evitar. No habría inconveniente en que quien resulte nudo propietario dispense —a posteriori— luego del fallecimiento del causante al usufructuario testamentario de levantar inventario (Gurfinkel de Wendy)”*⁷. Sin perjuicio de esto, es importante mencionar que no encontramos en el texto un artículo de contenido análogo al 2820 (que mencionamos anteriormente), lo que nos impulsa a preguntarnos cuál sería el modo suficiente para el perfeccionamiento del usufructo testamentario. Sería viable pensar que el modo es la tradición realizada por el o los herederos del constituyente; los cuales desde la muerte del causante se encuentra en posesión de los bienes⁸. Estos serán quienes deberán hacer entrega de las cosas, constituyendo así la tradición⁹, el modo suficiente para el surgimiento del derecho real.

Si son los herederos quienes deben hacer tradición del objeto al futuro usufructuario, tomando conocimiento del estado y cantidad de los bienes cedidos, no veo una especial fuente de pleitos diferencial a otras circunstancias; permitiendo sin problemas que en el supuesto de que sean mayores y capaces puedan optar por un medio de instrumentación mediante instrumento privado.

d) Costos de la realización del inventario: Con respecto a los costos de la realización del inventario la nueva regulación nada ha fijado dejándolo determinado a la voluntad de las partes contratantes.

e) Presunción por falta de inventario: Tanto en el 2848 del régimen anterior como el 2138 del actual código Civil y Comercial prevén que la falta de inventario hace presumir el buen estado de conservación de las cosas entregadas. El nuevo régimen incorpora la presunción sobre la cantidad de cosas, indicando que en caso de no mediar inventario se presume que la cantidad indicada en el título es cierta.

f) Posibilidad de exigir inventario en cualquier tiempo: El Art. 2849 del código de Vélez establecía la posibilidad del nudo propietario de exigir el inventario en cualquier tiempo. El nuevo régimen no establece nada al respecto.

B- La Fianza

Por su parte la fianza tiene como finalidad servir de garantía en el supuesto de que el usufructuario incumpla sus obligaciones especialmente de conservación y restitución. La doctrina coincide en que esta institución carecía de orden público en función de la posibilidad de dispensa voluntaria claramente establecida por el código Civil en el art.2851. Este principio se mantiene, aunque la extensa regulación de Vélez se ha

⁷ Rivera, Julio Cesar y Medina, Graciela – Código Civil y Comercial Comentado – Tomo V – Pag. 636.

⁸ Artículo 2280 del Código civil y Comercial: Situación de los herederos. Desde la muerte del causante, los herederos tienen todos los derechos y acciones de aquél de manera indivisa, con excepción de los que no son transmisibles por sucesión, y continúan en la posesión de lo que el causante era poseedor...

⁹ No se considero así en el régimen de Vélez, en el cual se ha interpretado que si bien la entrega de los bienes recaía en mano de los herederos, esta entrega no constituía una verdadera tradición. (Salas-Trigo Represas, Felix A. Código Civil Anotado – Tomo III – 2da edición actualizada, Depalma 1978, Pág.202 – Citado en Gurfinkel de Wendy, Lilian N. – Derechos reales –Tomo II – Página 1008.)

transformado en un único artículo que establece: “Art. 2139.- *Garantía suficiente en la constitución y en la transmisión. En el acto de constitución puede establecerse la obligación previa al ingreso en el uso y goce, de otorgar garantía suficiente, por la conservación y restitución de los bienes, una vez extinguido el usufructo.*” En el régimen anterior el artículo 2852 establecía que la falta de fianza permitía al nudo propietario negarse a hacer entrega de los bienes, como así también una prerrogativa en cabeza de este de exigirla en cualquier tiempo cuando los bienes ya se hubieran entregado. El art. 2854 permitía reemplazar la fianza por otro tipo de garantías, con la excepción de la hipoteca (exclusión ampliamente criticada en la doctrina por su falta de razonabilidad). El Art. 2855 establecía que si las partes no conciliaban el monto de la fianza esta podía ser pactada por el juez. El 2856 y 2857 se establecen los mecanismo de su ejecución.

El Art. 2858 fijaba una dispensa legal de dar fianza a los padres por el usufructo de los hijos, al donante de bienes con reserva de usufructo y al enajenante a título oneroso que se reserva el usufructo de la cosa. En el art. 2860 preveía la posibilidad del nudo propietario de reclamar la fianza en caso de infortunio del usufructuario que pueda poner en riesgo los bienes dados en usufructo, de sospecha de malversación o de abuso en el uso y goce de la cosa. Finalmente el 2861 establecía que en el supuesto de expropiación, solo podrá el usufructuario recibir la indemnización prestando suficiente fianza por ella.

La nueva legislación mantiene como ya había mencionado el carácter voluntario de la fianza; subsana los defectos del Art.2854, entre otros, refiriéndose a “garantía suficiente” y ya no a fianza en particular; y dejando de lado la exclusión de la hipoteca, lo cual configura un acierto. Se abstiene de establecer el procedimiento en caso de entregarse la garantía y se eliminan los supuestos de dispensa legal, claro que en el caso de la dispensa de los padres es lógico ya que el nuevo régimen elimina este tipo de usufructo.

Nada se menciona sobre el supuesto del usufructo constituido por testamento, dejando abierta la puerta a la posibilidad del testador de liberar al futuro usufructuario de esta obligación. Sin perjuicio de esto las mismas argumentaciones que justifican la prohibición de dispensa del inventario en este supuesto, nos asistirían para justificar la prohibición de dispensa de la fianza. Será el patrimonio de los herederos el cual se verá afectado por el ejercicio que el usufructuario haga de las cosas sujetas al usufructo, deberían ser estos los que luego dispensen de esta obligación en caso de considerarlo.

3. De lege ferenda

a)Visto y considerando que el modo suficiente en el caso de usufructo testamentario será la tradición realizada por los herederos en función del nuevo artículo 1901¹⁰ y 2280, tomando estos contacto con los bienes sujetos al usufructo, pudiendo constatar el estado y la cantidad de las cosas en el momento el previo a la entrega. Propondría la eliminación del segundo párrafo del art.2137 que establece: “*Si el usufructo se constituye por testamento, quien ha sido designado usufructuario está obligado a inventariar y determinar el estado del objeto, en escritura pública. Esta obligación tampoco es dispensable*”. Por considerarlo una prohibición irrazonable atento que son los mismos herederos quienes transfieren los bienes teniendo certeza de la cantidad y estado de los mismos; lo que implica que en el supuesto de ser mayores y capaces

¹⁰ - Unión de posesiones. El heredero continúa la posesión de su causante.

podrán hacerlo por el medio que consideren pertinente (sin perjuicio de la posibilidad de dispensar al futuro usufructuario de dicha obligación). Podemos comprender la lógica en la prohibición de la dispensa por el testador, pero carece de razonabilidad establecer la forma en que el inventario deberá realizarse si quienes intervienen en esa situación ya son los herederos afectados por la carga.

b) Considero pertinente incorporar una prohibición en la dispensa de la fianza en el caso del usufructo testamentario, cuando esto pueda afectar la legítima de los herederos que una vez concluido el usufructo recibirán el objeto gravado por el derecho real. Los mismos motivos que justifican la prohibición de dispensa del inventario nos sirven en este supuesto. Son los herederos quienes en caso de considerarlo pertinente podrán dispensar al futuro usufructuario de esta obligación ya que son sus derechos los que se verán afectados al momento de mediar incumplimiento en los deberes principalmente de conservación y restitución de la cosa sujeta al usufructo.