

## CUASIUSUFRUCTO \*

### SU NACIMIENTO - NUESTRO CODIGO - METODOLOGIA

GUILLELMO L. ALLENDE

Profesor adjunto interino de Derecho Civil (IV)

#### I.— SU NACIMIENTO

En una lección anterior tratamos el usufructo y al lado de él, vimos la existencia de usufructos que llamamos entonces especiales y que podían recaer sobre derechos y aun sobre un patrimonio o cuota parte del mismo. Evidentemente, estos dos últimos casos desvirtúan el concepto de la institución, ya porque exceden el ámbito de cosas; ya porque aun siendo cosas, existiendo en un patrimonio cosas fungibles y no fungibles, el "salva rerum substantia", de la concepción de Paulo o sea el de nuestro artículo 2807 — por cierto esencial para la existencia del usufructo — carece aquí de todo valor.

Esta situación anormal se manifiesta bien visiblemente en el artículo 2808, cuya simple lectura, luego de haber leído el artículo anterior, no puede dejar de causar extrañeza. Dice el artículo:

*"Hay dos especies de usufructo: usufructo perfecto y usufructo imperfecto o cuasi-usufructo. El usufructo perfecto es el de las cosas que el usufructuario puede gozar sin cambiar la substancia de ellas, aunque puedan deteriorarse por el tiempo o por el uso que se haga. El cuasi-usufructo es el de cosas que serían inútiles al usufructuario si no las consumiese, o cambiase su substancia, como los granos, el dinero, etc."*

Es decir, el título X, que tratamos, lleva la leyenda "Del usufructo", el artículo 2807 lo define y a renglón seguido el 2808, en su segunda parte, nos dice algo que implica exactamente lo contrario.

Jamás podríamos comprender esta ilógica estructura, si no nos remontáramos al nacimiento del cuasi-usufructo.

De ningún otro derecho real sabemos su génesis. Algunos se pierden en la noche de la prehistoria; otros, como los derechos reales de garantía, no van tan lejos, pero sus orígenes permanecen en semitinieblas. En cambio, la figura que ahora estudiamos podemos verla nacer y desarrollarse en los siglos, con transparente nitidez.

No nació, como nacen la mayor parte de las instituciones, conforme

\* Responde a la parte pertinente del programa de "Derechos Reales", como así también tiene en cuenta la división de las cosas en fungibles y no fungibles, consumibles y no consumibles, del programa de "Parte General".

a un proceso natural, cumpliendo con una necesidad social, sino más bien en forma artificial, o mejor dicho circunstancial, producto exclusivo de la ley, para remediar una imperfección, una imprevisión de otra ley. Veamos:

Nos encontremos en Roma, poco antes de Octavio (me parece más lógico llamarlo así y no Augusto como lo llamaron sus aduladores y luego la historia, a este definitivo destructor de la República Romana), no hay problema, sólo existe el usufructo, el de nuestro artículo 2807, el de la definición de Paulo.

Pero allá por el año 736 de Roma, se dicta la ley Julia y poco después la ley Papia Poppaea. Estas leyes restringen la liberalidad entre esposos, por causa de muerte, al usufructo de una cuota parte de los bienes que componen la herencia. Ahora bien, la "ratio legis" en lo que respecta al usufructo, era que el cónyuge superviviente se beneficiaba con una parte de la herencia, sin distinguir la naturaleza de los bienes. Pero por una deficiencia técnica, al hablarse de usufructo, en verdad se restringía en mucho el derecho del cónyuge, ya que sólo podría beneficiarse con las cosas no consumibles, lo que no era por cierto la intención del legislador.

Para remediar esta situación, para armonizar el pensamiento del legislador con la letra de la ley, se dictó años después un Senado consulto, de fecha incierta, pero no mucho más allá del año 15 de nuestra era, por el cual se amplió la órbita del usufructo a toda especie de bienes; o sea, empleando la terminología romana: cosas corporales, sean consumibles o no y cosas incorpóreas. Con respecto a estas últimas, o sea, los créditos, parece que el Senado consulto no fué muy claro, pero en definitiva el Digesto (3.5.VII) siguiendo a Ulpiano, se decidió por la afirmativa. Transcribo esta ley romana:

"Después de cuyo Senado consulto podrá legarse el usufructo de todas las cosas: pero ¿acaso también el de créditos? Nerva lo negó, pero es más verdadero, lo que afirman Cassio y Práculo, que puede legarse."

Esta breve introducción histórica nos sirve para comprender varios aspectos del cuasi-usufructo y que resume así:

1º El cuasi-usufructo nació en el Senado consulto citado, el que fué sancionado para remediar la mala técnica legislativa de las dos leyes nombradas que lo precedieron.

2º El cuasi-usufructo es una figura absolutamente distinta del usufructo y la semejanza de nombre se debe a ese factor histórico señalado. Mas, no solamente no guarda semejanza, sino que en cierto sentido es su reverso, pues la característica más saliente del usufructo es el "salva rerum substantia" y en el cuasi-usufructo, ni puede hablarse de ello.

3º A pesar de que como hemos dicho, el cuasi-usufructo no nació de una necesidad social, sino de una mala técnica legislativa, soportó el duro trajín de la historia y siempre bien unido a su contrario el usufructo. ¡Tanta es la fuerza de la tradición y en especial del Corpus Juris!

## II.— NUESTRO CODIGO

Véiz estableció el cuasi-usufructo, con carácter general en los artículos 2808 y 2871. En otros artículos, trata aspectos especiales de los

mismos, observándose, en unos y otros, marcada desarmonía en la concepción del Codificador.

No solamente a nuestro Código le sucede esto, en verdad, esta confusión es general en el derecho comparado; por lo que en más de una ocasión, tendremos, para poder ir hacia adelante, para poder forjar alguna crítica constructiva, que mirar hacia atrás, hacia los juriscónsultos clásicos romanos. Pero aun así, con cuidado.

Pasaremos al análisis de los artículos 2808, "in fine" y 2871.

#### 1º — El "salva rerum substantia"

Tener presente lo dicho al comienzo de este estudio. Evidentemente, Vélez debió haber adoptado un método distinto; no es posible afirmar algo en el artículo 2807 y negarlo a renglón seguido.

En efecto, para el artículo 2807, hace a la esencia del usufructo el "salva rerum substantia", pero por el 2808, "in fine", la cosa no sólo no debe ser cuidada en su substancia, sino que pasa en propiedad, en dominio, al usufructuario. Naturalmente, aquí el usufructuario tiene sobre el objeto del usufructo, el máximo de los derechos, entre otros, los resultantes de los artículos 2513 y 2515, pudiendo por tanto, inclusive, desnaturalizarlo y degradarlo.

Comprendo, no sin cierta pena, que en derecho no puede pretendérselo siempre definiciones exactas y que abarquen todos los casos sin excepción, como sucede en otras ciencias; pero si podemos y debemos pretender que sentado un principio o dada una definición, luego las excepciones no sean tantas o más que los casos normales.

#### 2º — Objeto del cuasi-usufructo

A estar de los artículos 2808 y 2871 el objeto del cuasi-usufructo son las cosas consumibles, es decir las comprendidas en el artículo 2325; no sobre las cosas fungibles, definidas en el 2324. Pero por otro lado, el Código sale estableciendo una diferencia, en cuanto a la capacidad para constituir usufructo, según se trate de cosas fungibles o no fungibles (artículos 2831 y 2832). Pero este aspecto de la cuestión merece un acapite especial, dada la confusión reinante en la materia y que viene de muy antigua data.

a) *Cosas consumibles o fungibles y no consumibles o no fungibles.*

Ya el título implica adoptar una posición jurídica definida; posición adoptada a pesar de los artículos 2324 y 2325.

Evidentemente, existe una diferencia marcada entre cosas consumibles y algunas fungibles no consumibles, pero esta diferencia pertenece al mundo de la naturaleza, no al ámbito jurídico y así, aunque el legislador pretendía establecerla, ella se borra, desaparece, frente a una situación jurídica cualquiera. Es que ni el propio legislador puede ir contra la naturaleza (jurídica) de las cosas.

Y es así, por cuanto la cosa fungible, exactamente igual que la cosa consumible, desaparece, queda consumida, para aquel que la entrega, sin excepción alguna.

Aquí Vélez siguió una doble fuente, incompatibles entre sí: por un

lado el Código francés, interpretado con respecto a las diferencias entre las clasificaciones en cuestión por Aubry et Rau y por otro lado a Freitas; es decir, tenemos frente a frente a la segunda y a la primera fuente, en importancia, de nuestra ley.

El Codificador al redactar los artículos 2808 y 2871 tiene en cuenta sólo las cosas consumibles o sea las cosas comprendidas en el artículo 2325, no en el artículo 2324 que se refiere a las fungibles. En esta clasificación sigue a los autores franceses citados (Aubry et Rau: II-29).

Pero luego, artículos 2831 y 2832, tiene en cuenta la clasificación de las cosas en fungibles y no fungibles y evidentemente, aquí la fuente directa es el Esbozo, artículo 4533, que transcribo:

"Siendo no fungible la cosa fructuaria, no tiene capacidad para constituir usufructo por contrato oneroso, el que no la tuviere para vender; y por contrato gratuito el que no la tuviere para donar. Siendo fungible la cosa fructuaria, no tiene capacidad para constituir usufructo por contrato oneroso o gratuito el que no la tuviere para prestar por mutuo."

Ahora bien, Freitas, al contrario de Aubry et Rau, no establece, prácticamente, diferencia alguna entre cosas fungibles y consumibles y no fungibles y no consumibles (artículos 354 a 359 del Esbozo).

Y no la establece, porque Freitas dióse clara cuenta de la imposibilidad jurídica de hacerlo. Sin embargo, el sabio brasileño, ante la fuerza poderosa de la doctrina contraria, aceptó la clasificación, pero al mismo tiempo la rechaza, por cuanto dice que se trata de una misma cosa. Pero hay algo más en Freitas, sobre lo cual es necesario detenerse.

Por un momento, el autor del Esbozo, parecería no establecer una igualdad absoluta, así el artículo 358 dice:

"Todas las cosas que se consumen son cosas fungibles, salvo, cuando por voluntad expresa o tácita de las partes no fueren susceptibles de sustitución."

En otras palabras, establecería una excepción, pero no es tal si bien se mira. Ante la poderosa tradición jurídica, el sabio jurista se inclinó algo y no vió bien, que si la cosa que se consume no es susceptible de sustitución, es porque esa cosa, ha dejado de ser consumible. Medítense sobre ello y se despejará toda duda.

Por eso, a esta parte de mi estudio en que trato las cosas consumibles o fungibles y no consumibles o no fungibles, podríamos ponerle como subtítulo: por Freitas, pero más allá de Freitas.

En síntesis, Vélaz sólo acepta que el cuasiusufructo debe recaer únicamente sobre cosas consumibles, pero luego, aunque de una manera indirecta y si se quiere defectuosa, amplía su ámbito a las cosas fungibles.

En otras palabras, su extraordinario criterio práctico para el derecho, le hace ver la imposibilidad de establecer una diferencia entre ambas clasificaciones; su conocimiento teórico en cambio, le hace ver una diferencia, donde esa diferencia no existe ni puede existir.

Pero esta forma de legislar de Vélaz, al pretender establecer esta ficticia clasificación jurídica, no sólo aparece trayendo trastornos aquí, en el usufructo y cuasiusufructo, sino todas las veces en que debe tratar aspectos relacionados con las cosas consumibles, etc.

Así, trasladándonos al Libro II, Título XVI, que lleva la leyenda: "Del mutuo o empréstito de consumo", hallamos el artículo 2240 que dice:

"Habrá mutuo o empréstito de consumo, cuando una parte entregue a la otra una cantidad de cosas que esta última está autorizada a consumir, devolviéndole en el tiempo convenido, igual cantidad de cosas de la misma especie y calidad."

Es decir debe racar sobre cosas consumibles. Pero a renglón seguido y a pesar de la leyenda del título y a pesar del artículo transcrito, se ve obligado a decir otra cosa: amplía el ámbito del objeto del mutuo, comprendiendo también a las cosas fungibles. Así, el 2241:

"La cosa que se entrega por el mutuario al mutuario debe ser consumible o fungible aunque no sea consumible."

Evidentemente, con haber dicho fungible, en el artículo 2240, se evitaba la rectificación-clarificación del siguiente.

¿Cuánto adelantaríamos y cuántas aclaraciones y rectificaciones desaparecerían, si en esto tuviéramos más presentes, las Instituciones de Goyo! Dicen:

"Contrato real, es, por ejemplo, la entrega en mutuo (o sea, en préstamo). Esta se hace propiamente con las cosas que se pesan, cuentan o miden, como es el dinero, el vino, el aceite, el trigo, el cobre, la plata, el oro; cosas estas que entregamos contándolas, midiéndolas o pesándolas, con el fin de que se hagan de la propiedad de quienes las reciben, y éstas nos devuelvan después, no las mismas cosas, sino otras de igual naturaleza."

Bien hace resaltar el clásico jurista romano, que lo que interesa no es que se consuman o no, sino que sean cantidad de cosas — cosas fungibles—. Per eso, el trigo y el cobre, se consuman o no se consuman, eso jurídicamente no interesa, pertenecen a la misma categoría de cosas, cantidades, o sea, dímole un nombre, cosas fungibles.

Parecería no armonizar con la teoría que sostengo el Título XVII: "Del Comodato", artículo 2260, al decir:

"Cuando el préstamo tuviese por objeto cosas consumibles, solo será comodato, si ellas fuesen prestadas como no fungibles, es decir, para ser restituidas idénticamente."

Pero en realidad, vuelve el Código a confirmar el criterio que sostengo.

La "cosa consumible" a que se refiere el artículo, no es consumible, sólo tiene la apariencia de tal, en verdad, es típicamente "no consumible" y aquí no tenemos más que atenernos a la propia definición de cosas consumibles que nos trae el Código: "aquellas cuya existencia termina con el primer uso" (artículo 2325).

Ahora bien, si esa "cosa" expresamente no debe consumirse conforme al contrato, no necesitamos ahondar el estudio, para arribar de inmediato a la conclusión de que es no consumible (jurídicamente) y por lo tanto no fungible. Es lo que los romanos llamaban "ad pompam vel ostentationem" (Digesto 3, 6, XIII).

Y ya que acabamos de citar el artículo 2325, el propio Vélez, ¿no está admitiendo en su primera parte, la igualdad absoluta de ambas clasificaciones? Medítese.

De todas maneras, nuestro Codificador, aunque por un camino más largo y que no deja de ofrecer sus dudas, viene en el Código a remediar o

mejor dicho, a dejar prácticamente sin efecto la clasificación que hemos criticado.

Es interesante, aunque más no sea dejar breve constancia, que en semejante situación que Vélez estuvo Babiloni. Por un lado tuvo sus dudas y así en el artículo 2604, pretende establecer una diferencia entre cosas consumibles y fungibles, pero bien pronto corrige el error; así, en el artículo 2631 y en la nota, acepta, aunque no lo dice, por entero, el pensamiento del sabio brasileño.

Esta misma cierta incoherencia terminológica, se observa en el Proyecto. Parecería que el usufructo sólo pudiera recae sobre cosas consumibles (artículo 1613 "in fine"), pero luego el 1638 corrige el error y asimila, como no podía dejar de ser "jurídicamente", las cosas consumibles a las fungibles.

#### b) *Crítica y síntesis*

Fuera de duda, las cosas fungibles desde el punto de vista de su naturaleza jurídica — y este punto de vista es el único que interesa al derecho —, son exactamente iguales que las cosas consumibles, ya que no tienen individualidad; una vez entregada la cosa al usufructuario, éste, sin más, se hace propietario de la misma, pues ha desaparecido, se ha "consumido", para el nudo propietario. Más aún, en verdad, el nudo propietario no es tal, pues no conserva derecho real alguno sobre la cosa. Al respecto ver la nota al artículo 2871.

Por tanto en esta materia, lo lógico no es establecer tal clasificación, pues luego, los propios legisladores que la admiten, se ven en la necesidad imperiosa de dejarla sin efecto. Vélez, el propio Babiloni y los autores del Proyecto, dan buena prueba de ello.

Y sentado esto, cabe la pregunta ¿qué terminología aceptamos? Por un lado: consumibles y no consumibles; por el otro: fungibles y no fungibles. Propongo la segunda.

#### 3º *¿Qué debe devolver el usufructuario?*

Lo dice el artículo 2871:

"El usufructuario de cosas que se consumen por el primer uso, puede usar y gozar libremente de ellas, con el cargo de restituir otro tanto de la misma especie o calidad, o el valor estimativo que se les haya asignado en el inventario."

Tener bien presente su nota, mejor dicho, saberla.

Si en el inventario no se ha establecido el valor de la cosa, debe devolver la misma cosa.

La solución ya no es tan clara si se ha establecido su valor. La nota, a pesar de que trata la cuestión, no despeja toda duda. Pero el Esbozo, artículo 4653, fuente de la norma, viene en nuestro auxilio y él sí, que aleja toda hesitación; dice:

"Si las cosas fungibles del usufructo fueron estimadas en el instrumento constitutivo o valuadas en inventario a que se haya procedido, el usufructuario sólo queda obligado a pagar el valor de la estimación o de la valuación."

Por otra parte, advierto, esta es la solución que nos da el Anteproyecto y el Proyecto, artículos 2631 y 1638 respectivamente.

### III. — METODOLOGÍA

Nuestro Código legisla conjuntamente, en el Título X, sobre: usufructo, cuasiusufructo, usufructo de créditos y de un patrimonio, cual si tuvieran mucho de común. Vimos y probamos que no. El cuasiusufructo, nada tiene que ver con el usufructo.

Importa un adelanto el Anteproyecto, que sigue al Código alemán. En efecto el título VIII, se divide en tres capítulos: Del usufructo de cosas; Del usufructo de derechos; Del usufructo de un patrimonio. Como acostumbra a hacer Bófiloni, cuando se separa del Código, fundamenta su criterio y aquí nos dice:

"Si se han de evitar confusiones, y distinciones escolásticas, hay que separar las disposiciones que se refieren a usufructo de cosas, al de créditos y al de conjuntos de bienes. Porque de otro modo, lo que se hace es introducir voluntariamente elementos de confusión que oscurecen las soluciones."

Esta crítica de Bófiloni, muy bien fundada, observemos, en parte se vuelve contra él.

En efecto, legisla el Anteproyecto en un mismo capítulo sobre el usufructo de cosas no fungibles y fungibles, pudiéndose así criticar su método con sus propios argumentos. Dentro de este orden de ideas, vemos un artículo, por ejemplo, el 2620:

"El usufructuario... está obligado a usarla y gozarla, de acuerdo con el destino económico que tenía al serle entregada, y conforme con las reglas de una administración juiciosa. No puede modificar la cosa, aun cuando fuera para hacerla más útil o mejor."

Y naturalmente este artículo, aunque puesto como norma general, nada tiene que hacer, si se trata de cosas fungibles. Así lo entiende el mismo maestro y lo dice claramente en su artículo 2631.

En definitiva, sobre el método, lo mejor es volver en parte al Digesto. Separar el usufructo del cuasiusufructo y dividir, éste a su vez, en tres subcapítulos: Del cuasiusufructo de cosas fungibles; Del cuasiusufructo de créditos; Del cuasiusufructo de un patrimonio.

Procediendo así, entonces sí, las normas tendrían una adecuada generalidad, con lo que no sería necesario hacer, como sucede en nuestro Código, en el Anteproyecto y en el propio Proyecto, continuas rectificaciones y continuas aclaraciones.

Finalmente, quiero aclarar que me he detenido en especial sobre la "metodología", porque entiendo que aprehender el método, conocer sus virtudes y defectos, vale tanto como conocer a fondo, íntimamente, una institución.