DIALOGO ENTRE JURISTAS
"La fianza y otras garantías en el usufructo"
(El problema en el derecho peruano y argentino)

Luis Moisset de Espanés y Carlos Cárdenas Quirós

I.- Introducción

En muchas oportunidades he dialogado epistolarmente con amigos sobre temas jurídicos. En este caso el tema que motivó nuestras reflexiones giró alrededor de la exigencia de fianza u otras garantías para constituir un usufructo, y la diferencia que existía en la normativa vigente en Perú, con relación a la que se encuentra generalmente en el derecho continental.

En algún momento pensamos en redactar una nota más extensa en la que investigásemos en profundidad ese problema, pero hasta que llegue esa oportunidad nos ha parecido de interés divulgar la correspondencia que sobre esta materia intercambiamos con Carlos Cárdenas Quirós, ya que pensamos que puede ser útil a otros investigadores que deseen indagar más extensamente sobre estos puntos.

L.M.E.

II.- La correspondencia que mantuvimos

Córdoba, 19 de enero de 2007

Carlos:

Ayer me estuve acordando de la fecha de fundación de Lima, pero hoy te escribo por otra cosa.

Trabajaba en una nota sobre "Usufructo y fianza", en la que comentaba un fallo de nuestros jueces, cuando se me ocurrió indagar qué sucede en Perú. Me encontré, entonces, con que en el Código de 1984 solamente hay una escueta norma dedicada a "garan-

tías", de manera genérica, que reconoce como antecedente un artículo similar del Código de 1936.

En la "Exégesis" de Max Arias se encuentra una breve página comentando el artículo pertinente, que no brinda mayores explicaciones.

Como la posibilidad de exigir una fianza al usufructuario tiene larga data (la encontramos ya en el Libro 7 del Digesto, dedicado al usufructo, que contempla tanto la fianza como el inventario en la Ley 13 del Título I), y pasa luego por el Fuero Juzgo y las partidas antes de llegar a los modernos códigos occidentales, quise indagar que había sucedido en el primer Código peruano, el de 1852, y vi que allí también se trata de manera detenida el problema de la fianza, las personas exceptuadas y la conducta a seguir en el caso de que no se haga efectiva la fianza.

Acudí entonces a la obra de Guzmán Ferrer, que es el único material con que cuento para consultar algunos aspectos de la "Exposición de motivos" del Código de 1936, y me encontré entonces con que quien redactó el Anteproyecto le tenía una profunda "aversión" al derecho de usufructo, a punto de que consideraba que por aplicarse únicamente en materia testamentaria era conveniente suprimirlo, pero aunque esa opinión no prevaleció en el Proyecto y la sanción definitiva del cuerpo legal de 1936, si repercutió en la supresión de la definición del usufructo, en especial la mención al "salva rerum substantia", alegando que hay hipótesis (las de cuasi usufructo), en las que no se aplica ese principio, afirmación pueril, porque precisamente en esos casos no estamos verdaderamente frente a un "usufructo", y en el hecho de reducir la problemática de la fianza a una escueta norma sobre "garantías".

Ambos aspectos han pasado casi sin modificación a la codificación vigente.

Es posible que le asistiese razón cuando afirma que el usufructo es hoy una figura jurídica de escasa aplicación, aspecto que -te confieso- también he advertido en alguna oportunidad; sin embargo en la práctica profesional me he encontrado con más

de un caso, sobre todo vinculado con problemas de derecho sucesorio, pero no reducidos solamente a "usufructos testamentarios", sino también a particiones anticipadas de herencia efectuadas por ascendientes. Menos comunes han sido las hipótesis de usufructos gratuitos para favorecer a alguna persona...

Sin embargo esta escasa frecuencia no parece razón suficiente para suprimir la figura.

Queda siempre el problema de la "fianza", o garantía de que se restituirá indemne la cosa (en el verdadero usufructo), o íntegramente los valores (en los cuasi usufructos).

¿Merece este problema un desarrollo algo más extenso que el que encuentra en el Código peruano? Pero, como contrapartida, ¿se justifican normas tan minuciosas como las del Código de 1852, o las que se encuentran en otros cuerpos legales de la familia romanista?

¿Conoces de algunos otros autores peruanos que se hayan ocupado del tema?

Por tu parte, ¿has visto en la Comisión que estudia posibles reformas, alguna inquietud sobre este particular? ¿Te has formado alguna idea sobre el punto?

Me interesaría tu opinión.

Saludos a tus padres y a ti un fuerte y cordial abrazo

Luis

P.D.: Le envió copia de esta carta a Manuel Muro, para preguntarle si en el Código comentado han tratado ya esa norma.

Lima, 19 de enero

Estimado Luis:

He encontrado del mayor interés tus reflexiones acerca de la ausencia de una norma en el Código Civil acerca de la exigencia de garantía al usufructuario. En esta materia de los derechos reales, el Código vigente siguió básicamente los lineamiento del código derogado de 1936 por lo que no es de extrañarse la ausencia de una regulación como la de 1852. Es cierto, sin embargo, que esa ausencia no parece haber originado contratiempos.

No tengo presente ahora algún debate con motivo de un asunto judicial sobre este asunto ni tampoco la atención que pudiera haberle dedicado algún autor.

El ponente del libro de Derechos Reales en el Código de 1936 fue Alfredo Solf y Muro, un antiguo profesor de San Marcos.

En la reforma al Código de 1984 no se ha contemplado considerar el tema. La verdad no ha sido mencionado en momento alguno y no me había planteado su necesidad. Es posible que el hecho de no conocerse controversias judiciales haya contribuido a que se olvide la cuestión, máxime si es una que puede ser suplida por el pacto entre las partes, salvo mejor parecer.

Seguimos conversando.

Un fuerte abrazo.

Carlos

Córdoba, 19 de enero de 2007

Carlos:

De acuerdo contigo en que la falta de dispositivos que regulen en detalle las garantías que pueden ofrecerse en los casos de usufructo, no provoca problemas por la escasa aplicación que este derecho real suele tener en la práctica. Y si no provoca problemas no es menester proponer reformas al Código... ¿verdad? Es una regla que debería tomarse siempre en cuenta, porque reformar con el único propósito de satisfacer "inquietudes teóricas", no es útil ni conveniente.

Además no olvido que los códigos que regulan la fianza en el usufructo incluyen un catálogo de casos en que quien goza de este derecho está exceptuado de ofrecerla, como ser el padre con relación al usufructo legal que tiene sobre los bienes de sus hijos menores, o cuando el usufructo se establece por "deducción", por quien es propietario del bien y transmite solamente la nuda propiedad, quedándose con el usufructo.

Precisamente los casos que con más frecuencia he visto en mi práctica profesional han sido de padres que transmitían en nuda propiedad los bienes a sus hijos, pero se reservaban el usufructo; es una especie de partición de herencia anticipada, que permitirá luego no recurrir al juicio sucesorio, pues a la muerte del ascendiente la propiedad plena se consolidará en quienes hubiesen sido sus herederos.

Precisamente por esa causa, aunque han pasado por mis manos varios casos de "usufructo", nunca vi que se constituyera una fianza.

De cualquier forma me resultó interesante la forma en que ha evolucionado el problema en el sistema peruano y es posible que concrete estas reflexiones en una breve nota, que luego veremos qué destino se le da.

Nuevamente saludos a tus padres y a ti un fuerte y cordial abrazo

Luis

Lima, 20 de enero

Luis:

Convengo completamente con lo que sostienes. Es de advertir, adicionalmente, que la norma debiera referirse en general a garantías y no solo a la fianza, precisamente para facilitar la constitución de cualquiera y, por consiguiente, la constitución

del usufructo.

Me parece de lo mas oportuno que dediques a este asunto alguna breve reflexión en un pequeño articulo que resultará muy ilustrativo de la evolución de una figura de raigambre tan ilustre.

Recibí por cierto ambos correos, así que al menos con este servidor no parece existir problema.

Un fuerte abrazo, que pases un muy buen fin de semana y saludos también de mis padres que agradecen tu recuerdo.

Carlos

Córdoba, 20 de enero de 2007

Carlos:

Por supuesto que debería aceptarse cualquier tipo de garantía, además de la fianza.

Lo curioso del caso es que el Código de Vélez que así procede -aceptando incluso la caución juratoria- sin embargo excluye la posibilidad de que se garantice con hipoteca y en la nota da una razón que, sin duda, es equivocada: la duración limitada de la inscripción de la hipoteca (que originariamente en nuestro Código era de 10 años; ahora es de 20).

Ya el primer gran exégeta del Código, Lisandro Segovia, señalaba que no había razón de excluir la hipoteca si el usufructo era temporal y se había constituido por menos de 10 años. A lo que nosotros agregaríamos que si el nudo propietario puede dispensar al usufructuario de dar garantía, no existiría ningún obstáculo para que voluntariamente aceptase una garantía limitada en el tiempo.

Pero, hay más. Con posterioridad Salvat, con mucho acierto, apuntaba que la limitación temporal no es realmente de la "hipoteca", sino de su inscripción registral, y que nada impide que el nudo propietario la reinscriba antes de que se opere la caducidad

del asiento registral.

Como verás los grandes juristas, y Vélez lo era, ¡también se equivocan...!

Pues bien, si se establecen garantías, sin duda que la hipoteca sería lo que mayor seguridad ofrecería al nudo propietario de que al concluir el usufructo se le restituiría la cosa en buen estado, o se lo indemnizaría por los deterioros que hubiese sufrido que excediesen los normales del uso.

Estas aristas, por supuesto, poco interesarán al lector común peruano, pero son valiosas para la nota que prepararé para Argentina. En definitiva, tengo entre manos dos tareas distintas: preparar una nota sobre la evolución en el derecho peruano, y otra analizar el problema en la legislación de nuestro país.

Seguiremos charlando sobre éste u otros temas.

Luis