
EL “USO ABUSIVO” COMO MEDIO ESPECIAL DE EXTINCIÓN DEL USUFRUCTO EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL*

Gonzalo PEREZ PEJIC**

Fecha de recepción: 11 de julio de 2015

Fecha de aprobación: 19 de agosto de 2015

Resumen

A diferencia del Código de Vélez, el Código Civil y Comercial contempla la extinción del usufructo por “el uso abusivo y la alteración de la sustancia comprobada judicialmente” (art. 2152, inc. d). El mentado “uso abusivo” es un género que incluye a la alteración de la sustancia comprobada judicialmente. En este sentido, ambos constituyen también supuestos de uso abusivo el ejercicio del usufructo contrario a su faz social y ambiental.

Por otra parte, el usufructuario debe conservar la “sustancia” del objeto sobre el cual se asienta su derecho. Así, si el usufructo recae sobre una cosa, el usufructuario debe respetar la materia y forma sustancial —descartando los accidentes— que se determina según el destino del objeto, el que puede provenir de la convención, naturaleza de la cosa o el uso al cual ella se encontraba afectada de hecho. En cambio, si el usufructo recae sobre un objeto

* Dedicado al gran jurista, maestro y amigo que es MARIANO ESPER.

Algunas de las ideas contenidas en el presente trabajo fueron publicadas bajo el título: “El ejercicio regular del usufructo y su uso abusivo. Estudio socio-ambiental desde el Código Civil y Comercial Unificado” en fecha 6/4/2015 por IJ Editores *Revista Jurídica de Daños*, Cita: IJ-LXXVII-707. Este artículo constituye una segunda versión revisada y notablemente ampliada con nuevas reflexiones por parte de su autor.

** Abogado y Profesor para la enseñanza media y superior en Ciencias Jurídicas egresado de ambas carreras en la Universidad de Buenos Aires (Argentina). Becario en la Maestría en Filosofía del Derecho (UBA). Ayudante de Cátedra por concurso en la Facultad de Derecho (UBA) en “Obligaciones civiles y comerciales” (cátedras del Dr. Piaggio), “Derechos Reales” (cátedras del Dr. Clerc y de la Dra. Mariani de Vidal), “Familia y sucesiones” (cátedra del Dr. Bossert), “Derecho Inmobiliario” (cátedra de la Esc. Armella), y “Teoría del Estado” (cátedra del Dr. Ortiz). Jefe de Trabajos Prácticos de la materia “Nociones de Derecho Civil” (cátedra de la Dra. Baliero de Burundarena) en la Universidad Nacional de Avellaneda (UNDAV). Profesor de la Universidad de Palermo (UP): a) profesor titular de la materia “Derechos reales de disfrute y garantía”, y b) profesor de reemplazo para la materia “Derecho Privado A”. Investigador en formación UBACyT. Correo electrónico de contacto: gonzaloperezpejic@gmail.com

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I
Dossier sobre el Código Civil y Comercial de la Nación

inmaterial, el usufructuario debe conservar el valor económico del derecho y su aptitud para generar ganancia.

En último lugar, construimos la noción de “ejercicio regular” del usufructo como figura jurídica opuesta a su “uso abusivo”. El mentado ejercicio regular implica la utilización del usufructo de acuerdo a lo previsto en el acto constitutivo, en sintonía con lo exigido por el ordenamiento jurídico, destacando el deber de conservar la sustancia; y ajustando la utilización del derecho real a su finalidad en sus distintas fases, con especial referencia al respeto de la faz social y faz ambiental.

Palabras clave

Código Civil y Comercial de la Nación – extinción del usufructo – uso abusivo – ejercicio regular – finalidad – faz social – faz ambiental

“ABUSIVE USE” AS A USUFRUCT’S TERMINATION METHOD IN THE ARGENTINE CIVIL AND COMMERCIAL CODE

Summary

The Argentine Civil and Commercial Code governs termination of an easement based on the “abuse of an easement and the judicially evidenced alteration of the substance of the right” (Sect. 2152(d)). The abuse of an easement is a classification that includes the judicially evidenced alteration of the substance of the right. In that sense, the exercise of easement in violation of the social and environmental aspects does also constitute an “abuse of an easement.”

Keywords

Argentine Civil and Commercial Code – termination of easement – abuse of an easement – regular exercise – purpose of an easement – social aspect – environmental aspect

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I

PÉREZ PEJICIC, G. (2015) "El 'uso abusivo' como medio especial de extinción del usufructo", pp. 127-182.

I. Introducción

El Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, el "Cód. Civ. y Com.") define al usufructo como "el derecho real de usar, gozar y disponer jurídicamente de un bien ajeno, sin alterar su sustancia" (art. 2129, 1^{er} párr.).¹ La nueva codificación regula el usufructo dentro del Libro Cuarto ("Derechos reales"), Título VIII, dividido en cinco capítulos a saber: Capítulo I ("Disposiciones generales"), Capítulo II ("Derechos del usufructuario"), Capítulo III ("Obligaciones del usufructuario"), Capítulo IV ("Derechos y deberes del nudo propietario") y Capítulo V ("Extinción").

El presente estudio se ciñe a la explicación del artículo 2152, inciso d), del Cód. Civ. y Com., el que contempla como medio especial de extinción del usufructo "el uso abusivo y la alteración de la sustancia comprobada judicialmente". En relación a tal norma, pretendemos determinar los alcances de aquel "uso abusivo" en clave socio-ambiental. A esos efectos ideamos la noción de su opuesto: el ejercicio "regular" del usufructo.

II. Observaciones sobre la extinción del usufructo por su "uso abusivo"

Si hacemos un breve repaso histórico, debemos señalar que todos los autores son constantes en remarcar que la pérdida del usufructo por "abuso del goce" o "abuso del disfrute" fue creación de la antigua jurisprudencia francesa; y que luego, en la elaboración del Código Civil francés, aquella fue incluida en el artículo 618 según los siguientes términos:

[e]l usufructo podrá cesar asimismo por el mal uso que el usufructuario haga de su disfrute, ya sea dañando la finca o permitiendo que se deteriore por falta de mantenimiento. Los

¹ La nueva definición legal difiere de la que había sido contemplada por Vélez en el artículo 2807. Aparece la facultad de "disponer jurídicamente del bien ajeno", donde la doctrina, hasta el momento, relaciona dicha potestad con la facultad del usufructuario para disponer de su propio derecho (art. 2142, Cód. Civ. y Com.). Tal es el caso de los profesores KIPER (2013: 1101); MOLINA QUIROGA (2015: 441), MALIZIA y FOGNINI (2012: 1054). En otro orden de ideas, no debe olvidarse que la disposición jurídica aludida en la definición legal se vincula también con las potestades inherentes al usufructo imperfecto, aunque técnicamente en esta situación no exista "bien ajeno". Por último, se advierte como grata novedad la alusión al término "bien" en lugar de "cosa", lo que responde a la amplitud de objeto de este derecho real (cosas y derechos).

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I
Dossier sobre el Código Civil y Comercial de la Nación

acreedores del usufructuario podrán intervenir en la controversia con vistas a que se conserven sus derechos; podrán ofrecer la reparación de los deterioros producidos y garantías para el futuro. En función de la gravedad de las circunstancias, los jueces podrán bien decretar la extinción absoluta del usufructo, bien ordenar únicamente la reanudación del disfrute del bien sujeto a usufructo por parte del propietario con la condición de que este abone al usufructuario o a sus causahabientes un importe anual determinado hasta el momento en que habría debido extinguirse el usufructo.

Vélez Sarsfield no consideró la posibilidad de incorporar el *abuso del goce* como forma de extinción del usufructo en nuestra legislación civil. Sin embargo, es importante remarcar que ello no significa que Vélez no hubiera previsto una forma de solucionar las vicisitudes provenientes del actuar culposo del usufructuario respecto del objeto sobre el cual se asienta su derecho. El nudo propietario frente a tales conductas estaba protegido a través de los artículos 2938 y 2939 del Código Civil, idea que la doctrina se encargó de resaltar.² En sintonía con lo expuesto, señalaba BORDA (1978: 102) que:

en nuestro derecho, el uso abusivo del usufructo no es causal de extinción o pérdida del derecho. Si el usufructuario abusa de su derecho y perjudica la cosa, el propietario sólo puede exigir la

² Así, el artículo 2938 dispone: “[l]a extinción parcial de la cosa fructuaria, o el deterioro de ella, aunque sea por culpa del usufructuario, no da derecho al nudo propietario para demandar la extinción del usufructo. Continuará el usufructo en la cosa deteriorada, o en la parte restante de ella; y no queriendo el nudo propietario hacer las reparaciones necesarias, y obtener del usufructuario lo que gastare en ella, podrá demandarle por la indemnización del daño”. Por otra parte, el artículo 2939 establece: “En el caso del artículo anterior, podrá también el nudo propietario, para evitar destrucciones o deterioros futuros, exigir fianzas a ese fin, y no dándolas el usufructuario, se procederá como está dispuesto para el caso que el usufructuario no pueda recibir la cosa sometida al usufructo por falta de fianza suficiente”. En atención a tales artículos concluía SALVAT (1959: 406): “[e]n el derecho romano y en el derecho francés, el abuso del usufructuario en el uso y goce de la cosa puede dar también lugar a la extinción del usufructo. Nuestro Código civil tampoco autoriza esta causa de extinción: el interés del nudo propietario, como hemos visto, está salvaguardado con el doble derecho de indemnización y de exigir fianzas especiales que la ley le confiere”. En igual sintonía opinaba LAFAILLE (2010: 241) al respecto: “[e]l abuso en el ejercicio de su derecho por parte del usufructuario tampoco es causal de extinción en casi todas las leyes modernas, que se apartan de las romanas y de la doctrina francesa. Los artículos 2938-2939 del Código salvaguardan los intereses del propietario por otros medios”.

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I

PÉREZ PEJICIC, G. (2015) "El 'uso abusivo' como medio especial de extinción del usufructo", pp. 127-182.

indemnización de daños y que se adopten las medidas precautorias establecidas en el art. 2856. Parece, sin embargo, más razonable que cuando el usufructuario procede de modo abusivo o afecta con su conducta la sustancia de la cosa o su destino económico, la sanción legal sea la pérdida de su derecho.³

A su vez, en los casos en que el nudo propietario hubiera dispensado de dar fianza en virtud de la solvencia económica o moral del usufructuario, y esas razones hubieran llegado a desaparecer durante la vigencia del usufructo, poniendo en riesgo los derechos del nudo propietario, el artículo 2860 ordenaba: "[s]i durante el usufructo sobreviene en la posición personal del usufructuario un cambio de tal naturaleza que ponga en peligro los derechos del nudo propietario, por ejemplo: si quebrase, éste puede reclamar una fianza si el usufructuario estuviere dispensado de darla. *Lo mismo será cuando el usufructuario cometa abuso en el uso y goce de los bienes que tiene en usufructo, o cuando dé lugar a justas sospechas de malversación*". Así, todo "abuso en el uso y goce" debidamente acreditado habilitaba al nudo propietario a solicitar la fianza ante el juez, pero no la extinción del usufructo.

En igual línea, VIVES (2009: 1206) afirmaba que "resulta prácticamente imposible imponer como sanción al uso abusivo la extinción lisa y llana del derecho de usufructo".⁴ A

³ En el pasaje citado, BORDA remarcaba la virtualidad que tenía el artículo 2856 para proteger al nudo propietario. Ello se debe a que una de las obligaciones previas para ingresar al uso y goce de los bienes ajenos era la fianza. Si las partes no acordaban prestar esta fianza que garantizaba que el usufructuario iba gozar y conservar los objetos que se le entregasen de conformidad con las leyes y cumplir con todas las obligaciones que le imponía el Código Civil (art. 2851), existía la posibilidad de que aquella fianza fuera ordenada por el juez según la importancia de los bienes sujetos al usufructo (art. 2855). Dentro de este marco operaba el artículo 2856, el cual ordenaba que "[s]i el usufructuario no diere la fianza en el término que le señale el juez, los bienes inmuebles serán dados en arrendamiento, o puestos en secuestro, bajo la garantía de un encargado de hacer las reparaciones y entregar el excedente de los alquileres o arrendamiento al usufructuario. Si el usufructo consiste en dinero, será colocado a interés, o empleado en compra de rentas del Estado. Las mercaderías serán vendidas, y se colocará su producto como el dinero. El propietario puede exonerarse de tener a disposición del usufructuario los muebles que se deterioran por el uso, y exigir que sean vendidos, y se coloque el precio como el dinero. El propietario puede, sin embargo, conservar los objetos del usufructo hasta que el usufructuario dé la fianza, sin estar obligado a pagar el interés por su valor estimativo".

⁴ VIVES (2009: 1206) afirmaba que, "ante la realidad de que el uso abusivo no puede constituir una causal autónoma de extinción del usufructo, lo aconsejable es incluir en el contrato constitutivo del derecho real un pacto comisorio explícito que, bajo la forma de condición resolutoria, salve la omisión legislativa". Esta solución ya había sido propuesta por ALTERINI (1970: 277), quien observaba que "[e]l

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I
Dossier sobre el Código Civil y Comercial de la Nación

mayor abundamiento, señalaban LAVALLE COBO y FURNARI (1979: 1013) que “todo hecho del usufructuario que afecte la sustancia de la cosa constituye un abuso de su derecho, sin que ello pueda constituir una causal de resolución del usufructo, pues estas son taxativas”. En estos términos, la extinción del usufructo por “el uso abusivo y la alteración de la sustancia comprobada judicialmente” (art. 2152, inc. d, del Cód. Civ. y Com.) constituye una grata novedad que introduce el nuevo codificador.

A su vez, remarcamos también la originalidad del Cód. Civ. y Com. en este punto, ya que el uso abusivo del usufructo como medio de extinción de aquél ni siquiera había sido prevista en el Proyecto de Código Civil de 1998, que sólo aludía a la “alteración de la sustancia comprobada judicialmente” (art. 2055, inc. d). De esta forma, el Cód. Civ. y Com. se enrola junto con otros códigos civiles que prevén este especial modo de extinción del usufructo, tales como los de Francia (art. 618), Italia (art. 1015),⁵ Guatemala (art. 739),⁶ República Dominicana (art. 618),⁷ Brasil (art. 1410, inc. VII),⁸ Ecuador (art. 823),⁹ Colombia

código civil argentino no contempla al abuso del usufructuario o del habitador como causales de extinción de los derechos de los cuales son titulares, más esa posibilidad podría estar unida al pacto comisorio”.

5 “El usufructo también puede extinguirse por el abuso que hiciera el usufructuario de su derecho enajenando los bienes o deteriorándolos o dejándolos ir deteriorando por falta de reparaciones ordinarias. El tribunal puede, según circunstancias, ordenar que el usufructuario de garantía, o que los bienes sean arrendados o colocados bajo administración a expensas de él, o incluso ponerlos a disposición del propietario con la obligación de pagar anualmente al usufructuario, durante el usufructo, una suma determinada. Los acreedores del usufructuario pueden intervenir en el proceso para preservar sus propios intereses, ofreciendo el resarcimiento por los daños y dando garantía para el futuro” (art. 1015, Cód. Civ. de Italia).

6 “También puede cesar el usufructo por el abuso que el usufructuario haga de su derecho, deteriorando los bienes o dejándolos perecer por falta de las reparaciones ordinarias. En este caso, la extinción del usufructo no procede de hecho, sino que debe ser declarada por resolución judicial. También puede optar el propietario en el mismo caso, a que se le ponga en posesión de los bienes, obligándose a pagar al usufructuario, periódicamente, el producto líquido de los mismos, deducido el honorario de administración, fijado de conformidad con la ley” (art. 739, Cód. Civ. de Guatemala).

7 “También puede cesar por el abuso que haga de él el usufructuario, ya causando daños a la finca, ya dejándola perecer, por no atender su reparación. Los acreedores del usufructuario pueden ser parte en los litigios que se suscitaren en favor de la conservación de sus derechos; pueden ofrecer la reparación de los desperfectos causados, y dar seguridades para lo sucesivo. Pueden los jueces, según la gravedad de las circunstancias, o pronunciar la extinción completa del usufructo o mandar que el propietario no recobre el goce de la cosa gravada, sino con la obligación de pagar al usufructuario, o sus causahabientes, una cantidad anual y fija hasta el momento en que deba cesar el usufructo” (art. 618, Cód. Civ. de República Dominicana).

8 “El usufructo se extingue [...] VII. Por culpa del usufructuario, cuando enajena deteriora, o deja arruinar los bienes, no realiza las reparaciones de conservación, o cuando en el usufructo de títulos de

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I

PEREZ PEJICIC, G. (2015) "El 'uso abusivo' como medio especial de extinción del usufructo", pp. 127-182.

(art. 868),¹⁰ Perú (art. 1021, inc. 6),¹¹ Venezuela (art. 620),¹² Bolivia (art. 244, inc. 6),¹³ Chile (art. 809)¹⁴ y, por último, Québec (art. 1168).¹⁵ En cambio, los códigos civiles de España (art. 520), México (art. 5283), Honduras (art. 782), El Salvador (art. 805), Costa Rica (art. 346), Puerto Rico (art. 448), Panamá (art. 503), Nicaragua (art. 1540) y Uruguay (art. 540) optan por no extinguir el derecho. Por otra parte, guarda silencio sobre esta causal el Código Civil de Paraguay.

crédito no da a las cantidades recibidas la aplicación prevista en el párrafo único del artículo 1935" (art. 1410, Cód. Civ. de Brasil).

9 "El usufructo termina, en fin, por sentencia de juez que, a instancia del propietario, lo declara extinguido, por haber faltado el usufructuario a sus obligaciones en materia grave, o por haber causado daños o deterioros considerables a la cosa en que está constituido el usufructo. El juez, según la gravedad del caso, podrá ordenar, o que cese absolutamente el usufructo, o que vuelva al propietario la cosa, con cargo de pagar al usufructuario una pensión anual determinada, hasta la terminación del usufructo" (art. 823, Cód. Civ. de Ecuador).

10 "El usufructo termina, en fin, por sentencia del juez que, a instancia del propietario, lo declara extinguido por haber faltado el usufructuario a sus obligaciones en materia grave, o por haber causado daños o deterioros considerables a la cosa fructuaria. El juez, según la gravedad del caso, podrá ordenar, o que cese absolutamente el usufructo, o que vuelva al propietario la cosa fructuaria, con cargo de pagar al fructuario una pensión anual determinada, hasta la terminación del usufructo" (artículo 868, "Extinción del usufructo por sentencia judicial", Cód. Civ. de Colombia).

11 "El usufructo se extingue por [...] inc. 6: Abuso que el usufructuario haga de su derecho, enajenando o deteriorando los bienes o dejándolos perecer por falta de reparaciones ordinarias. En este caso el juez declara la extinción" (art. 1021, Código Civil de Perú).

12 "También puede cesar el usufructo por el abuso que el usufructuario haga de su derecho, enajenando los bienes, deteriorándolos o dejándolos perecer por falta de las reparaciones menores" (art. 620, Código Civil de Venezuela).

13 "El usufructo se extingue [...] inc. 6: "Por abuso que el usufructuario haga de su derecho enajenando o deteriorando los bienes o dejándolos perecer por falta de reparaciones ordinarias. En este caso el juez declara la extinción" (art. 244, Cód. Civ. de Bolivia).

14 "El usufructo termina, en fin, por sentencia de juez que a instancia del propietario lo declara extinguido, por haber faltado el usufructuario a sus obligaciones en materia grave, o por haber causado daños o deterioros considerables a la cosa fructuaria. El juez, según la gravedad del caso, podrá ordenar, o que cese absolutamente el usufructo, o que vuelva al propietario la cosa fructuaria, con cargo de pagar al fructuario una pensión anual determinada, hasta la terminación del usufructo" (art. 809, Cód. Civ. de Chile).

15 "El usufructuario que abusa de su disfrute, comete deterioros en la propiedad, permite que perezca o de alguna manera pone en peligro los derechos del nudo propietario podrá declarársele la pérdida de su derecho. El tribunal podrá, de acuerdo con la gravedad de las circunstancias, pronunciar la extinción absoluta del usufructo, con una indemnización a pagar de inmediato o en cuotas al nudo propietario, o sin indemnización. También podrá declarar el derecho del usufructuario perdido en favor de un usufructuario conjunto o sucesivo, o puede imponer condiciones para la continuidad del usufructo. Los acreedores del usufructuario pueden intervenir en el proceso para garantizar la preservación de sus derechos; que pueden ofrecer para reparar los deterioros y proporcionar seguridad para el futuro" (art. 1168, Cód. Civ. de Québec).

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I
Dossier sobre el Código Civil y Comercial de la Nación

Sin embargo, así como destacamos el acierto del Cód. Civ. y Com. en incorporar este valioso modo de extinción, observamos como todas las normas transcritas de los Códigos que introducen el *uso abusivo*, poseen un mayor grado de elaboración a comparación del artículo 2152, inciso d), del Cód. Civ. y Com. Por ello, al comenzar con el estudio en detalle del artículo 2152, inciso d), surgen las primeras preguntas. ¿A qué llamamos “uso abusivo” del usufructo? ¿El uso abusivo del usufructo es distinto a la alteración de la sustancia comprobada judicialmente? ¿La norma contempla una o dos causales de extinción del usufructo?

a) Estado de la cuestión

A continuación citamos la opinión de algunos juristas que se han expedido sobre la idea que encierra la noción de *uso abusivo*.

En primer lugar, COLIN y CAPITANT (1922: 704) introducen la siguiente reflexión que permite justificar la extinción del usufructo ante la conducta abusiva de su titular:

[e]l usufructuario se siente llevado a abusar, durante su vida, del disfrute de una cosa que debe restituir a su muerte, a fin de obtener de ella el mayor provecho que pueda. Sobre todo cuando se trata de tierras, es de temer que las esquilme con daño para lo porvenir. Nunca se dedicara a realizar en el cultivo y en la disposición mejoras que deban un día aprovechar a otro.¹⁶

Sostenía el maestro PLANIOL (1930:722) que,

¹⁶ Continúan COLIN y CAPITANT (1922: 704) apuntando que “sin embargo, no conviene exagerar los defectos del usufructo. Cuando se trata de la propiedad rústica es cuando sus inconvenientes económicos son más evidentes. Son igualmente sensibles respecto de los fondos de comercio y de los establecimientos industriales. Menores respecto de los inmuebles urbanos, se atenúan aún más cuando se trata de valores muebles”. En línea similar, RIPERT y BOULANGER (1979: 472) expresan en su tratado de Derecho Civil según el tratado de PLANIOL que el usufructo “ofrece serios inconvenientes desde el punto de vista económico. El usufructuario tiene el mayor interés en una explotación intensiva que puede comprometer el derecho del propietario y, sobre todo, se preocupa poco por las mejoras que sólo darán fruto en un futuro lejano”.

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I

PEREZ PEJICIC, G. (2015) "El 'uso abusivo' como medio especial de extinción del usufructo", pp. 127-182.

[e]l usufructuario está obligado, durante su disfrute, a cumplir determinadas obligaciones rigurosas; su cumplimiento debe considerarse como la condición de existencia de su derecho. En sus relaciones con el nudo-propietario, se encuentra en situación muy parecida a la del que está obligado por un contrato sinalagmático. Si no cumple sus obligaciones, el derecho que le había sido conferido puede serle retirado. La caducidad del usufructo por el abuso de disfrute, se parece, por tanto, mucho, por su principio, sus condiciones y sus efectos, a la resolución de los contratos por incumplimiento por una de las partes".

Seguidamente puntualizaba que el artículo 618 del Código Civil francés señala casos particulares de abuso del disfrute, y que por ello se debían establecer reglas generales. De esta forma, PLANIOL (*id.*) se alzaba con la siguiente máxima: "[s]e produce la caducidad siempre que el usufructuario deja de cumplir sus obligaciones de un modo bastante grave para comprometer los bienes sujetos al usufructo".

Finalmente, sumamos al profesor JOSSEMAND (1950: 432) quien agregaba:

se suele estar conforme en reconocer que la enumeración [del artículo 618 del Código Civil francés] no es en modo alguno limitativa y que, de manera más general, el usufructuario comete un abuso de goce desde el momento que usurpa las prerrogativas del propietario y compromete la sustancia misma de la cosa, demoliendo, por ejemplo, los edificios o tirando los árboles sin conformarse con el tratamiento establecido.

Ahora bien, nos queda repasar la voz de la doctrina nacional.¹⁷ En primer lugar, el profesor KIPER (2013: 1112) afirma que "la nueva causa de extinción incorporada por la reforma implica una sanción como consecuencia del incumplimiento del usufructuario de una disposición legal cual es no alterar la sustancia". En igual línea se expresa MOLINA

¹⁷ Cabe advertir que, si bien es incipiente la doctrina que hasta el momento existe sobre el Cód. Civ. y Com., intentamos recabar la mayor cantidad de puntos de vista sobre el mentado "uso abusivo", tomando en cuenta los textos que se han publicado hasta el momento.

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I
Dossier sobre el Código Civil y Comercial de la Nación

QUIROGA (2015: 460) al tratar el tema. Con mayor detalle, los profesores CAUSSE y PETTIS (2015: 358) sostienen que la norma en comentario

involucra los casos en que el usufructuario modifica el destino de la cosa fructuaria, sin la conformidad del nudo propietario (arts. 2129 y 2145): altera su materialidad (art. 2129), lo que puede suceder cuando realiza construcciones o demuele las existentes, cuando deteriora los bienes objeto del usufructo o los deja perecer por falta de realización de las reparaciones ordinarias, e incluso, en el caso en que el usufructo tiene por objeto un derecho, cuando se lo menoscaba de cualquier manera (art. 2129).

Por su parte, MALIZIA y FOGNINI (2012: 1062) entienden que “ambos medios, están comprendidos dentro de los medios de extinción de todos los derechos patrimoniales (resolución), no siendo como los anteriores, medios especiales del usufructo”. Advertimos que ésta es la opinión originaria de PLANIOL, que ya hemos expuesto anteriormente.

Según HUMPHREYS (2014: 609), el inciso d) contiene “una causal subjetiva de extinción del usufructo” pero luego la autora aclara que “las causales de extinción del usufructo son el uso abusivo y la alteración de la sustancia”, por lo que no queda claro si a su entender el referido inciso contiene una o dos causales. No obstante, ella puntualiza “el uso abusivo existirá cuando se utilice el dominio útil fuera de lo convenido contractualmente”, es decir, vincula el “uso abusivo” al incumplimiento de lo previsto en el acto constitutivo del usufructo.

En la opinión de Jorge H. ALTERINI y Ignacio E. ALTERINI (2015: 301), los ejemplos de “uso abusivo” brindados por el derecho comparado: “son esencialmente coincidentes con los de la alteración de la sustancia, por lo cual la coexistencia de las dos alternativas no es reprochable, pero puede resultar infecunda”. Observamos que esta postura destaca la coincidencia entre el uso abusivo y la alteración de la sustancia, disminuyendo el valor intrínseco de la primera.

COSSARI (2015:301) expresa: “[p]ara determinar qué se entiende por “uso abusivo” debemos remitirnos a la norma de los artsículos 10 y concordantes del Código Civil y Comercial: Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I

PÉREZ PEJICIC, G. (2015) "El 'uso abusivo' como medio especial de extinción del usufructo", pp. 127-182.

excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres". Así, en esta corriente se asimila el uso abusivo al abuso del derecho.

En otra línea de ideas se halla BRAIDOT (2014: 755), quien al comentar el artículo 2152, inciso d), señala que "[h]ay que tener en cuenta que el usufructuario abusa de sus facultades cuando degrada la cosa, la destruye o simplemente extrae de ella la mayor cantidad de frutos posibles sin resguardo de la productividad futura, aun cuando no se altere el *salva rerum substantia*". Esta línea argumentativa es la que más se aproxima a la nuestra, y permite la distinción entre el uso abusivo y la alteración de la sustancia.

b) Nuestra opinión

i. El "uso abusivo" pensado como un género

El artículo 2152, inciso d), del Cód. Civ. y Com. presenta al "uso abusivo" y a la "alteración de la sustancia comprobada judicialmente" como dos causales independientes. Basta con ver que están separadas por la conjunción "y", de lo que resulta palmaria la división entre ambos medios de extinción. De esta manera, se podría llegar a la apresurada conclusión de que la norma referida contiene dos causales distintas de extinción del usufructo. No creemos que ello sea así. Tampoco nos enfrentamos ante una sola forma de extinción en donde el uso abusivo es equivalente a la alteración de la sustancia y viceversa. Ubicar en pie de igualdad ambos conceptos supone agotar el estudio mediante una visión reduccionista del asunto.

El uso abusivo y la alteración de la sustancia son conceptos compatibles, ya que alterar la sustancia envuelve un ejercicio abusivo del derecho de usufructo. Así, el uso abusivo puede coincidir con la alteración de la sustancia, pero creemos que otras veces pueden no ir a la par. Es decir, supuestos en donde el usufructuario ejerce abusivamente su derecho sin que ello implique alterar la sustancia del objeto dado en usufructo.

Apoyamos nuestras ideas en razón de que el artículo 2055, inciso d), del Proyecto de Código Civil de 1998 contenía como medio de extinción únicamente a la alteración de la sustancia comprobada judicialmente. Si el uso abusivo se subsume enteramente en la alteración de la sustancia, no tendría razón de ser que el codificador lo haya incorporado. En otras palabras, el agregado sería inútil. Repetimos que efectivamente la alteración de la sustancia lleva en su espíritu el uso abusivo, pero puede que éste no lleve en su ser a la

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I
Dossier sobre el Código Civil y Comercial de la Nación

alteración de la sustancia. Es en ese último caso donde el uso abusivo como género se vuelve trascendente y útil en sí mismo. En consecuencia, interpretamos que el legislador ha querido extender la pérdida del usufructo a supuestos donde efectivamente exista un ejercicio abusivo aunque de él no se derive la alteración de la sustancia. Dentro del marco que presentamos, la referencia normativa a la alteración de la sustancia posee carácter enunciativo, aunque constituirá el caso más frecuente de uso abusivo.

En virtud de lo expuesto creemos que el uso abusivo es un género al cual pertenece la alteración de la sustancia en calidad de especie. Así, toda alteración de la sustancia es un supuesto de uso abusivo, más no todo uso abusivo implica la primera. Por ello, en nuestra visión, el artículo 2152, inciso d), del Cód. Civ. y Com. contiene tan solo una causal de extinción del usufructo: el uso abusivo.

ii. El “uso abusivo” en clave socio-ambiental

Si realizamos una breve sistematización de lo expuesto por la doctrina, notamos: 1) igualdad conceptual entre el uso abusivo y la alteración de la sustancia; 2) vinculación del uso abusivo al incumplimiento de las previsiones del contrato constitutivo de usufructo; 3) asimilación del uso abusivo a la extinción del derecho patrimonial por resolución; y 4) remisión del uso abusivo al abuso del derecho...

Ahora bien, nuestra proposición de un nuevo enfoque sobre la noción de “uso abusivo” tiene por objetivo la proyección del paradigma de la *constitucionalización del Derecho Privado* también al campo de los derechos reales a partir de su tratamiento con una visión posmoderna. Este nuevo enfoque en el que ya venimos trabajando hace un tiempo y que hemos plasmado en distintos trabajos pretende resignificar a los derechos reales teniendo en cuenta los intereses sociales y ambientales involucrados.¹⁸ En este sentido, coincidimos con BRAIDOT (2014) ya que vislumbrar el uso abusivo del usufructo en la utilización que compromete la productividad del objeto, aunque no se altere la sustancia, permite impregnar el derecho de usufructo de aquellos lineamientos sociales y ambientales. No debemos olvidar que el propio artículo 2829, segunda oración, del Código de Vélez ya establecía que el usufructuario debía “abstenerse de todo acto de explotación que tienda a aumentar por el momento, los emolumentos de su derecho, disminuyendo para el porvenir

¹⁸ Para un mayor desarrollo de nuestra postura, invitamos a leer los trabajos que tenemos publicados y que se consignan en el cuerpo de la bibliografía.

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I

PÉREZ PEJICIC, G. (2015) "El 'uso abusivo' como medio especial de extinción del usufructo", pp. 127-182.

la fuerza productiva de las cosas sometidas al usufructo". Esta idea de "porvenir" debe tomarse actualmente en un sentido que permita incluir dentro de los planes de explotación económica a las generaciones futuras, por medio del desarrollo sustentable de las actividades. En definitiva nuestro esfuerzo conduce a insistir en la nueva mirada que presentamos sobre los derechos reales en general y en este caso particular del usufructo.

Lo expuesto nos conduce a sostener que pueden existir casos en donde el usufructuario ejerza abusivamente su derecho sin que ello implique alterar la sustancia del objeto. Tal es el caso del usufructuario que atenta contra los intereses socio-ambientales.

iii. El "uso abusivo" como concepto indeterminado. Quid del "ejercicio regular" del usufructo

Como señaláramos anteriormente, la norma bajo análisis regla que el usufructo se extingue por su uso abusivo (género) y por la alteración de la sustancia (especie) *comprobada judicialmente*. Esto nos conduce a otra cuestión: ¿la comprobación judicial sólo es requerida para el supuesto de alteración de la sustancia o es extensible a todo uso abusivo? Al respecto, observa URBANEJA (2012: 607) que "la frase final, 'comprobada judicialmente', parece referir (por la conjugación singular del verbo) a la última violación apuntada. Sin embargo, no cabe hesitar en su extensión al uso abusivo, ya que su carácter de cuestión de hecho también admitirá distintas apreciaciones".

Por nuestra parte, nos inclinamos a sostener que el uso abusivo —en cualquiera de sus posibles manifestaciones— debe ser probado en juicio y declarado por el juez. Sostenemos tal afirmación con fundamento en las consecuencias jurídicas que se le asignan al uso abusivo (extinción del derecho real) y que no sería lógico que se exija la comprobación judicial de la especie y no del género. Por tal razón, el uso abusivo es un concepto que deberá ser completado por el juez en consideración de las circunstancias del caso concreto. Esto significa que el uso abusivo es un concepto *indeterminado*, desde que el legislador no se preocupa por señalar sus confines. En atención a este tipo de conceptos incluidos en el Cód. Civ. y Com., señala la profesora HIGHTON (2015) que

[...]a ley no determina con exactitud los límites de los conceptos jurídicos indeterminados, más ello no los convierte en una noción vacía que los jueces pueden redefinir libre o arbitrariamente, sino que su contenido debe ser predecible, utilizando las reglas de la

razonabilidad y la sana lógica, y cuya interpretación en definitiva sólo permite una solución justa. Esto es relevante: la interpretación y aplicación de un concepto indeterminado, como la de todo concepto jurídico, exige la búsqueda de la única solución justa". Sin embargo, nosotros creemos que el derecho se manifiesta a través de un lenguaje y que por tal motivo debemos conocer un "piso mínimo" acerca del significado de las palabras que integran ese lenguaje. Mientras que los conceptos puramente indeterminados no contribuyen en la búsqueda de aquel conocimiento. Por este motivo preferimos el enfoque analítico de la filosofía del derecho ya que "consiste en insistir en el examen del lenguaje, la definición de las palabras que se emplean en las descripciones y en la argumentación y la relación de los significados con la realidad verificable".¹⁹

En función de lo apuntado, el uso abusivo como medio de extinción del derecho real de usufructo es un auténtico concepto indeterminado que el juez deberá definir en el caso concreto. Sin embargo, a los fines de sentar un *piso mínimo* de entendimiento común sobre el uso abusivo, proponemos delimitarlo construyendo lo que creemos su adecuado opuesto: el ejercicio *regular* del usufructo. La utilidad del concepto radica en la posibilidad que le brinda al profesional del derecho de contraponer el concepto de ejercicio regular al comportamiento del usufructuario que se pretende *abusivo*. De esta forma, el concepto de ejercicio regular se concibe *determinado*, a los efectos de que indirectamente permita asentar un *piso mínimo* de entendimiento sobre lo que podemos llamar uso abusivo del usufructo en el caso particular, y que sirva de medida para juzgar la conducta del usufructuario.

19 Con gran claridad, el profesor GUIBOURG (2014: 78) nos ilustra: "[u]n caso paradigmático del análisis del lenguaje es el de las preguntas del tipo '¿qué es x?'. Ellas dan por supuesto que hay una entidad que es x, y que tanto esa entidad como sus características son susceptibles de identificación y conocimiento mediante algún método disponible. Este supuesto ontológico, asumido antes de cualquier respuesta, condiciona el pensamiento y lo dirige hacia cierto segmento mágico atribuido a la realidad. En filosofía analítica suele preferirse cambiar la pregunta por '¿a qué llamamos con la expresión x?'. O, en casos más extremos, '¿a qué quiere usted llamar x (y por qué)?'. Reformuladas de esta manera, las preguntas ponen al sujeto en un camino más llano: partir de la propia costumbre lingüística, examinar su coherencia interna y su utilidad práctica y, de acuerdo con este examen crítico, ofrecer una respuesta suficientemente parecida a la costumbre lingüística como para que la expresión x no aparezca ahora como totalmente ajena al significado original pero, a la vez, bastante aclaratoria para que el uso de la misma expresión adquiera mayor eficacia comunicadora".

III. Consistencia del ejercicio regular del usufructo

En estos términos, nuestro estudio parte de la construcción del concepto de *ejercicio regular* del usufructo, ya que el uso abusivo es la cara opuesta y el apartamiento de la mentada *regularidad* en el ejercicio de aquel derecho real. El primer paso consiste en ocuparnos de la precisión terminológica. Así, justificamos el uso de la palabra *regular* para significar el ejercicio correcto del usufructo porque en la reforma de la ley 17.711 se agrego la palabra "regular" al primer párrafo del artículo 1071. En tal ocasión, BORDA (2013: 51) explicaba que aquel "importante agregado [...] modifica sustancialmente el sentido de la norma: no siempre el ejercicio de un derecho está protegido por la ley; debe tratarse de un ejercicio regular, es decir, justo, legítimo, normal".²⁰

20 El artículo 1071 del Código de Vélez establecía que: "[e]l ejercicio de un derecho propio, o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto". Ya decía SEGOVIA (1933: 306), con su gran visión y en atención a esa norma, que "si el derecho se ejercita de una manera *irregular* o agravante y se causa un daño en que interviene alguna culpa o negligencia, habría que responder del perjuicio, a lo menos en la parte imputable". LORENZETTI (2014: 63) puntualiza que "la regularidad es un concepto que surge de la interpretación de cláusulas generales como la buena fe, la moral y las buenas costumbres. Por ello es amplio, incluyendo el ejercicio doloso, culposo, sin interés y aun el antisocial". No obstante, el empleo de la expresión "ejercicio regular" merece algunas precisiones. En primer lugar, no está exenta de críticas. Así, GATTI (2006: 268) señala que "el ejercicio de un derecho podría ser regular o irregular, y cuando se diese esta segunda situación, podría constituir un acto ilícito. Pero cabe preguntarse hasta donde es conveniente distinguir entre estas dos modalidades en el ejercicio de un derecho, una de las cuales podría constituir acto ilícito. Con ello, para nosotros, se resiente la claridad de las ideas. Que un ejercicio de derecho, con determinada modalidad, constituya un acto ilícito, implica una contradicción, porque entre ejercicio de derecho e ilicitud existe una oposición irreductible. Si una actuación es ejercicio de derecho no puede nunca ser acto ilícito, y si es acto ilícito no puede constituir ejercicio de derecho". ORGAZ (1971:1217) cambia con mayor rigor la palabra "regular" por "legítimo", pero aun así observa que es una "condición superflua" ya que "el único ejercicio justificante es el que se realiza "conforme a la ley" o a la "regla legal", por ello es que el profesor afirma que nada ha agregado la inclusión de la palabra "regular". A su vez, agrega que "regular" indica, además lo que es "común y ordinario", y con esta acepción ya no es siempre exacto que el ejercicio irregular sea ilegítimo y que la irregularidad y aun la excentricidad en el ejercicio del derecho, no constituyen, por sí solas, un ejercicio ilegítimo. El profesor VIGO (2003: 245) observa que el adjetivo "regular" puede ser objeto etimológicamente "porque regular es lo ajustado a la regla o norma y si a ésta se la ve reductivamente, por ejemplo, como sinónimo de la ley o como excluyendo a los "principios jurídicos" o los valores jurídicos, ello generaría reparos por aquellas posturas que amplían el derecho hasta comprender esas realidades no normativas o regladas estrictamente hablando. Por otro lado, quizás hoy el sustituto más extendido de "regular" sea "razonable", este término además remite apropiadamente al crucial problema de la "justificación jurídica", la cual incluye —aunque no agota— la dimensión axiológica. De este modo, más acorde a nuestra actual comunidad lingüística y más correcto,

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I
Dossier sobre el Código Civil y Comercial de la Nación

A mayor abundamiento, nos inclinamos a utilizar este término por las consecuencias jurídicas que el propio legislador le asigna. El “ejercicio regular” de un derecho es aquel que “no puede constituir como ilícito ningún acto” (art. 1071, Cód. Civ. según ley 17.711; art. 10, Cód. Civ. y Com.). Agréguese a esto que toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de evitar la causación de un daño no justificado (art. 1710, inc. a), Cód. Civ. y Com.), y que el artículo 1718, inciso a), del Cód. Civ. y Com. justifica el hecho que causa un daño “en ejercicio regular de un derecho”. Por otra parte, la voz *regular* significa, según el Diccionario de la Real Academia Española, “determinar las reglas o normas a que debe ajustarse algo” o en otras palabras “ajustar el funcionamiento de un sistema a determinados fines”.

En atención a lo expuesto, el ejercicio regular del usufructo se configura cuando se ajusta la utilización de aquel derecho real para la realización de su fin de conformidad con el ordenamiento jurídico. ¿En base a qué normas debe ajustarse el usufructo para que cumpla su finalidad? A las normas que legislan el derecho real de usufructo, situadas en el Título VIII del Libro IV del Cód. Civ. y Com. Sin embargo, esa respuesta es insuficiente. El nuevo código ha introducido en nuestro sistema jurídico una serie de artículos que limitan el ejercicio de los derechos individuales para la preservación del interés social y ambiental. De esta manera, el usufructo se ejerce adecuadamente cuando implica el respeto de los límites socio-ambientales impuestos a los derechos individuales. Es decir, el usufructo, en tanto derecho subjetivo, no está exento de la obligación de ejercerse en consonancia con los fines sociales y ambientales.

El legislador expresa entre los fundamentos del Anteproyecto el reconocimiento de:

[los] derechos individuales que recaen sobre bienes que integran
el patrimonio y derechos de incidencia colectiva que son

sería reemplazar “regular” por “razonable”, o también “justificado” o “equitativo”; En segundo lugar, creemos que la expresión “ejercicio regular” no se agota en su utilización respecto de la del abuso del derecho, ya que a nuestro juicio, excede aquella teoría. En este sentido, “ejercicio regular” es aquel que no constituye como ilícito ningún acto, pero que a su vez armoniza con las exigencias socio-ambientales del ordenamiento jurídico. En este sentido, en relación al derecho real de dominio, el codificador ha manifestado en sus fundamentos al Anteproyecto que “todos los derechos, ciertamente también el dominio, se admiten conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio; por otra parte, debe tratarse de un ejercicio regular, siendo especialmente aplicable la normativa de la parte preliminar de este Código en cuanto llama la atención contra el ejercicio antifuncional y abusivo”. La referencia al “ejercicio regular” del dominio es ciertamente aplicable al usufructo.

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I

PÉREZ PEJČIĆ, G. (2015) "El 'uso abusivo' como medio especial de extinción del usufructo", pp. 127-182.

indivisibles y de uso común. Para ser coherente con ese principio, el Anteproyecto introduce reglas mínimas relativas al ejercicio de los derechos sobre ciertos bienes privados o públicos o colectivos en relación a los derechos de incidencia colectiva al incorporar limitaciones y presupuestos mínimos de protección ambiental, de acceso a la información medioambiental y a la participación en las discusiones sobre decisiones medioambientales.

En otras palabras, el Cód. Civ. y Com. crea un verdadero sistema que posibilita la coexistencia pacífica entre ellos y los derechos individuales al asentar expresamente el reconocimiento de los derechos de incidencia colectiva.

Por lo expuesto, para construir aquel *conjunto de normas* al cual hicimos referencia en nuestra definición de ejercicio regular del usufructo, el profesional del Derecho deberá tener presente: 1) la regulación específica del usufructo (Título VIII del Libro IV); 2) las normas del Capítulo III ("Ejercicio de los derechos") del Título preliminar; 3) las directivas de los artículos 240 y 241 (Sección III del Cód. Civ. y Com.); y 4) el mandamiento de los artículos 1 (diálogo de fuentes) y 2 (interpretación de la ley). Así, el usufructuario ejerce de forma regular su derecho real cuando utiliza sus potestades de acuerdo a las expectativas socio-ambientales que integran su finalidad.

a) La renovada teoría orgánica de la propiedad y su aplicación al usufructo

En un primer trabajo —al que titulamos "Primer ensayo sobre la función ambiental de la propiedad" (PÉREZ PEJČIĆ, 2014)— sostuvimos que en el derecho de propiedad existen tres elementos: faz individual, faz social y faz ambiental. A partir de una reformulación y precisión de esta idea, diremos que el derecho de propiedad posee un nuevo elemento que se integra junto con los elementos *clásicos* (es decir, el sujeto, el objeto y la causa fuente). Este nuevo elemento es la *finalidad* del derecho de propiedad, que también posee tres fases: faz individual, faz social y faz ambiental.²¹ La primera alude a las potestades jurídicas que

²¹ Que presentemos la *faz social* y la *faz ambiental* como caras separadas del *fin* de la propiedad, o que digamos, en otras palabras, que el *fin* posee distintos planos, separando el *social* del *ambiental*, no implica que exista un *divorcio* entre *lo social* y *lo ambiental*. Por el contrario, distinguirlos importa un reconocimiento de lo ambiental como cuestión superadora de lo social. Si bien es cierto que muchas veces coincidirá el *interés social* con el *interés ambiental*, en otros casos puede no coincidir, y en éstos debe primar lo ambiental. Por tal razón, si bien la finalidad de la propiedad tiene tres fases, la faz

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I
Dossier sobre el Código Civil y Comercial de la Nación

otorga el derecho real en función del plan de vida del sujeto titular; la segunda encarna la utilización del Derecho en miras del bien común; y, por último, la tercera, que constituye la faz superior respecto de la individual y social, determina la utilización del derecho en armonía con el medio ambiente y la consideración a las generaciones futuras. De esta manera, el derecho de propiedad cumple con su finalidad de dos formas posibles, por medio de *funciones* y *límites* que varían según la faz en la que nos situemos. Así, por ejemplo, la *faz social* nuclea a la *función social* de la propiedad y los *límites sociales* impuestos al ejercicio del derecho de propiedad. Entonces, ¿cuál es la diferencia entre *función* y *límite*? Según nuestra tesis, la función implica un ejercicio *positivo* del derecho, es *acción*. En cambio, el límite traza las fronteras del ejercicio del derecho, es *omisión*.²²

En síntesis, la idea que consiste en sostener a la *finalidad* como elemento del derecho de propiedad y que aquélla tiene tres fases, y la llamamos “renovada teoría orgánica de la propiedad”. Traemos a colación esta explicación a los efectos de construir la noción de ejercicio regular del usufructo. De esta forma, creemos que el aquél está vinculado con la finalidad del usufructo. Por tal razón, pasamos a estudiar las fases de la finalidad del usufructo.

ambiental está en un estadio superior respecto de las restantes. Ello no obsta a que, en los supuestos de colisión entre tales intereses, el juez deba armonizar ambos y, en caso de duda, dar cuenta de la primacía ambiental.

²² En este sentido, la profesora KEMELMAJER DE CARLUCCI (2015:10) quien en atención al Título Preliminar del Cód. Civ. y Com. ha señalado: “[e]l Título Preliminar contiene verdaderos principios generales, como son el abuso del derecho, no sólo a través de la prohibición general (arts.10 y 11), sino al señalar, en el artículo 14, que ‘la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general’, principio que evita tener que incorporar al Código fórmulas cuyo contenido es excesivamente indeterminado, como el de ‘función social de la propiedad’. No compartimos, esta postura por cuanto el abuso del derecho es un límite en cualquiera de sus modalidades. Es un límite social y es un límite ambiental para el ejercicio de los derechos individuales y, en particular, de los derechos reales. Por otra parte, la *función social* de la propiedad implica el deber de ejercer el derecho (un aspecto positivo o *activo* del derecho) y es un concepto indeterminado que puede determinarse si el legislador se lo propone.

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I

PÉREZ PEJICIC, G. (2015) "El 'uso abusivo' como medio especial de extinción del usufructo", pp. 127-182.

b) La faz individual del usufructo

La faz individual se vincula con la extensión del contenido del usufructo, en atención a la utilidad particular que tales potestades le significan al usufructuario para su plan de vida.²³ En otras palabras, la faz individual se concentra en los intereses del usufructuario, de acuerdo a los cuales instrumentara las potestades que le concede el usufructo. Por ello es que tanto la función y los límites que imperan en esta fase dependan de la voluntad del usufructuario.

Respecto de los poderes jurídicos que brinda el usufructo, afirmamos que éste importa el más amplio disfrute que se pueda tener del objeto ajeno, ya sean cosas o derechos (arts. 1883, 2129 y 2130). En otras palabras, el usufructo constituye la mayor desmembración que puede soportar el derecho real de dominio. El usufructo le otorga a su titular el *ius utendi* y el *ius fruendi*, reservándose el nudo propietario el *ius abutendi*, razón por la cual, uso y goce constituyen el contenido del derecho real de usufructo. En este punto, el maestro VENEZIAN (1928: 73) recupera la doctrina de los romanistas, entre quienes,

prevalece la doctrina de que el usufructus contiene dos facultades distintas: la del usus y la del fructus. Fructus es el derecho al goce de los frutos de alguna cosa; usus el de adaptarla a los fines que sea apta para producir, excluyendo el goce de los frutos. El fructus no puede, como derecho real, estar separado del usus; porque el goce de los frutos no puede llegarse con la actividad propia sin implicar, respecto de ella, otra actividad distinta de la percepción de los frutos.²⁴

²³ Los poderes jurídicos que otorgan los derechos reales es el contenido determinado positivamente y constituyen —como lo ha demostrado el profesor GATTI (2006: 259)— la "tipicidad genérica" de esta clase de derechos.

²⁴ Continúa VENEZIAN (1928: 73): "[p]uede tenerse el derecho a los frutos de un fundo, o bien solo a los frutos del mismo; pero para que el fundo sea fructífero, alguien tiene que sembrarlo y cultivarlo; y si no puede discurrir por el fundo quien tiene derecho a los frutos, ni uncir los bueyes, al arado, abrir los surcos y arrancar las hierbas malas, otro tendrá que hacerlo en su lugar, y el derecho estará tutelado en cuanto quede segura frente a él la obligación de este otro; y tendremos, por consiguiente, un derecho de obligación, un derecho personal". Asimismo, recuerda ALLENDE (1963: 69) que la trilogía *ius utendi*, *ius fruendi* e *ius abutendi*, "no implica separación, sino gradación, o sea: el *ius abutendi* comprende a los restantes y el *ius fruendi* al *ius utendi*. De tal manera que el disfrutar de la cosa implica su uso". A su vez,

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I
Dossier sobre el Código Civil y Comercial de la Nación

Sin perjuicio de las potestades *clásicas* que concede el derecho real de usufructo, el artículo 2141 del Cód. Civ. y Com. (reproducción literal del artículo 2044 del Proyecto de Código Civil de 1998) contiene la posibilidad de que el usufructuario extienda su derecho a “los productos de una explotación ya iniciada al tiempo de constituirse el usufructo”.²⁵ Por otra parte, el artículo 2129 del Cód. Civ. y Com. alude a la “disposición jurídica” y sobre ello nos remitimos a lo expuesto en la primera nota al pie del presente trabajo.

Párrafo aparte merece el usufructo imperfecto (también llamado “cuasiusufructo”), el cual queda reducido en la nueva legislación a las cosas fungibles cuando éstas formen “un conjunto de animales” (art. 2130, inc. c). Sólo en este caso el titular del usufructo imperfecto tendrá el uso, goce y disposición del conjunto de animales, ya que en rigor se le ha transmitido el dominio del objeto.²⁶

que el usufructuario carezca del *ius abutendi* —el cual queda en cabeza del nudo propietario— está vinculado al deber de conservar la sustancia del objeto dado en usufructo: *salva rerum substantia*. En esta línea, el artículo 2141 inicia al Capítulo II (“Derechos del usufructuario”) bajo el epígrafe “Frutos. Productos. Acrecentamientos naturales”. La citada norma dispone que “pertenecen al usufructuario singular o universal: a. los frutos percibidos. Sin embargo, si el usufructo es de un conjunto de animales, el usufructuario está obligado a reemplazar los animales que faltan con otros iguales en cantidad y calidad, si no opta por pedir su extinción; b. los frutos pendientes al tiempo de constituirse el usufructo. Los pendientes al tiempo de su extinción pertenecen al nudo propietario; c. los productos de una explotación ya iniciada al tiempo de constituirse el usufructo. El uso y goce del usufructuario se extiende a los acrecentamientos originados por hechos de la naturaleza, sin contraprestación alguna”.

25 Al respecto, la norma no refiere a las “canteras” (como lo hacía Vélez en el artículo 2866, y que la doctrina era pacífica en considerarlo como derogado dada la existencia de la legislación especial), sino a toda explotación sin indicar qué clase. No obstante, aclaramos que, para los casos en donde el usufructo tenga por objeto una mina, el Código de Minería seguirá siendo el marco regulatorio (art. 338 y sgtes.).

26 Transcribimos la claridad de las enseñanzas aportadas por el profesor ALLENDE (1963: 235): “el cuasiusufructo es un derecho absolutamente distinto del usufructo, tan o más distinto que el usufructo de la compraventa o de la locación. Errores técnicos legislativos originados en Roma y conservados y aun acrecentados en el andar de los siglos, han seudo unificado estos dos derechos. Y cómo serán de dispares, que el usufructo es un derecho real sobre la cosa ajena, y el cuasiusufructo un derecho real sobre la cosa propia”. En este caso el cuasiusufructo es sobre cosa propia ya que el “conjunto de animales” es susceptible de ser reemplazado, en virtud de que “todo individuo de la especie equivale a otro individuo de la misma especie” (art. 232). Así, al extinguirse el derecho real, el usufructuario puede —y debe— devolver otras “de la misma calidad y en igual cantidad”, sin que ello le ocasione perjuicio alguno al nudo propietario. A mayor abundamiento sobre las cosas fungibles, enseña BIONDI (1961: 83) que “toda cosa, individualmente considerada, desde el punto de vista rigurosamente físico, presenta caracteres y elementos que la individualizan y la hacen distinguir de las demás, aunque este comprendida en la misma categoría. En la naturaleza no existen entidades absolutamente idénticas, ni hombres ni cosas: un billete de banco o una cierta cantidad de trigo son cosas físicamente distintas de

c) La faz social del derecho de usufructo

La faz social fundamenta y significa toda disposición que armonice el interés individual del usufructuario con el interés de la sociedad, ya sea en forma de función o de límite.

i. Función social del usufructo

La función social del usufructo descansa sobre el deber de utilizar el bien ajeno una vez constituido el derecho real.²⁷ Esta utilización puede traducirse en la explotación de la

otro billete del mismo tipo y valor o de una igual cantidad de trigo de la misma calidad [...]. Pero, desde el punto de vista práctico, en la valoración social se trata de cosas absolutamente idénticas, porque no hay interés en tener un determinado billete o una determinada cantidad de trigo de la misma calidad [...]. Una cosa puede sustituir muy bien a otra precisamente porque se trata de cosas socialmente idénticas". A mayor abundamiento, explica el autor, "las cosas fungibles son ciertamente sustituibles, pero la sustituibilidad no es la característica esencial y primaria de la noción jurídica de cosa fungible [...]. La sustituibilidad es, ante todo, consecuencia del hecho de que las cosas fungibles son cosas idénticas". De esta forma, los animales que forman el conjunto, desde el punto de vista físico, son distintos entre ellos, pero en la valoración social son idénticos y, en consecuencia, sustituibles. Sin embargo, como la fungibilidad no es *absolutamente* natural a las cosas, cabe la posibilidad que las partes acuerden que sobre el conjunto de animales se asiente el *verdadero usufructo*. En síntesis, por los motivos expuestos consideramos que el usufructuario de un conjunto de animales es, en principio, *imperfecto* y que, como tal, "el propietario no conserva ningún derecho real sobre el objeto del cuasi-usufructo" (nota al art. 2871 del Cód. Civ. de Vélez).

27 El maestro ADROGUÉ (1991:149) desarrolla la idea de "humanización de la propiedad", expresando que ella consiste "en la subordinación de ésta a la satisfacción de los intereses de su titular, según su libre arbitrio, en el marco establecido por la ley, para armonizarlos con los requerimientos y necesidades de los demás miembros de la sociedad. Respeta la libre iniciativa económica en tanto que se aprovechen los bienes conforme al destino que el ordenamiento jurídico considera merecedor de tutela. Reconoce a la propiedad como derecho subjetivo fundado en la ley natural al que le atribuye una función social". Cuando se alude a la "función social de la propiedad", parecería ser que la palabra "propiedad" está tomada en el sentido restringido de "dominio" y que solo a este derecho real estaría limitado aquel concepto. Nada más lejos de ello, el término "propiedad" posee varias acepciones, algunas amplias ("propiedad" en sentido constitucional) y otras restringidas ("propiedad" equivalente a "dominio" u al "objeto" mismo del derecho), pero no cabe duda de que el término engloba al usufructo, por lo menos, a los fines de nuestra tesis. No tomamos tampoco la "función social" en el sentido asignado por DUGUIT (1912: 40), quien se pregunta en qué consiste esta noción de función social, para responderse que la función social se reduce a lo siguiente: "el hombre no tiene derechos, la colectividad tampoco los tiene [...] pero todo individuo tiene en la sociedad una cierta función que llenar, una cierta tarea que ejecutar [...] la regla jurídica que se impone a los hombres, no tiene por fundamento el respeto y la protección de derecho individuales". Y ya hacia una parte mucho más avanzada de su obra sentencia: "[l]a propiedad no es, pues, el derecho subjetivo del propietario; es la función social del

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I
Dossier sobre el Código Civil y Comercial de la Nación

fuerza productiva del objeto, cuando es susceptible de satisfacer necesidades de la sociedad. Así, por ejemplo, quien posee en usufructo un campo debe dirigir sus potestades hacia la labor de la tierra, ya que la producción de materia prima importa a la comunidad en su conjunto. En otros casos, la utilización podrá implicar la satisfacción de necesidades básicas de vivienda, como acontecería con el usufructuario que da en locación un inmueble situado en área urbana.²⁸ En este último supuesto, el *problema habitacional* atañe al interés social. En los demás casos de objetos que *directamente* se piense que el derecho de usufructo no tiene una función social que cubrir, ella se cumple con el solo ejercicio del derecho. En tales casos, el simple uso, mantener *activos* los objetos o conservarlos sin dejar que se deterioren y pierdan su valor, es asunto que interesa a la sociedad. En este sentido, el *no uso* determina la extinción del propio usufructo. De esta forma, el artículo 2152, inciso c), dispone que “el no uso por persona alguna durante diez años, por cualquier razón. El desuso involuntario no impide la extinción, ni autoriza a extender la duración del usufructo”.²⁹ Apoya nuestra postura el hecho de que el “no uso” provenga por “cualquier razón”.

tenedor de la riqueza”. Nosotros vinculamos la noción de función social con el deber de utilizar el derecho, el cual será directa o indirectamente en aras del bien común. Sobre este último concepto dice FINNIS (2000: 201) que “el bien común es precisamente el bien de los individuos cuyo beneficio, derivado del *cumplimiento del deber* por parte de otros, constituye su derecho porque le es exigido a esos otros en justicia”. En muchas ocasiones el ejercicio del usufructo implicará *poner a trabajar* al objeto. En este sentido, FINNIS afirma que “el propietario privado de un recurso natural o de un bien de capital tiene el deber de justicia de destinarlo a un uso productivo o, si carece de los recursos adicionales necesarios para hacerlo, de ponerlo a disposición de alguien que quiera y pueda hacerlo”. Por otra parte, RIPERT y BOULANGER (1976: 472) señalan en el tratado de Derecho Civil según el tratado de PLANIOL que “el usufructo presenta, desde el punto de vista social, una utilidad cierta al permitir entregar a una persona el goce de un bien como si fuese su propietaria, pero reservando el porvenir en favor de otra persona. Permite múltiples combinaciones, principalmente en las relaciones familiares”.

²⁸ ALTERINI (1970) ha estudiado el usufructo y la habitación como sucedáneos de la locación urbana y, en tal sentido, el usufructo que tenga por objeto una casa, un departamento, etcétera. Al respecto, enseñó el maestro que “en vista de la amplitud del uso y goce que concede, el usufructo puede cumplir los distintos destinos que tradicionalmente se le adjudican a la locación. No pueden haber dudas sobre que está permitido que la unidad usufrutuada se destine a vivienda, a la industria o al comercio y al ejercicio de profesiones o de otras actividades” (p. 81).

²⁹ Observa LAFAILLE (2010) que “aquí, más que en cualquier otro supuesto, procedería agregar el interés colectivo por la consolidación del dominio” (p. 233).

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I

PÉREZ PEJICIC, G. (2015) "El 'uso abusivo' como medio especial de extinción del usufructo", pp. 127-182.

ii. Límites sociales al ejercicio del usufructo

Los *límites sociales* nuclean a todo instituto que tenga por fin establecer barreras sociales, en este caso, a la extensión del derecho real de usufructo (por ejemplo, el abuso del derecho, el orden público).³⁰

1. Incidencia de abuso del derecho en el ejercicio del usufructo

El artículo 10 del Cód. Civ. y Com. consagra el abuso del derecho bajo los siguientes términos:

[e]l ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.³¹

Ahora bien, debemos precisar cuándo el ejercicio de un derecho puede ser catalogado como *abusivo*.³² Sobre esta inquietud se han abierto diversos criterios que la doctrina divide en

³⁰ Sin perjuicio de que solo nos extendamos en el desarrollo de los institutos que hemos nombrado, existen otros, tales como el fraude a la ley o los límites al dominio que son susceptibles de extenderse al usufructo.

³¹ En los fundamentos del codificador puede leerse que se incluye el abuso del derecho como "un principio general del ejercicio de los derechos en el Título Preliminar" y que "esta metodología cambia la tonalidad valorativa de todo el sistema, sin perjuicio de las adaptaciones en cada caso en particular".

³² Se suele hablar de *ejercicio abusivo* de los derechos para esquivar las profundas críticas realizadas por cierta doctrina al instituto del "abuso del derecho". PLANIOL (1936) es quien le propicia las más duras críticas, a tal punto que le adjudican haber arruinado la teoría. Para el sabio jurista francés, "nadie ha pretendido nunca que los derechos subjetivos, definidos o no, sean ilimitados, sino al contrario, son limitados evidentemente por los derechos de los demás. Hablar, por tanto, de abuso de los derechos, es enunciar una fórmula inútil y aun incurrir en una logomaquia, toda vez que cuando yo hago uso de mi derecho mi acto es lícito y cuando no lo es, es porque he sobrepasado mi derecho y actúo sin derecho. Por otra parte, no se ha llegado a fijar un criterio práctico del abuso de los derechos entendido en estos términos. El mejor que se ha propuesto, consistente en que hay abuso del derecho cuando se hace uso anormal de éste, atendidas las concepciones y necesidades del medio y de la época, no es más que una fórmula sin gran valor práctico y, en definitiva, es la misma lograda al tratar de definir el carácter ilícito, como condición de la culpa" (p. 791). A las objeciones de PLANIOL se ha querido contestar, con un

subjetivos y objetivos. El primer criterio se centra en el obrar del autor sin interés legítimo o motivado por la intención de perjudicar a otro.³³ En cambio, el segundo sostiene que existe abuso cuando se contraría el espíritu, finalidad, destino económico o social del derecho que se ejerce.³⁴ No obstante, existen opiniones que podemos catalogar a los fines didácticos

cambio de palabras, señalando que no se debe hablar de “abuso del derecho” sino de “ejercicio abusivo del derecho”. Sobre este punto señala con gran claridad RABINOVICH-BERKMAN (2000: 97) que el cambio de palabras muestra poca comprensión de la profundidad lógica del planteo de PLANIOL y RIPERT. Así señala el profesor que “no se trata de mudar las palabras; sería la institución la contradictoria”, y agrega que “no por nada los alumnos, curso tras curso, cuando se les piden ejemplos de abuso del derecho, se ven en figurillas para distinguir ese supuesto del de la falta de derecho. ¿Son realmente distinguibles? PLANIOL diría que no” (*id.*). Lo cierto es que el nuevo código utiliza los dos términos, tanto “abuso del derecho” como “ejercicio abusivo” de los derechos, y en particular en materia de usufructo de “uso abusivo”.

³³ En un primer momento, el criterio subjetivo se vincula con “la intención de perjudicar a otro”. Pero ha recibido diversas críticas, como ha dicho LLAMBIÁS (2007: 158): “[n]unca el titular ejerce su derecho sólo con el objeto de perjudicar a otro, sino guiado por su propio interés”. A su vez, “el abuso del derecho se limitaría a erigirse en una fuente más de obligaciones, cuando su función es más trascendente” (*id.*). En un segundo momento, el criterio subjetivo se amplió, para comprender al “ejercicio culpable” de los derechos. Pero tal *apertura* no escapa de las mismas críticas que hemos citado. En un tercer momento, se pretende *ampliar* aún más el criterio subjetivo, diciendo que “hay abuso del derecho cuando el titular obra sin interés legítimo o sin utilidad alguna”. Pero, aun así, como observa LLAMBIÁS (apoyándose en otros autores), ello no esquiva las primeras críticas, en virtud de que “al faltar interés o utilidad en el titular del derecho no hay otra explicación para su conducta que no sea su intención dolosa o culposa”.

³⁴ Explica JOSSEERAND (1950: 153) que “el derecho se realiza, no en el vacío absoluto, sino en un medio social y que, en una comunidad verdaderamente organizada, se encuentran ante ellos los derechos iguales del prójimo. Concedidos por los poderes públicos, tienen una misión social que cumplir, contra la cual no pueden rebelarse; no se bastan así mismos, no llevan en sí mismos su finalidad, sino que esta los desborda al mismo tiempo que los justifica; cada uno de los tiene su razón de ser, su espíritu del cual no podrían separarse. Si pueden ser utilizados no es en atención a un objeto cualquiera, sino únicamente en función de su espíritu, del papel social que están llamados a desempeñar; no pueden ser ejercitados sin más ni más, sino a sabiendas, para un fin legítimo y por razón de un motivo legítimo. Por ejemplo no podrían ser puestos, en ningún caso al servicio de la malicia, de la mala fe, de la voluntad de perjudicar al prójimo; no pueden servir para realizar la injusticia; no deben nunca ser apartados de su vía regular; de hacerlo así, sus titulares no los ejercitarían verdaderamente, sino que avisarían de ellos, cometerían una irregularidad, un abuso de derechos de que serían responsables con relación a las víctimas posibles”. Concluía el autor, que los medios no justifican el fin. En postura adversa a la de JOSSEERAND, los juristas RIPERT y BOULANGER (1979) —contrarios a catalogar como abuso del derecho al ejercicio de aquel que no es conforme a su misión social— manifiestan que “una teoría semejante tiende a destruir la fuerza de los derechos privados. Quienes la defienden están obligados a admitir que hay derechos absolutos a los que llaman no causados o amorales, pero no dicen porque. En realidad, todo derecho privado es absoluto en el sentido de que confiere el derecho de actuar en un interés personal y no en el interés social. Corresponde a la ley asegurarse de que las prerrogativas acordadas al titular del derecho no sean contrarias al interés público. Pero no se debe pedir a quien ejerce su derecho de que se

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I

PÉREZ PEJICIC, G. (2015) "El 'uso abusivo' como medio especial de extinción del usufructo", pp. 127-182.

como *mixtas*, que de alguna u otra manera relacionan ambos criterios.³⁵ No obstante, ¿qué criterio recepta el Cód. Civ. y Com.? El artículo 10 del Cód. Civ. y Com. determina la existencia del abuso del derecho en base a dos directivas: 1) cuando se contrarían los fines del ordenamiento jurídico; o 2) cuando se exceden los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.³⁶

En consecuencia, para determinar el uso abusivo del usufructo debemos hacernos dos preguntas. La primera, ¿bajo qué circunstancia el ejercicio del usufructo puede llegar a contrariar los fines del ordenamiento jurídico? No hay una única respuesta, sino que ésta varía conforme a la evolución del ordenamiento jurídico, ya que el Cód. Civ. y Com. desvincula los derechos de su sentido histórico.³⁷ Por tal motivo, el ejercicio del usufructo

preocupe del interés social. El derecho está acordado para conceder una situación privilegiada a quien lo ejerce. Es la potestad particular que confiere, lo que le otorga su valor pecuniario" (p. 478).

³⁵ Dentro de estas opiniones "mixtas" encontramos corrientes que optan por aplicar de forma "alternativa" los criterios subjetivos y objetivos (CAPITANT), y otros que rechazan los criterios "exclusivamente" subjetivos y objetivos, "amalgamando" ambos (LAFAILLE) o que sostienen que ambos criterios son "esenciales y distintos" (ALSINA ATIENZA).

³⁶ BORDA (1971:132) señalaba que estas dos pautas legales pueden completarse con las siguientes subdirectivas: "1) si ha habido intención de dañar; 2) Si falta interés en el ejercicio del derecho; 3) si se ha elegido entre las varias maneras de ejercer el derecho, aquella que es más dañosa para el deudor; 4) si se ha actuado de manera no razonable, repugnante a la lealtad y a la confianza recíprocas; 5) si el perjuicio ocasionado es anormal o excesivo. Respecto de este último punto, es necesario aclarar que no basta, para configurar el abuso, que haya perjuicio para la otra parte de una relación jurídica o para un tercero. Más aún, el resultado normal del ejercicio de un derecho es que haya algún perjudicado, por lo menos en alguna medida [...] Por ello se dice que para que haya abuso, debe mediar un perjuicio anormal, excesivo, extraordinario. Es necesario que medie una injusticia notoria, una consecuencia no prevista por la ley y repugnante al sentimiento moral del juez para que éste pueda negar su apoyo a quien esgrime en su favor una disposición moral"; LLAMBIAS (2007: 161) sostiene que el ejercicio del derecho contrario a la moral y buenas costumbres, deriva en abuso del derecho. Sin embargo puntualiza, "pero no creemos que esta noción se reduzca al ejercicio inmoral de los derechos. En suma, el abuso del derecho es el género, y el ejercicio inmoral una especie de ese mismo género".

³⁷ Cabe aclarar que ya no se debe tomar como pauta interpretativa al fin que tuvo en mira el legislador al reconocer los derechos, sino el que el ordenamiento le asigna según la evolución de la sociedad. Queda ello puesto en manifiesto en los fundamentos al Anteproyecto de Cód. Civ. y Com. Señala el codificador que, con la alusión a los "fines del ordenamiento": "se pretenden evitar "los fines pretéritos" con la expresión que se "tuvo en mira al reconocer (el derecho)", pues el texto de una norma no puede quedar indefinidamente vinculado a su sentido "histórico". En su reemplazo, se emplea la noción de "fines del ordenamiento" que evita la contextualización histórica, posibilitando la interpretación evolutiva para juzgar si se ha hecho un uso irregular o abusivo. Esta decisión tiene una gran importancia por dos razones: a) los fines actuales del ordenamiento incluyen no sólo los sociales, sino también los ambientales, dándose así cabida a la denominada función ambiental de los derechos subjetivos; y b) es coherente con las reglas de interpretación que se proponen en este Título

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I
Dossier sobre el Código Civil y Comercial de la Nación

será abusivo cuando persiga un fin (individual, social o ambiental) *no querido* por el sistema jurídico *al momento de juzgarlo*. La segunda pregunta ¿Cuándo el ejercicio del derecho de usufructo excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres? Esto nos lleva a dar algunas referencias básicas.

El instituto del abuso del derecho comprende el ejercicio en “exceso de la buena fe”, el cual, a su vez, debe ser entendido a la luz del “principio de buena fe”, explicitado en el artículo 9 del Cód. Civ. y Com. según el siguiente axioma: “[l]os derechos deben ser ejercidos de buena fe”.³⁸ Sin embargo, nos preguntamos: ¿qué entendemos por ejercicio de buena fe

Preliminar”. Sin embargo, la fórmula no está exenta de críticas. Los profesores RABBI-BALDI, CABANILLAS y SOLÁ (2014) han manifestado que “el criterio específico, vinculado a la naturaleza del derecho de que se trate, se diluye en la referencia a los ‘fines del ordenamiento’, a raíz del deliberado propósito de prohibir todo vínculo con el sentido que se tuvo en miras al crear aquél [...] se trata de una alteración inconveniente en tanto veda acudir a la voluntad legislativa, no sólo porque [...] es útil y frecuente entre los operadores jurídicos, sino porque el sentido de los derechos es imprescindible para advertir si se ha incurrido en abuso de ellos, lo que no es suplido por la nueva fórmula demasiado amplia” (p. 87).

38 Nos enseña CIURO CALDANI (2004: 5) que “obrar de buena fe es, por una parte, instalarse en la difícil relación entre la ‘bondad’ y la ‘fe’ que, en cuanto al protagonista, suele llevar al predominio subjetivo de la ‘fe’, pero en cuanto a los terceros se inclina más a la ‘bondad’ de responder en alguna medida a la ‘objetividad’ de las expectativas —la ‘fe’— de otro”. Cabe remarcar que el Cód. Civ. y Com. eleva la buena fe al rango de principio general. En atención al principio general de buena fe, DIEZ PICAZO (1977) señala: “[a]quí la buena fe no es ya un puro elemento de un supuesto hecho normativo, sino que engendra una norma jurídica completa, que, además, se eleva a la categoría o al rango de un principio general del derecho: todas las personas, todos los miembros de una comunidad jurídica deben comportarse de buena fe en sus recíprocas relaciones. Lo que significa varias cosas: que deben adoptar un comportamiento leal en toda la fase previa a la constitución de tales relaciones (diligencia *in contraendo*); y que deben también comportarse lealmente en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas ya constituidas entre ellos. Este deber de comportarse según buena fe se proyecta a su vez en dos direcciones en que se diversifican todas las relaciones jurídicas: derechos y deberes. Los derechos deben ejercitarse de buena fe; las obligaciones tienen que cumplirse de buena fe” (p. 12). Por otro lado, ALSINA ATIENZA (1935) afirma: “[s]i el abuso del derecho es un acto ilícito, y si existe por la sola transgresión [...] es indispensable que a este elemento objetivo, se una el subjetivo de la imputabilidad: ni más ni menos que en los demás actos ilícitos. Ahora bien: para determinar esta última, es necesario tener presente la característica esencial del abuso del derecho: que aparentemente es un acto lícito. Entonces, frente a esta apariencia y a un acto consumado, debe jugar —como siempre— el principio de la buena fe, excusando de responsabilidad a quien actúa ignorando la ilicitud del acto, siempre que su ignorancia sea disculpable [...]. Así lo exigen los principios generales y la seguridad necesaria en el orden jurídico” (p. 310). Destacamos la idea de “apariencia” del profesor ALSINA ATIENZA, la cual está presente en la siguiente reflexión de RIPERT (1941): “[l]a expresión abuso del derecho no tiene, pues, ningún sentido si se quiere designar con ella los casos en que la responsabilidad de una persona se halla comprometida, aunque esta persona pretenda atrincherarse en el ejercicio de su derecho, sino porque el derecho invocado por ella no le confiere impunidad. Abusar del derecho es, entonces, cubrir con la

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I

PÉREZ PEJICIC, G. (2015) "El 'uso abusivo' como medio especial de extinción del usufructo", pp. 127-182.

del derecho de usufructo? Si bien el usufructo es independiente del querer del nudo propietario —ya que, por definición, el derecho real implica una relación directa e inmediata entre el sujeto y el objeto—, podemos decir que el usufructuario ejerce su derecho de buena fe cuando lo utiliza de acuerdo a la *objetividad* de las expectativas del nudo propietario. En otras palabras, conforme a la *fe* del nudo propietario. Remarcamos que tales expectativas no inciden en la potestad que el usufructo entabla entre su titular y el objeto a menos que se ocasione un perjuicio al nudo propietario u a un tercero. Aquellas expectativas consistirán, por ejemplo, en que el usufructuario impida el deterioro del objeto dado en usufructo a través del mantenimiento adecuado del bien o del uso correcto en su disfrute, por la recolección en tiempo y forma la cosecha si se tratara del usufructo de un campo de soja.

En cuanto a la moral, el estudio se oscurece, ya que no es lo mismo señalar que el fundamento último del abuso del derecho sea la moral que precisar que aquélla sirve para la identificación del abuso del derecho,³⁹ sumado a que carecemos de un *piso mínimo objetivo* de lo que debe entenderse legalmente por "moral".⁴⁰ No obstante, observamos que, si tomamos como referencia a "la moral cristiana" (la cual es reconocida como fundamento en el Preámbulo de la Constitución Nacional), esto hace que se tornen aplicables las encíclicas

apariencia del derecho el acto que se tenía el deber de no cumplir o, al menos, que no era posible cumplir sino indemnizando a los que fueran lesionados por este acto" (p. 92).

³⁹ Seguimos al respecto la observación realizada por PRIETO MOLINERO (2012). A mayor abundamiento, nos plegamos a la opinión de este profesor cuando asevera que el único parámetro moral válido para determinar la conducta abusiva es la buena fe, ya que la decisión de la nueva legislación por "seguir acudiendo en simultáneo a la buena fe, la moral y las buenas costumbres no sólo resulta redundante, sino que importa vaciar de contenido a ese instituto que es el abuso del derecho" (p. 226). En esta idea que compartimos con el afán de aportar mayores precisiones, se agregan los parámetros de la "moral y las buenas costumbres" que "terminan desdibujando por completo aquello que pretenden delinear". Entre quienes sostienen una postura similar encontramos al maestro ALTERINI (2014), quien afirma que la remisión a la buena fe "aunque asume la importancia de reconocer su punzante virtualidad, es básicamente repetitiva en tanto ese principio primordial campea en todo el Derecho y es piedra angular de la interpretación" (p. 1022).

⁴⁰ Sin ánimos de caer debates doctrinarios que demuestran la *subjetividad* con que es tratado el tema tanto por autores nacionales como extranjeros (lo cual desvirtuaría las intenciones de este trabajo), realizaremos dos observaciones. La primera consiste en que la moral, como afirma LLAMBÍAS (2006: 33) rige la conducta en mira inmediata al bien de la persona, es decir, encauza los actos humanos hacia el bien. La segunda está vinculada a la enseñanza de THUR (1946), cuando sostiene que "la moral se dirige al sentimiento e incluye en el hombre, ya despertando ideas que operan como móviles de la conducta, ya por efecto de la crítica y de la censura de los hombres" (p. 48).

sociales⁴¹ y sirvan como un parámetro un tanto más *objetivo* de cómo la moral puede influir en los derechos en general y, en particular, en el ejercicio del usufructo.⁴²

En tercer lugar, las buenas costumbres. Aquí, vuelve a empantanarse nuestro análisis debido a la pluralidad de opiniones sobre tal concepto.⁴³ Sin embargo, éste implica la

41 Así las encíclicas sociales de León XIII —denominada “*Rerum Novarum*” (1891)—, la de Pío XI —llamada “*Quadragesimo Anno*” (1931)—, y la de Juan XXIII —“*Mater et Magistra*” (1961)—, entre otras, acentúan tanto el carácter ius-natural de la propiedad como así también la armonía de sus fases, tanto la individual como la social.

42 RUIZ-GIMÉNEZ (1963) señala que “los escritores cristianos contemporáneos destacan que es la propiedad entera, como institución, la que tiene que cumplir un esencial servicio a la comunidad” (p. 455). En este sentido, pesa la ida de “justicia social” sobre el dueño y el usufructuario en nuestro caso, y los obliga principalmente “a producir de la forma más eficaz posible, superando el absentismo y la dedicación de fincas urbanas o rústicas, a finalidades de ostentación o menos fructíferas para la comunidad...” (*id.*) según las propias palabras de RUIZ-GIMÉNEZ.

43 WIEACKER (1977) puntualiza que la ética social puede establecer directrices de la conducta social “pero no esquemas normativos de validez general bajo los cuales pueda subsumirse un determinado supuesto de hecho mediante juicios analíticos. ‘Buena fe’ o ‘buenas costumbres’ no son moldes acabados, que el juez calca sencillamente sobre el material que ha colocado debajo, sino una extraordinaria tarea que tiene que realizar el propio juez en la situación determinada de cada caso jurídico” (p. 37). No desconocemos que el juez debe completar según el caso conceptos tales como buena fe o buenas costumbres, pero a los fines del entendimiento de tales nociones debemos establecer un piso mínimo de significado común. Vélez en la nota al artículo 530 del Código Civil expresaba que “en el lenguaje del derecho, se entiende por buenas costumbres, el cumplimiento de los deberes impuestos al hombre por las leyes divinas y humanas”. La noción de buenas costumbres se identifica con la moral, por lo que también resulta compleja su conceptualización. Asevera THUR (1946) que “con el termino buenas costumbres (*boni mores*) se designa el orden moral generalmente aceptado por la opinión dominante. Es como dice el autor, una cuestión ética. Y afirma, la conducta es contraria a las buenas costumbres, si es apreciada y juzgada universalmente como tal. El juez no debe tomar por medida la sensibilidad más alta y refinada; debe conformarse con el término medio” (p. 50). Y agrega el autor que “la opinión que tenga el individuo respecto de la moralidad o inmoralidad de su manera de obrar, carece de importancia” (*id.*). SALVAT (1964) se pregunta qué se entiende por buenas costumbres, y responde que “con la mayoría de los autores, nosotros creemos que la noción de buenas costumbres, comprende todo aquello que está de acuerdo con las ideas morales predominantes en la conciencia social, o si se quiere, para mayor claridad, ideas morales aceptadas por la generalidad de los individuos” (p. 261). LÓPEZ OLACIREGUI (1964), en su actualización a SALVAT, focaliza en la imprecisión del concepto “buenas costumbres” y observaba que “algunos autores —como Salvat— las consideran con criterio sociológico: son las costumbres que siguen las personas correctas de una colectividad en tiempo y lugar determinado...” (p. 262). Puntualiza RIPERT (1941) que “la influencia de la sociología viene a dar cuerpo a otra concepción de las buenas costumbres. Se propone derivar la noción de las buenas costumbres del estudio de los hechos sociales: estas costumbres no son buenas sino porque son morales. Esta influencia es muy visible en el tratado de las obligaciones de DEMOGUE, quien declara que ‘las buenas costumbres no se determinan de acuerdo con un ideal religioso o filosófico, sino de acuerdo con los hechos y la opinión común’. De donde deduce que esta opinión es por sí misma creadora de reglas

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I

PÉREZ PEJICIC, G. (2015) "El 'uso abusivo' como medio especial de extinción del usufructo", pp. 127-182.

actuación del individuo conforme a la conciencia social general y a la específica del lugar donde ejerce su derecho, sumado a las ideas morales cristianas cuando puedan ser aplicadas en razón de las creencias del sujeto.

Por último, el artículo 10 del Cód. Civ. y Com. concluye: "el juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización". Consideramos que esta disposición puede resultar de singular trascendencia para el desarrollo del uso abusivo del usufructo. Ello, en cuanto que el inciso d) del artículo 2152 no se detiene en la elaboración de esta causal especial de extinción. De esta manera, cuando el artículo 10 de forma genérica alude a "la reposición al estado de hecho anterior", le abre al juez la posibilidad de reencausar el ejercicio del usufructo sin la necesidad de extinguirlo, pero contemplando la indemnización correspondiente al nudo propietario o brindándole a este garantía suficiente al afecto. En otra posible solución, podría el dueño reanudar su dominio por el pago al usufructuario de un importe determinado hasta el momento en que debía extinguirse el usufructo.

2. El orden público en atención al usufructo

El artículo 12 del Cód. Civ. y Com. trae a colación la referencia al "orden público" y al "fraude a la ley". En cuanto al primer instituto, señala la norma que "las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público".⁴⁴ En materia de usufructo, Vélez señalaba especialmente en la nota al artículo 2825 que

morales y llega hasta decir que un acto es válido cuando la opinión pública no lo condena, y aunque sea en sí mismo digno de desaprobarse" (p. 41). Traemos a colación la brillante mirada que realiza RABINOVICH-BERKMAN (2000) cuando sostiene que las "buenas costumbres" son un concepto muy relativo a las circunstancias espacio-temporales del sujeto, así "las buenas costumbres no son idénticas en un pueblito serrano de Salta y la Ciudad de Buenos Aires, ni entre los inmigrantes laosianos y los socios del Jockey Club Porteño" (p. 103).

⁴⁴ DE LA FUENTE (2003) distingue dos conceptos: "orden público-institución" y "orden público-objeto". En cuanto al primero, enseña que "el orden público es la institución de que se vale el ordenamiento jurídico para defender y garantizar, mediante la limitación de la autonomía de la voluntad, la vigencia inexcusable de los intereses generales de la sociedad, de modo que siempre prevalezcan sobre los intereses particulares" (p. 23). Sobre el segundo señala que es el equivalente al interés general de la sociedad y "sería entonces un concepto jurídico indeterminado que, una vez precisado su contenido y

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I
Dossier sobre el Código Civil y Comercial de la Nación

el usufructo no es una cosa de pura convención: su naturaleza está fijada por la ley, por las consecuencias en el orden social del establecimiento de la propiedad en los bienes inmuebles, y porque consiste en la facultad especial concedida a alguno de gozar de las cosas de otro.

El orden público como límite se manifiesta de diversas formas, por ejemplo, las partes no podrían pactar que el usufructo no se extinga por el no-uso (norma estatutaria rígida), o que el usufructuario pueda alterar la sustancia (norma estatutaria flexible).⁴⁵ En tales supuestos, la estipulación no produce efecto alguno.

decidido por los órganos autorizados que dicho interés general se halla comprometido, se convierte en objeto de protección del orden público-institución mediante la limitación de la autonomía de la voluntad, garantizándose así su prevalencia sobre los intereses particulares" (*id.*). El orden público ilumina especialmente el campo de los derechos reales, a tal punto que está presente en su definición legal cuando el artículo 1882 del Cód. Civ. y Com. dispone que el "derecho real es el poder jurídico, *de estructura legal...*". A su vez, el artículo 1884, bajo el epígrafe "estructura", dispone que "la regulación de los derechos reales en cuanto a sus elementos, contenido, adquisición, constitución, modificación, transmisión, duración y extinción es establecida sólo por la ley. Es nula la configuración de un derecho real no previsto en la ley, o la modificación de su estructura". En palabras del profesor ALLENDE (1967: 65), la naturaleza jurídica de las normas que rigen los derechos reales son sustancialmente de orden público. Dicen los maestros GATTI y ALTERINI (2005): "[l]a importancia política, económica y social de los derechos reales determina que su régimen este presidido por la noción de orden público" (p. 73). Puntualiza GATTI (2006): "[l]a prevalencia del interés social por sobre el individual y la preocupación del legislador al respecto se ponen sobre todo, en evidencia en el mismo régimen legal de los derechos reales, que, como se sabe, está dominado por el principio del orden público" (p. 294).

⁴⁵ Con mayor precisión PEPE y MENDIZÁBAL (2009:871) enseñan que la prohibición de alterar la sustancia en el usufructo, es una norma imperativa de carácter flexible, por cuanto "si se interpreta a contrario sensu la *salva rerum substantia*, debe colegirse que el usufructuario puede, en efecto, pactar con el nudo propietario la realización de todo acto que no redunde en una alteración de la sustancia. Al establecer una barrera inderogable, entonces la ley les está permitiendo determinar ese uso y goce, siempre y cuando se respete dicha barrera. Ahora bien, si se estipularan en favor del usufructuario determinados actos que importen una alteración de la sustancia, entonces el derecho real no valdría como tal, en razón de haberse violado el límite establecido por el orden público"; En la misma línea WOLFF (1948: 86) observa: "Ahora bien, no todos los deberes son de tal suerte que puedan ser remitidos; pues no cabe que el usufructuario sea puesto en situación de disfrutar en forma que no sea *salva rei substantia*, y el propietario no ha de correr riesgo de perder el valor de la cosa; esto tendría lugar, por ejemplo, si el usufructuario pudiera explotar las minas de una manera irregular y excesiva o retener el valor de los frutos obtenidos excesivamente o fuera dispensado del deber de avisar de los peligros que amenazan o del de permitir al propietario llevar a cabo las reparaciones extraordinarias".

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I

PEREZ PEJICIC, G. (2015) "El 'uso abusivo' como medio especial de extinción del usufructo", pp. 127-182.

d) La faz ambiental del derecho de usufructo

Es evidente la preocupación del Cód. Civ. y Com. por armonizar el ejercicio de los derechos subjetivos con el ordenamiento jurídico ambiental. En este sentido, ya no quedan dudas que el Derecho Ambiental incide en los derechos reales.⁴⁶ Así, creemos que aquella *armonización* necesariamente penetra en el usufructo y lo hace, según nuestra tesis, a través de su finalidad.

La faz ambiental es la arista de mayor trascendencia en la finalidad del usufructo, ya que engloba su *función ambiental* y sus *límites ambientales* para la preservación del medio en vista de las próximas generaciones.⁴⁷ La faz ambiental en la finalidad del usufructo se explica desde que su uso abusivo puede ocasionar daños que tengan por objeto "un derecho de incidencia colectiva" (art. 1737, Cód. Civ. y Com.) como lo es el ambiente. Piénsese, por ejemplo, en el campo que es dado en usufructo. El usufructuario, en pos de obtener una cosecha abundante y generar un mayor rédito económico a través del goce del predio, no puede utilizar productos químicos que lesionen la biodiversidad o realizar cosechas sucesivas que atenten contra la capacidad productiva de la tierra (como, por ejemplo, si se plantara siempre soja en el mismo terreno, sólo porque le es redituable al usufructuario).

i. Función ambiental del usufructo

La función ambiental del usufructo implica el ejercicio *sustentable* del derecho real, de manera que las *actividades productivas* que se desarrollen bajo las potestades del usufructo satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras, imponiendo el deber de preservar el ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano (art. 41, Constitución Nacional).⁴⁸ Así, por ejemplo, quien es

⁴⁶ En atención a la definición de derecho ambiental, la profesora NONNA (2008) enseña: "[s]i consideramos al Derecho Ambiental como el conjunto de normas que regulan el ambiente, y a su vez, definimos el ambiente como el sistema en el que interactúan y se interrelacionan de manera condicionada los distintos elementos que lo componen, diremos que el Derecho Ambiental en Argentina está integrado por la normativa que regula los recursos naturales, las actividades y los efectos que el hombre lleva a cabo para modificarlos para la obtención de los recursos culturales, como así también los residuos generados a partir de esa transformación" (p. 11).

⁴⁷ En este caso, el aspecto ambiental supera a los propios intereses sociales por comprometer a las generaciones venideras.

⁴⁸ Nótese que se habla de "actividades productivas" que no pueden comprometer las necesidades de las generaciones futuras. Tomamos dicha redacción como fundamento de la división entre función

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I
Dossier sobre el Código Civil y Comercial de la Nación

usufructuario de un campo debe idear un plan de explotación que contenga la forma en cómo la “actividad productiva” que desarrolle durante el usufructo no comprometa la aptitud ni la capacidad del objeto para atender las necesidades de las generaciones que estén al momento de finalizado el derecho real.⁴⁹

ii. Límites ambientales al ejercicio del usufructo

El ordenamiento jurídico limita el ejercicio de los derechos subjetivos (en este caso, derechos reales) no sólo en vista del interés de la comunidad, sino también ubicando la

social y función ambiental del derecho real (en este caso, usufructo). La función social está ligada a la producción (actividad productiva), lo cual satisface las necesidades o el interés de la sociedad, sin que necesariamente implique atender las necesidades de las generaciones futuras. El deber de respetar el medio y analizar las consecuencias de la actividad productiva a futuro, para atender el desarrollo de los que están *por venir*, proviene de la función ambiental que integra la propiedad. Señala LORENZETTI (2008): “[e]n el régimen constitucional argentino, la función ambiental está claramente señalada en el artículo 41 y consta de los siguientes elementos: el derecho a un ambiente sano; el deber de no contaminar, la obligación de recomponer, de resarcir, y de no comprometer las generaciones futuras. Estos datos normativos conforman un núcleo duro de normas que establecen un objetivo ambientalista y límites a la actuación social y a la producción jurídica” (p. 42). A su vez, es interesante remarcar que cierta doctrina ha elaborado la noción de “usufructo ambiental”, tal es el caso de PEÑA CHACÓN (2015), quien brinda el siguiente ejemplo: “[e]l propietario puede crear y ceder el derecho de usufructo a favor de un particular, varios de ellos, o bien una persona jurídica, limitando el uso y disfrute del inmueble por el tiempo determinado a la conservación, o bien a su explotación racional. A la vez, el propietario de un inmueble con valor ecológico, está facultado en vender la nuda propiedad a una asociación conservacionista, reservándose el usufructo con restricciones tendientes a proteger los recursos naturales existentes en el inmueble. En estos últimos dos casos, dada su naturaleza especial, se estaría en presencia de usufructos ambientales”. Con una idea semejante, CASTELLI (2001) cree que “una de las ventajas del usufructo reside en que el titular de la tierra conserva la propiedad del inmueble, pudiendo ceder el uso y goce del mismo a favor de una persona o una ONG que puede tener amplias facultades para realizar todas las acciones tendientes a su administración, acordes al destino impuesto por su propietario” (p. 49). No obstante, observa: “[s]in embargo, consideramos que el usufructo siempre estará condicionado a extinguirse por la muerte del usufructuario, lo cual impide utilizar la figura como un modo de conservación de la naturaleza a muy largo plazo o a perpetuidad” (*id.*).

⁴⁹ Observa VAN GELDEREN (1990) que el enfoque de desarrollo sustentable plasmado en el informe Brundtland “se basa en que el medio ambiente está unido al desarrollo y que no son posturas contradictorias; el desarrollo no puede subsistir cuando los recursos naturales están deteriorados y para poder proteger el medio ambiente deben tenerse en cuenta los costos para el desarrollo de la destrucción ambiental. Por ejemplo puede haber una gran producción de madera, lo que trae un beneficio económico, pero debe tenerse en cuenta para determinar el beneficio el costo del deterioro o destrucción del bosque. Por ello la economía no consiste solamente en producir riquezas y la ecología no se ocupa únicamente en proteger los recursos naturales; ambas son igualmente necesarias para mejorar el destino de la humanidad” (p. 86).

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I

PÉREZ PEJICIC, G. (2015) "El 'uso abusivo' como medio especial de extinción del usufructo", pp. 127-182.

mirada en la importancia del medio ambiente. De todos aquellos límites existentes, nos abocaremos únicamente al abuso del derecho como límite ambiental, ya que su incorporación constituye una novedad que trae consigo el Cód. Civ. y Com.⁵⁰

El artículo 14 del Cód. Civ. y Com. dispone en su último párrafo que "la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general".⁵¹ Cuando estudiamos la teoría del abuso del derecho, la enmarcamos como un límite social al ejercicio de los derechos subjetivos. Sin embargo, el artículo 14 instrumenta la teoría como límite ambiental, razón por la cual pensamos que es necesario *adecuar* la teoría del abuso del derecho al "paradigma ambiental".⁵² Así, creemos que el ejercicio del derecho será abusivo en relación al medio

⁵⁰ Sin embargo, el abuso del derecho en materia ambiental no es el único límite que podemos ubicar frente a las potestades del usufructuario. Los poderes jurídicos de este también se encontrarán limitados por la noción de "orden público ambiental". En atención a este concepto, BUSTAMANTE ALSINA (1995) ha dicho que la preocupación universal por el medio ambiente se halla actualmente comprendida entre los objetivos tradicionales que constituyen el concepto de orden público. Así, señala el maestro: "[l]a multiplicidad y amplitud de las normativas que se dictan en los Estados modernos en materia de protección de la naturaleza tiene por fin tanto preservar la calidad de vida mediante la tutela del ambiente, como promover el desarrollo sustentable respetando la diversidad de las especies para evitar su extinción y haciendo un uso racional de los recursos naturales para poder legarlos a las futuras generaciones. Todas estas reglas nuevas tienen por objeto compeler al hombre a respetar las leyes biológicas y el equilibrio ecológico" (p. 916).

⁵¹ Sobre el punto el codificador indica en sus fundamentos: "[f]inalmente, es importante resaltar la noción de abuso del derecho individual respecto del derecho de incidencia colectiva [...]. Se trata de que los derechos subjetivos tengan límites respecto de los bienes colectivos, como ocurre con el desarrollo o consumo sustentable o la función ambiental de los derechos". Nótese como se habla de "función ambiental" de los derechos en general, lo cual nos permite abonar la tesis de la función ambiental del usufructo. Sin embargo, en tales fundamentos "la función ambiental" de los derechos, aparece vinculada al abuso del derecho. Nosotros en cambio, preferimos hablar del abuso del derecho como "límite ambiental" (en este caso), reservando la "función ambiental" para el ejercicio "sustentable" del derecho, como lo hicimos en el epígrafe anterior.

⁵² Observamos que los comentaristas del artículo 14 in fine del Cód. Civ. y Com. han interpretado de dos formas la citada norma. Para algunos, el artículo contempla un caso especial de abuso del derecho mientras que para otros legisla un caso de colisión de derechos. En la primera vertiente encontramos autores como VARIZAT (2015) quien señala que "[l]a parte final del artículo recepta una modalidad de 'limitación' al ejercicio de los derechos individuales, con fundamento en los derechos de incidencia colectiva y en la figura del abuso del derecho; la cual concuerda con similar limitación regulada en el artículo 240, para el ejercicio de los derechos individuales sobre bienes" (p. 18). En sintonía, PERETTI (2014) manifiesta: "la ley regula el abuso del derecho en su doble versión objetiva: cuando afecta derechos individuales o derechos de incidencia colectiva, entendiendo por estos últimos aquellos que involucran, a grupos, clases, categorías o la sociedad en su conjunto" (p. 164). Sumamos la opinión de CAFFERATTA (2015), quien argumenta que el artículo 14 in fine, "reviste una enorme significación

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I
Dossier sobre el Código Civil y Comercial de la Nación

ambiente cuando: 1) se contrarían los fines ambientales del ordenamiento jurídico;⁵³ o 2) se exceden los límites impuestos por la *buena fe ambiental*, la *moral ambiental* y las *buenas*

jurídica ambiental: primero, porque introduce el texto de ley, el concepto de 'ambiente' (pueda afectar el ambiente), segundo, porque la ley regula el abuso del derecho en su doble versión objetiva: cuando afecta derechos individuales o derechos de incidencia 'colectiva', entendiendo por esta última, aquella que involucra a grupos, clases, categorías, o la sociedad en su conjunto. Y con ella pone límites al ejercicio de los derechos individuales, propios o subjetivos, por causas socio-ambientales" (p. 322). La profesora GARRIDO CORDOBERA (2015) puntualiza, en atención al artículo 14 *in fine*, que "el artículo alude al abuso que debe entenderse conforme a lo dispuesto en este mismo cuerpo legal en el artículo 10..." (p. 16). HERRERA y CAMELO (2015) sostienen que en el segundo párrafo del artículo 14 "se prevee un supuesto específico de ejercicio abusivo, referido a la afectación de intereses colectivos, como los relacionados con el medio ambiente y los derechos de incidencia colectiva en general, de especial aplicación a los casos en los que, por ejemplo, una industria desarrolla su actividad con desprecio por el medio ambiente, generando contaminación perjudicial para las personas u otras especies del biosistema" (p. 45). Por otra parte, PRIETO MOLINERO (2012) es claro en su postura, al sostener que el artículo 14, *in fine*, legisla un supuesto de colisión de derechos. Así, observa el profesor: "imaginemos un supuesto de laboratorio donde el titular de un derecho subjetivo lo ejerce de buena fe y sin desviarlo de su finalidad, pero aún así, termina violando el medio ambiente o algún derecho de incidencia colectiva. ¿Podría tal caso llegar a darse? Es obvio que no ya que, en realidad, el artículo 14 no regula un caso de abuso del derecho sino, lisa y llanamente, una prohibición general de que los derechos subjetivos puedan afectar valores superiores a ellos" (p. 234). Concluye el profesor, "el artículo 14 no se vincula tanto con el abuso del derecho como con la llamada 'colisión de derechos'". Otros autores parecen tomar ambas posturas. De esta forma, LAMBER (2015) se inclina por el supuesto de "colisión", y manifiesta que el artículo 14, *in fine*, sienta "un principio de interpretación en primer término para el juez, para el caso de colisión entre ambos derechos" (p. 41). Pero luego expresa: "[I]o cierto es que ya no sólo se contempla la regularidad del derecho subjetivo en sentido estricto, sino que amplía el interés tutelado cuando se afecten los derechos de incidencia colectiva..." (*id.*). Por último, LORENZETTI (2014) explica el citado artículo bajo el título "abuso del derecho" y manifiesta: "[e]l abuso del derecho como límite interno al derecho subjetivo está contemplado en el artículo 10, mientras que ahora se regula la relación del derecho individual con los de incidencia colectiva lo que se regula entonces es un campo de colisión entre la esfera privada y la esfera pública y social mediante una cláusula general. Esta cláusula permite juzgar si el ejercicio del derecho individual es conforme con la "función" que tiene respecto del de incidencia colectiva" (p. 75). En nuestra opinión, creemos que el artículo 14, *in fine*, contempla una nueva versión del abuso del derecho (adecuado al paradigma ambiental), ya que la colisión entre ambas clases de derechos proviene a raíz del ejercicio abusivo del derecho individual, razón por la cual esta especie limita internamente el ejercicio del derecho subjetivo. A su vez, no coincidimos con lo afirmado por LORENZETTI, ya que el abuso del derecho no se vincula con la "función" sino, más bien, con el "límite" en la utilización del derecho individual.

53 Los "fines ambientales del ordenamiento jurídico" quedan debidamente plasmados en la legislación civil a través de los artículos 240 y 241 del Cód. Civ. y Com.. El artículo 240 dispone que el ejercicio de los derechos individuales "no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros". Asimismo, el artículo 241 reza "cualquiera sea la jurisdicción en que se ejerzan los derechos, debe respetarse la normativa sobre presupuestos mínimos que resulte aplicable". De esta forma, el Cód. Civ. y Com. reconoce expresamente la existencia de las normas de presupuestos mínimos. Ellas son definidas por el

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I

PÉREZ PEJICIC, G. (2015) "El 'uso abusivo' como medio especial de extinción del usufructo", pp. 127-182.

costumbres ambientales. Respecto del segundo punto, si ya las nociones de buena fe, moral y buenas costumbres eran complejas en el artículo 10, un tanto más complicado se vuelve idear la nociones de buena fe ambiental, moral ambiental y buenas costumbres ambientales. Sin embargo, sostenemos que ensayar una aproximación conceptual puede resultar de utilidad a los efectos de facilitar la aplicación del último párrafo del artículo. Para elaborar aquellas nociones partimos del mandato constitucional de "educación ambiental" (art. 41, párr. 2^{do}, Constitución Nacional; art. 2, inc. h], art. 8, inc. 4, y arts. 14 y 15, ley 25.675 — Ley General del Ambiente), ya que a través de su concreción se gestan las *buenas costumbres ambientales*, entendidas como aquellas ideas predominantes en la conciencia ambiental de una comunidad específica que son aceptadas por la generalidad de sus integrantes, en razón de su educación y su vinculación con el medio.⁵⁴ A su vez, las buenas costumbres ambientales derivan generalmente en la *moral ambiental* promedio. La diferencia entre ambos conceptos radica en que la primera resulta variable en atención a la región donde esté situado el individuo. En cambio, la segunda es el *piso mínimo* uniforme que la sociedad exige que todo sujeto cumpla respecto del entorno en general, cualquiera sea el medio donde esté. Dado que esta *exigencia* se realiza de las diferentes vías (formales o no

artículo 6 de la ley 25.675 como "toda norma que concede una tutela ambiental uniforme o común para todo el territorio de la Nación, y tiene por objeto imponer condiciones necesarias para asegurar la protección ambiental".

⁵⁴ Cimentamos nuestra elaboración a partir de ese pilar fundamental y trascendente que es la educación. El artículo 15 de la ley 25.675 establece: "[l]a educación ambiental constituirá un proceso continuo y permanente, sometido a constante actualización que, como resultado de la orientación y articulación de las diversas disciplinas y experiencias educativas, deberá facilitar la percepción integral del ambiente y el desarrollo de una *conciencia ambiental*", sumado al punto V del Anexo II del Pacto Federal Ambiental, el cual dispone que "en materia de desarrollo de una *conciencia ambiental*, los Estados signatarios se comprometen a impulsar y adoptar políticas de educación [...] que conduzcan a la protección y preservación del ambiente". Nótese que se habla de "conciencia ambiental", que se construye a través de la educación. Mientras vinculamos aquella conciencia con las buenas costumbres ambientales paralelamente al concepto de buenas costumbres como *conciencia social* que señalara SALVAT y dejamos expuesto en nuestra nota número [57]. En este sentido, el artículo 2, inciso h), la ley 25.675 ordena "[p]romover cambios en los valores y conductas sociales que posibiliten el desarrollo sustentable, a través de una educación ambiental, tanto en el sistema formal como en el no formal". A mayor abundamiento, "la educación ambiental constituye el instrumento básico para generar en los ciudadanos, valores, comportamientos y actitudes que sean acordes con un ambiente equilibrado, propendan a la preservación de los recursos naturales y su utilización sostenible, y mejoren la calidad de vida de la población. Puntualizando que esta 'conciencia ambiental' a través de la educación contribuye a elevar la calidad de vida de la población. Así, el artículo 2 del Anexo I del 'Acta Constitutiva del Consejo Federal de Medio Ambiente', en su punto 8, expresa que es objetivo del Consejo 'Propiciar programas y acciones de educación ambiental, tanto en el sistema educativo formal como en el informal, tendientes a elevar la calidad de vida de la población".

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I
Dossier sobre el Código Civil y Comercial de la Nación

formales) por los cuales el individuo toma conciencia de la necesidad de cuidar el ambiente. A su vez, pensamos aquí una vez más que influirá la moral cristiana que tornara aplicables a las referencias sobre conciencia ambiental contenidas en algunas encíclicas y, especialmente, en la reciente “*Laudato Si*” del Papa Francisco.⁵⁵

En síntesis, la moral ambiental es una *exigencia genérica* y las buenas costumbres ambientales, una *exigencia específica*, aunque ambas posean la misma causa fuente: la educación. Por último, la buena fe ambiental implica responder a las expectativas ambientales (la *fe*) —formadas por la moral ambiental o las buenas costumbres ambientales— de un individuo particular de la sociedad.⁵⁶ A modo ilustrativo, pensamos en el usufructuario de un campo, que deberá ejercer su derecho conforme a las expectativas ambientales que tenga el nudo propietario (buena fe ambiental), de acuerdo a la conciencia ambiental general que tenga la sociedad (moral ambiental), sino es que en razón del lugar donde está situado no se exige un actuar específico (buenas costumbres ambientales).

IV. Sobre la sustancia y sus distintas proyecciones

Hasta nuestros días perdura el “deber de conservar la sustancia” expuesta en la definición de usufructo dada por PAULO: “[u]sfructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia” (*Comentarios á Vitelio*, Libro III) y que fuera incorporada por el Cuerpo del Derecho Civil Romano a través del Digesto en su Libro VII, Título I “Del usufructo y de cómo debe uno usar y disfrutar”.⁵⁷ Al igual que Vélez Sarsfield, el nuevo codificador incluye

⁵⁵ En la encíclica “*Laudato Si*”, FRANCISCO (2015) señala que “[e] auténtico desarrollo humano posee un carácter moral y supone el pleno respeto a la persona humana, pero también debe prestar atención al mundo natural” (punto 5), y que “[m]ientras tanto, los poderes económicos continúan justificando el actual sistema mundial, donde priman una especulación y una búsqueda de la renta financiera que tienden a ignorar todo contexto y los efectos sobre la dignidad humana y el medio ambiente. Así se manifiesta que la degradación ambiental y la degradación humana y ética están íntimamente unidas. Muchos dirán que no tienen conciencia de realizar acciones inmorales, porque la distracción constante nos quita la valentía de advertir la realidad de un mundo limitado y finito” (punto 56).

⁵⁶ Sostiene PIGRETTI (2004) que la noción de buena fe inunda el Derecho Ambiental, sin embargo no alcanza a definirse en un principio específico. Al respecto dice el maestro que “todo el Derecho Ambiental es un derecho de la buena fe, pero no existe un criterio específico definitorio de la buena fe en sí misma” (p. 967). Aunque en un momento el profesor afirma que “el desarrollo sustentable no es otra cosa que el principio general de la buena fe” (*id.*).

⁵⁷ En MOLINAS, J. (ed.) (1889) *Cuerpo del Derecho Civil Romano. Primera parte. Instituta-Digesto*. A doble texto, traducido al castellano del latino, con las variantes de las principales ediciones antiguas y modernas y con notas de referencias por ILDEFONSO, D. y GARCÍA DEL CORRAL, L. Barcelona.

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I

PÉREZ PEJICIC, G. (2015) "El 'uso abusivo' como medio especial de extinción del usufructo", pp. 127-182.

aquel deber en la definición legal de usufructo.⁵⁸ Así puede leerse: "[u]sfructo es el derecho real de usar, gozar y disponer jurídicamente de un bien ajeno, *sin alterar su sustancia*" (art. 2129, párr. 1º, Cód. Civ. y Com.). Sin embargo, a diferencia del Código Civil anterior, el nuevo código brinda las distintas aristas que puede asumir la sustancia: "[h]ay *alteración de la sustancia*, si es una cosa, cuando se modifica su materia, forma o destino, y si se trata de un derecho, cuando se lo menoscaba" (art. 2129, párr. 2º, Cód. Civ. y Com.).

En la lógica del artículo 2129, la sustancia de las cosas tiene tres planos: 1) materia; 2) forma; y 3) destino.⁵⁹ Basta que el usufructuario incumpla con al menos una de estas proyecciones para incurrir en la alteración de la sustancia y provocar la extinción de su derecho, en tanto dicha alteración sea susceptible de probarse en juicio y el juez haga lugar a la causal de extinción. Entonces, dada la trascendencia de este deber, creemos que el ejercicio regular del usufructo implica no solo el respeto de los intereses socio-ambientales que ya hemos expuesto, sino también el cumplimiento de la conservación de la sustancia en cualquiera de sus planos.

Como acontece con la noción de uso abusivo, el concepto de *sustancia* es indeterminado y el juez deberá apreciarlo en el caso concreto a partir de la valoración de las circunstancias particulares del hecho. Sin embargo, esa *indeterminación* no nos agrada por las mismas razones que hemos apuntado al tratar el concepto de uso abusivo. No obstante, a diferencia de este caso, la sustancia ha sido tratada en el seno de la filosofía, lo que enfrenta

⁵⁸ El *salva rerum substantia* se vincula con los derechos y obligaciones del usufructuario y nudo propietario. Así remarcaba el profesor ALLENDE (1963) que "por cuanto los derechos y deberes del usufructuario y nudo propietario son consecuencias más o menos necesarias del "*salva rerum substantia*" (p. 173). En la misma línea, MARIANI DE VIDAL (1970) afirma que "[l]as disposiciones contenidas en el capítulo "De las obligaciones del usufructuario" no son sino consecuencias del principio '*salva rerum substantia*', contenido en el artículo 2807, naturalmente solo aplicable al usufructo perfecto" (p. 125).

⁵⁹ Sobre la sustancia de las cosas, ALLENDE (1963: 77) afirma que ella posee dos matices distintos. Un primer matiz en donde la sustancia se relaciona con la "materia". Y un segundo matiz, donde no hay una alteración propiamente dicha de la materia, ya que continúa siendo la misma cosa, pero se altera, en cambio, su *destino*. En términos de ALLENDE, el Cód. Civ. y Com. introduce otro matiz: la forma. Por otra parte, sobre el artículo 2129, segundo párrafo, del Cód. Civ. y Com., CAUSSE y PETTIS (2015b) precisan: "se incluye el contenido de la sustancia, la que no se debe alterar. Pero el concepto va más allá. Se precisa como integrante de la "sustancia" al destino de la cosa, en definitiva, una inmaterialidad, que eleva a su real dimensión una potestad que no concede el nudo propietario al titular del usufructo" (p. 202).

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I
Dossier sobre el Código Civil y Comercial de la Nación

al jurista a tomar una postura previa frente a la siguiente pregunta: ¿la sustancia que debe conservar el usufructuario es una sustancia entendida en términos jurídicos o filosóficos?

a) Algunas ideas expuestas por la doctrina sobre la sustancia de las cosas

Los alcances del significado de *materia* y *forma* dependerán del campo desde el cual se construya la noción de sustancia, es decir, desde el derecho o desde la filosofía. Los juristas que se apoyan en la filosofía explican la sustancia desde la ontología.⁶⁰ Dentro de éstos citamos, como ejemplo, a MACHADO (1898: 254) quien expresa:

[...] la sustancia la forman todas aquellas condiciones que colocan a la cosa en una determinada especie, de modo que sin ellas dejaría de ser considerada como de esa especie, y tanto se puede referir a la esencia misma de la cosa, como al que de ella se hiciera y que la colocaran en una especie diferente. Se conserva la sustancia de un caballo o de un carruaje, por ejemplo, no cambiándolos en su naturaleza intrínseca, y destinándolos al uso que se les ha dado; así, se cambiaría la sustancia convirtiendo el carruaje en un vehículo para acarrear frutos, y el caballo de silla en uno de tiro, porque en ambos casos se ha sacado el objeto de la especie en que estaban colocados.

Se observa entonces cómo el profesor MACHADO recurre a la “esencia misma de la cosa”, es decir, una posición metafísica a los efectos de conceptualizar la sustancia que debe conservar el usufructuario.⁶¹

60 En este camino, resulta básico recurrir al maestro Aristóteles y a su gran obra *Metafísica*.

61 MANRESA Y NAVARRO (1905) tienen una clara postura esencialista: “[e]s la sustancia el ser en sí mismo de la cosa, y lo que no se consiente al usufructuario es cambiar ese ser o esencia, para que la cosa vuelva la misma que era a manos del propietario” (p. 352). Podemos situar en esta línea también a VENEZIAN (1928), ya que sostiene: “[l]o que constituye para el propietario la sustancia de la cosa, esto es, lo que para él representa un elemento constante que persiste o puede persistir (*sub-stantia*) todas las variaciones que pueda sufrir a virtud de fuerzas internas o externas, es mucho más complicado de lo que forma su individualidad jurídica; y a diferencia de lo que ocurre con ésta, no puede señalarse sino atendiendo a la función que se le ha asignado entre aquellas que comprende su aptitud natural” (p. 309). VENEZIAN alude a un “elemento constante que persiste o puede persistir” lo que remite a una noción metafísica. SEGOVIA (1933) observa: “[s]ustancia, es no solo la materia que constituye la cosa,

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I

PÉREZ PEJICIC, G. (2015) "El 'uso abusivo' como medio especial de extinción del usufructo", pp. 127-182.

En la vereda opuesta se encuentran quienes se despojan de la filosofía y emprenden la construcción del "concepto jurídico de sustancia". Tal es el caso de DEMOLOMBE —aunque su idea previamente había sido expuesta por BARTOLO, a quien cita el jurista francés—.⁶² La definición de sustancia brindada por DEMOLOMBE se recuerda por haber sido seguida por Vélez Sarsfield e incorporada en la nota al artículo 2807:

[l]a sustancia es el conjunto de las cualidades esencialmente constitutivas de los cuerpos, de esas cualidades que hacen que las cosas tengan una cierta forma y un cierto nombre: que adquieran bajo esa forma y bajo ese nombre una especie de personificación: que pertenezcan bajo ese nombre y bajo esa forma, a un género determinado que se designa por un sustantivo característico, como una casa, un reloj; y que sean, en fin, bajo esa forma y bajo ese nombre, especialmente propias a llenar tal o cual destino, a hacer tal o cual servicio en el orden de las necesidades del hombre.⁶³

sino también su forma constitutiva y manera de ser particular" (p. 212). El autor afirma que la sustancia de la cosa es la materia, su forma y su "manera de ser particular", con lo cual parecería que se refiere a la "esencia" de la cosa. BIBILONI (1930), al proyectar la sustitución del artículo 2807, estableció que el usufructuario debería limitar su uso y goce "de acuerdo a la naturaleza de la cosa, y sin alterar su forma y sustancia" (p. 374). Aquí aparece la referencia a "la naturaleza de la cosa".

⁶² Véase la referencia a BARTOLO en DEMOLOMBE (1880) *Traité de la Distinction des biens*, Paris, Durand & Pedone Lauriel-Hachette, p. 182. Luego de aquella referencia aparece la cita incorporada por Vélez en la nota al artículo 2807 del Código Civil.

⁶³ Se observa que DEMOLOMBE alude a cualidades *esencialmente* constitutivas, lo cual abre la puerta para pensar la sustancia en términos ontológicos. Sin embargo, se desprende de la lectura general de su explicación cierto alejamiento de aquella postura esencialista. Destacamos en la línea de DEMOLOMBE a LLERENA (1931): "sustancia de la cosa, en el sentido jurídico, no son los cuerpos que componen una cosa, sino el conjunto de esos cuerpos que vienen a formar un todo, perdiendo su nombre propio para tomar el especial con que se denomina a ese conjunto. Ese conjunto es el que el usufructuario está obligado a conservar en una forma que siempre mantenga el mismo nombre propio que tenía al tiempo de entregársela en usufructo. Así es que conservar la sustancia, en el lenguaje jurídico, equivale a decir: conservar la forma. Por ejemplo, el conjunto de ladrillos, cal, maderas, etcétera, etc. De que se compone una casa, no son la sustancia de la que habla la ley, sino la casa misma; no la conservaríamos en sustancia si la destruyese, aunque conservase todos los materiales de que se componía, pues ese hacinamiento de cuerpos ya no es lo que antes se llamaba casa, por más que todos estén allí" (p. 70).

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I
Dossier sobre el Código Civil y Comercial de la Nación

En alusión a la doctrina de DEMOLOMBE, VILLAVICENCIO (1951: 197) destaca:

[l]a técnica de esta doctrina reside, por tanto, (mediante la igualdad nombre-forma-destino) en substituir la voz substantia por la de forma substantialis. Una vez de esto realizado, todo consiste en dar contenido jurídico a esa forma substantialis, ya que a priori se ha prescindido del filosófico. Demolombe no vacila. Algunas veces —afirma— se expresa el ser que forma la substancia por varias palabras tomadas substantivamente, como, por ejemplo, una casa de comercio, una fábrica de hielo, etc. Con lo cual, el problema es de simple determinación del sustantivo o conjunto de expresiones substantivadas que definen la cosa; porque, a tenor de esta doctrina, puede hablarse de finca rústica hortícola; de predio urbano, de predio urbano habitable, o de predio urbano habitable mercantil. Así. Sucesivamente, podría llegarse a definiciones excesivamente concretas.

La teoría expuesta no quedó al margen de las críticas.⁶⁴ Quizá el punto más alto de la explicación de DEMOLOMBE sea la vinculación entre *forma* y *destino*, ya que la cosa bajo una forma determinada llena un destino al cumplir con un servicio en razón de las necesidades del hombre.

En la doctrina española, GARCÍA VALDECASAS (1951) ha brindado un interesante aporte al tema. El autor sostiene que “sustancia y forma son dos referencias a dos conceptos con

⁶⁴ VILLAVICENCIO (1951), observando la teoría de DEMOLOMBE, se pregunta “¿[c]ómo determinar cuál de las sucesivas expresiones substantivadas corresponde a la forma substancial y cuál no?” (p. 197). Y expresa: “[e]sto no lo explica Demolombe. Siguiéndole llegaríamos a establecer un tipo de forma substancial para cada una de las cosas existentes, con lo que, en una cosa cualquiera, el detalle más pequeño y sin importancia podría formar parte de la individualidad y al usufructuario estaría prohibido modificarlo” (*id.*). Entonces cabe la siguiente pregunta: ¿qué forma debe respetar el usufructuario? ¿La forma substancial o también los accidentes? Sobre estas preguntas ha trabajado BORRELL MACIÁ (1949), quien en relación a la separación de conceptos entre sustancia y forma en el Código Civil español ha dicho: “para evitar dudas y falsas interpretaciones, consignar expresamente, junto con la obligación de mantener la sustancia, la de conservar así mismo la forma de la cosa, empero refiriéndose a la substancial. Y es que sería un absurdo el prohibir, como norma general, la alteración de las formas accidentales, tal como por ejemplo, variar el color en el papel de una habitación, cortar el pelo a un perro, etc” (p. 1063).

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I

PEREZ PEJICIC, G. (2015) "El 'uso abusivo' como medio especial de extinción del usufructo", pp. 127-182.

ámbito propio, aunque siempre funcionan correlativamente" (p. 882),⁶⁵ pero luego de efectuada esta aclaración, comienza a delinear su postura (*id.*):

[]a noción de sustancia del Derecho no será la que tenga el metafísico, sino la que tenga la sociedad, el hombre cualquiera como miembro de ella. Y, por lo pronto, en nuestra lengua y en la creencia vulgar, más que la idea de permanencia, antes que la idea de permanencia, vive la noción de que la sustancia es lo valioso de la cosa, lo rico y enjundioso de ella.

De esta forma, GARCÍA VALDECASAS (1951) comienza a esbozar su teoría, ya que la sustancia de la cosa es lo que importa de ella. El catedrático español se pregunta: ¿por qué importan las cosas al Derecho? ¿Será por sus cualidades físicas? ¿Será por su forma? ¿Por su materia? Y se responde, "por nada de eso, absolutamente por nada de eso, sino tan solo por su valor: por lo que valen para los miembros de la comunidad jurídica". Aquí el *quid* de la idea de GARCÍA VALDECASAS (1951:888):

[]a conservación de la sustancia es la conservación del valor que encierra la conservación tanto de su potencial permanente como de su rendimiento normal; una merma de la productividad normal de la cosa es un ataque a su sustancia. Lo es también un aumento a costa de su potencial futuro.

Sin embargo, al autor le queda por delimitar la noción de *forma*, sobre la que expresa:

[]a forma de la cosa esta determinada a los efectos jurídicosociales, por la finalidad a que la cosa sirve; la forma es el destino propio de la cosa, esto es, el destino socialmente reconocido y estimado [...]. Este destino puede variar con independencia del valor, y el valor con independencia de él, pero constituye, lo mismo que el valor, un elemento que el Derecho ha de proteger, porque sobre él puede existir un interés legítimo.

⁶⁵ "El usufructo da derecho a disfrutar los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y sustancia, a no ser que el título de su constitución o la ley autoricen otra cosa" (art. 467, Cód. Civ. español). Se destaca la separación entre sustancia y forma.

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I
Dossier sobre el Código Civil y Comercial de la Nación

Traemos a colación la postura de GARCÍA VALDECASAS (1951) porque permite apreciar con toda claridad el desprendimiento de las ropas filosóficas y la vinculación de la forma al destino del objeto.⁶⁶ Sin embargo, el destino trae sus vericuetos y, para adentrarnos en aquéllos, el lector debe retener esta idea: *la forma de la cosa se determina por su destino*.

¿A que denominamos *destino* de las cosas? Sobre el punto existen dos criterios, a saber: el *subjetivo* y el *objetivo*. En primer lugar, según el criterio subjetivo, la forma implica los caracteres extrínsecos de las cosas que la hacen adecuada para el destino que el dueño le haya impuesto a ese objeto. Es subjetiva, ya que pone de relieve la voluntad del propietario de la cosa para marcar su destino.⁶⁷ Por otra parte, para el criterio objetivo, la forma implica

66 Sigue la postura de GARCÍA VALDECASAS, la catedrática MARÍN GARCÍA DE LEONARDO (1989) quien manifiesta: “[e]n cuanto a la forma, el análisis de los diversos textos nos pone de relieve que es difícil dar reglas fijas y absolutas, ya que dentro de las facultades que tiene el usufructuario cabe el libre aprovechamiento de la cosa, siempre que no llegue a destruirla o transformarla de tal forma que la convierta en otra distinta. Esto nos lleva a afirmar que, en cuanto a la forma, existirán unos límites que vienen marcados por esa destrucción o transformación de la cosa, por un lado; y por otra parte, por el destino propio de la misma. En este punto no podemos olvidar que la forma de la cosa a efectos jurídicos sociales vendrá determinada por la finalidad a que esa cosa sirve” (p. 820).

67 Continúa MANRESA Y NAVARRO (1905) cuando sostiene que la forma son los caracteres extrínsecos de la cosa, “lo que la hace apta o adecuada para el uso, destino o fin particular que el dueño la tuviese señalado” (p. 352). En este punto, no podemos pasar por alto el aporte que ha brindado el profesor VENEZIAN ya que dio un giro sobre el tema y sostuvo que la sustancia de la cosa equivale al destino específico que la cosa tiene en la economía del propietario. En otras palabras, el destino que debe respetar el usufructuario es de carácter *económico*. Así, VENEZIAN (1928) expresa que las cosas pueden “tener aptitudes para procurar múltiples especies de utilidad, y pueden variar sus aptitudes conservando su individualidad jurídica; y puesto que reside en la voluntad del que dispone de la suma de relaciones el elegir la función que ha de desempeñar la cosa, la sustancia de ésta reside en el destino que a ella le dé su dueño” (p. 314). Señala que el “destino económico” es el que determina (suministrando un criterio adecuado) la sustancia de las cosas corporales y de las universalidades de cosas. Argumenta el profesor de la Universidad de Bolonia, que “los cambios del aspecto exterior pueden no afectar a la forma sustancial cuando permanezca invariable el destino económico de la cosa; a la manera como la sustitución parcial de la materia, que en la misma especie distingue un individuo económico de otro, no implica, aunque se haga con materia homogénea, cambio de su individualidad” (*id.*). Es notable el aporte del profesor italiano, aunque no estuvo exento de críticas. VILLAVICENCIO (1951) objeta a VENEZIAN y expresa: “la equiparación entre sustancia y destino económico parece inexacta. Dada la base filosófica que el autor acepta, la sustancia —materia informada y actuada por la forma sustancial— puede ser primera o segunda, es decir, responder a un estado concreto e individual —esta casa, este anillo— o a un estado abstracto, universal —una casa, un anillo—. El primer problema estribaría en determinar a qué clase de sustancia se refiere el destino; parece Venezian referirse a la segunda, ya que habla de destino específico. Pero, sea de ello, lo que quiera en la concepción aristotélica sería el destino, a lo sumo, una propiedad específica del cuerpo, pero no se confundiría, por regla general, con la sustancia, ya que ésta sería precisamente la fuente de aquella propiedad” (pag. 200).

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I

PÉREZ PEJICIC, G. (2015) "El 'uso abusivo' como medio especial de extinción del usufructo", pp. 127-182.

los caracteres extrínsecos de la cosa que la hacen adecuada para cumplir su destino socialmente reconocido. Es objetivo, puesto que se aparta de la voluntad del propietario y centra su atención en el destino que la sociedad le asigna al objeto.⁶⁸ Sin ir más lejos, es la postura que sobre el *destino de las cosas* que toma GARCÍA VALDECASAS (1951).

b) La sustancia de las cosas en el Código Civil y Comercial de la Nación

Luego de repasar algunas ideas sobre la concepción filosófica o jurídica de la sustancia, debemos centrarnos en el tratamiento que el nuevo codificador hace del asunto.

i. Materia

Conforme a lo que establece el artículo 2129 del Cód. Civ. y Com., "hay alteración de la sustancia, si es una cosa, cuando se modifica su *materia*". Se alude a la "materia", lo cual complica el asunto, por cuanto el término abre la ventana al espíritu filosófico. En este sentido, resulta de interés la observación efectuada por VILLAVICENCIO (1951: 199),

[s]egún la filosofía escolástica, la materia no es ni substancia determinada ni cantidad. Es un algo potencial distinto del ser actual y de la nada. Por ello, no es directamente cognoscible, y a su conocimiento sólo puede llegarse por un razonamiento impropio y de manera indirecta y discursiva. ¿Cómo, pues, podrá la parte juzgar, ni el Juez decidir, sobre una alteración en la materia? Podrá determinarse un cambio en la forma substancial o en los

Destacamos a BIBILONI (1930), quien al tratar de las obligaciones del usufructuario alude a al uso y goce de la cosa "de acuerdo al destino económico que tenía al serle entregada, y conforme con las reglas de una administración juiciosa" (p. 385).

⁶⁸ Encontramos interesante el artículo 1622 del Anteproyecto de Código Civil de 1954, que al definir el usufructo proyectaba en su primer párrafo: "[e]l usufructuario tendrá derecho al uso y goce completos de la cosa, salvo la exclusión de determinados provechos o utilidades. En todos los casos deberá respetar el destino económico y social de la cosa". El citado artículo, posee una nota del maestro LLAMBÍAS (1968), quien señalaba que: "[h]emos creído conveniente reemplazar el concepto de 'substancia' que resulta equivoco, por el de 'destino económico y social', más ajustado a las disposiciones constitucionales vigentes" (p. 640); pero, luego, en el artículo 1636, al aludir a las *obligaciones del usufructuario* en el inciso 1º, sólo hace referencia al "destino económico".

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I
Dossier sobre el Código Civil y Comercial de la Nación

accidentes, pero no en la materia —pura potencia — propiamente dicha.⁶⁹

ii. Forma

Según lo dispuesto por el artículo 2129 del Cód. Civ. y Com., “hay alteración de la sustancia, si es una cosa, cuando se modifica su [...] *forma*”. De esta manera, no podría aplicarse la separación de conceptos entre sustancia y forma como aparece en el Código Civil español y en la teoría de GARCÍA VALDECASAS (1951), ya que la forma hace a la sustancia en el Cód. Civ. y Com. Sin perjuicio de ello, no podemos desconocer el atractivo de la idea expuesta por GARCÍA VALDECASAS al definir la sustancia en razón del valor del objeto. Por otro lado, podríamos vincular los conceptos de forma y destino, y aplicar las referencias que hemos realizado al tratar la concepción jurídica de sustancia. Así, el usufructuario debe respetar la forma substancial (no creemos que se extienda a los accidentes) que se determina según el destino del objeto.

iii. Destino

Por último, el artículo 2129 del Cód. Civ. y Com. reza: “hay alteración de la sustancia, si es una cosa, cuando se modifica su [...] *destino*”. Si tomamos la concepción jurídica de sustancia y vinculamos forma y destino, toma relieve esta última noción. Así, el artículo 2145, bajo el epígrafe “destino”, establece que “el uso y goce por el usufructuario debe ajustarse al destino de los bienes del usufructo, el que se determina por la convención, por la naturaleza de la cosa o por el uso al cual estaba afectada de hecho”. Por esta razón, la aplicación del uso y goce del usufructuario debe ser conforme al fin de la cosa dada en usufructo. Ese fin puede provenir de la convención, de la naturaleza o de la afectación de hecho de la cosa.

El destino de la cosa se determina en primer lugar *por la convención*. De esta manera, durante la negociación, el dueño de la cosa —el único que puede incidir en su sustancia— conviene con el futuro usufructuario el destino del objeto, dejándolo expresamente

⁶⁹ El profesor MUSTO (2000) señalaba que la palabra “sustancia” no está “usada en un sentido ontológico, *tampoco designa la materia con la que la cosa está hecha o construida*, sino que la norma alude al conjunto de cualidades que determinan la entidad de una cosa, que la diferencian de las demás al darle una utilidad o destino definido” (p. 13) (el destacado es nuestro).

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I

PEREZ PEJICIC, G. (2015) "El 'uso abusivo' como medio especial de extinción del usufructo", pp. 127-182.

plasmado en el acto constitutivo. Esto equivale a sostener que el primer parámetro para determinar el destino de la cosa es el criterio subjetivo. Ahora bien, si el propietario no dejara asentado tal destino, existen dos disposiciones que operan con carácter subsidiario: 1) la naturaleza de la cosa, y 2) el uso al que estaba afectada de hecho.

El artículo 2878 del Código Civil de Vélez establecía: "[e]l usufructuario debe usar de la cosa como lo haría el dueño de ella, y usarla en el destino al cual se encontraba afectada antes del usufructo", y en la nota a tal norma se ejemplificaba: "[e]l usufructuario no podrá convertir una casa de habitación, en fonda o posada, ni una fonda o posada en casa de habitación". Inclusive, podía leerse en la nota al artículo 2863 que "[e]l derecho del usufructuario es, sin duda, el derecho de gozar de los bienes como el propietario mismo. Es preciso no tomar en un sentido absoluto la expresión "como el propietario mismo". Así, por ejemplo, no podría convertir una viña en un campo de pastos, ni transformar el bosque en una tierra de labor. El usufructuario está obligado sobre todo a conservar la sustancia o condición de la cosa.⁷⁰ En síntesis, el respeto al "uso al que estaba afectada de hecho la cosa" remite al criterio subjetivo. Si no surge un marcado destino dado por el propietario con anterioridad al usufructo, el usufructuario debe respetarla naturaleza de la cosa. ¿En qué consiste el destino en razón de la naturaleza de la cosa? Consideramos que alude al destino que la sociedad le asigna generalmente al tipo de objeto sobre el cual recae el usufructo, es decir, receptando el criterio objetivo.

c) La sustancia de los derechos en el Código Civil y Comercial de la Nación.

El artículo 2129 del Cód. Civ. y Com. dispone "hay alteración de la sustancia, [...] si se trata de un derecho, cuando se lo *menoscaba*". Ergo, cuando el usufructo tenga por objeto un

⁷⁰ SALVAT (1959) señala que "la palabra sustancia, debe entenderse en el sentido de cualidades constitutivas de la cosa, cualidades cuya desaparición implicaría que ella dejaría de ser lo que antes era: así, el usufructuario no está autorizado para hacer sufrir a la cosa dada en usufructo transformaciones que la desnaturalicen, por ejemplo, no puede transformar una viña en un prado, ni un terreno de quinta de verdura en terreno destinado a la fabricación de hornos de ladrillo, ni convertir un jardín en un lago, porque en todos estos casos, la cosa dejaría de ser lo que antes era. Pero el principio sentado en las palabras que analizamos, debe combinarse con el derecho que el usufructuario tiene al uso y goce de la cosa, y es por eso que la doctrina admite que cuando ella ha sufrido por la acción del tiempo y del uso modificaciones que hacen imposible utilizarla como antes estaba, el usufructuario puede transformarla: así, el usufructuario de una viña está autorizado para convertirla en quinta de frutas o verduras, en el caso que habiéndose hecho demasiado vieja, los frutos de ella o puedan compensar ya los gastos de cultivo" (p. 251).

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I
Dossier sobre el Código Civil y Comercial de la Nación

derecho, el usufructuario estará obligado a no menoscabarlo. Rápidamente surge la pregunta: ¿de qué manera se “menoscaba” un derecho?⁷¹

Según el Diccionario de la Real Academia Española, el término “menoscabar” tiene tres acepciones, de las cuales dos aplican a nuestro estudio. En un primer sentido, significa “disminuir algo, quitándole una parte, acortarlo, reducirlo”; mientras que en segundo lugar significa “deteriorar y deslustrar algo, quitándole parte de la estimación o lucimiento que antes tenía”. Podrían conjugarse ambos sentidos diciendo que “menoscabar” implica disminuir o deteriorar algo, quitándole una parte. Mas llevando esta idea al campo que nos interesa, la alteración de la sustancia de un derecho implica deteriorarlo, quitándole *algo* de la estimación que antes tenía. Aunque deberíamos preguntarnos ¿en qué consiste ese algo que deteriora el derecho? En nuestro entendimiento, es el valor económico del derecho y su aptitud para generar ganancia. Por esta razón, el deber de conservar la sustancia recae sobre “el valor y su capacidad productiva”, cuya alteración produce la merma del derecho.⁷² En virtud de lo expuesto, concluimos que la sustancia de los derechos encierra un concepto completamente jurídico de la noción de sustancia.

⁷¹ Por otra parte, ya el maestro PEPE (2011) se preguntaba también en qué consiste el menoscabo del derecho gravado. Con su profunda visión, enseñaba que la conservación de la sustancia del derecho gravado “consiste en no poder modificar sus elementos sustanciales, como el objeto y la causa del objeto gravado y, en algunas situaciones, el cambio de sujetos” (p. 195). De esta manera, PEPE señala que “dicha limitación de las facultades del usufructuario de derechos (o sus cesionarios) está íntimamente vinculada a los actos de disposición del mismo que gravitan sobre su sustancia” (*id.*). Así, el profesor señala como ejemplos de actos que menoscaban el derecho gravado, la compensación ya que extingue total o parcialmente el crédito, o la alteración de la cuota de distribución entre los coacreedores, si el usufructo recae sobre un crédito divisible, mientras que asevera que “la sustitución de sujetos no implica un menoscabo del derecho gravado, siempre que no se alteren los derechos del nudo propietario del crédito, conforme a su título” (*id.*).

⁷² Citamos, como ejemplo, el usufructo sobre la parte indivisa en el condominio y el usufructo de acciones. Sobre este último, el profesor AZTIRIA (1956) ha expuesto que “la sustancia en esta materia, consiste en el derecho de participación social, el *status socii*, incorporado al título, revistiendo dos aspectos esenciales, en parte de naturaleza cuasipolítica y en parte económica” (p. 93). Agrega el autor, “en el caso de división dominical [...] el nudo propietario conserva la cualidad jurídica de accionista, con todas las consecuencias de derecho que lleva consigo, mientras que el usufructuario —titular del *jus utendi* y del *jus fruendi*— no tiene más que el derecho temporal y básico del disfrute de la acción; es decir, la percepción de los frutos o rentas de ella” (*id.*). De esta forma, el usufructuario “debe respetar el pacto social que rige las relaciones de la compañía con el nudo propietario y deberá aceptar las resoluciones de la asamblea de accionistas que disponga la distribución de utilidades en forma de dividendo, como así también la capitalización de parte de ellos y su incorporación al activo social; siempre, naturalmente, que esas decisiones se ajusten a las disposiciones legales y estatutarias” (*id.*).

V. La extinción de otros derechos reales por su "uso abusivo"⁷³

El Cód. Civ. y Com. no sólo contempla el uso abusivo como causal de extinción del derecho de usufructo, sino que reserva igual sanción para el caso de uso abusivo del derecho real de prenda. Así, el primer párrafo del artículo 2226, bajo el epígrafe "uso y abuso", ordena que el acreedor prendario "en ningún caso puede *abusar* en la utilización de la cosa ni perjudicarla de otro modo". No obstante, la norma continua: "[e]l incumplimiento de lo dispuesto en el primer párrafo de este artículo, da derecho al deudor a [...] dar por extinguida la garantía y que la cosa le sea restituida" (art. 2226, inc. a). En otras palabras, el deudor prendario tiene determinados derechos frente al uso abusivo de la prenda, uno ellos es solicitar la extinción del derecho real y la entrega de la cosa.⁷⁴

Fuera del usufructo y de la prenda, el Cód. Civ. y Com. no contempla expresamente la extinción de otros derechos reales por su uso abusivo, aunque remarcamos otros tres supuestos. El primer supuesto está dado por los derechos reales de uso y habitación. El usuario y el habitador, por definición, deben conservar la sustancia del objeto sobre el cual se asientan sus derechos (arts. 2154 y 2158). A su vez, los artículos 2155 y 2159 establecen, bajo el epígrafe "normas supletorias", que los derechos reales de uso y habitación se rigen por "las normas del Título VIII de este Libro, a excepción de las disposiciones particulares establecidas en el presente". El reenvío a las normas que regulan el "usufructo" es claro y, como no existe disposición en contrario en materia de uso y habitación que impida aplicar la extinción por uso abusivo, concluimos que el artículo 2152, inciso d), les es aplicable.⁷⁵

⁷³ Por exceder del presente trabajo que se ciñe al usufructo, no ahondaremos en la extinción por el uso abusivo del uso, la habitación, la prenda, la anticresis y de la superficie cuando asume la modalidad de "derecho de construir, plantar o forestar". Ello queda pendiente para la realización de un futuro trabajo.

⁷⁴ Si bien la norma sólo faculta al deudor, creemos que no hay motivos para extender iguales potestades al propietario no deudor que le brinda garantía prendaria a una obligación ajena.

⁷⁵ En el Anteproyecto de reforma al Código Civil, BIBILONI afirmaba que se reproducía el artículo 2969, pero agregando en párrafo separado: "[e]l derecho de habitación se extingue por el abuso grave del habitador que el juez calificara según las circunstancias". En su comentario, BIBILONI (1930) explicaba la solución: "[e]l artículo 2969, que se toma de los escritores citados en su nota, no tiene en ellos el mismo alcance que en el código; porque este no admite que el usufructo se extingue por abuso del goce como lo hace el Código francés. Es insoportable, sobre todo en la habitación de parte de una casa, el abuso de todo género que puede el habitador hacer, especialmente por la admisión de huéspedes poco recomendable. El remedio del usufructo en tales casos de abuso, es decir, el nombramiento de administrador, es imposible —artículo 2963— desde que la habitación es esencialmente personal" (p.

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I
Dossier sobre el Código Civil y Comercial de la Nación

El segundo caso es el del derecho real de anticresis. El artículo 2216 contiene los *deberes* del acreedor anticresista, tales como conservar la cosa. A su vez, salvo pacto en contrario, al acreedor le está vedado modificar el destino de la cosa o realizar algún cambio del que resulta que el deudor, después de pagada la deuda, no pueda explotarla de la manera que antes lo hacía. Sin embargo, lo interesante surge del último párrafo del artículo 2216: “[e]l incumplimiento de estos deberes extingue la garantía y obliga al acreedor a restituir la cosa al titular actual legitimado”. Se observa que, en materia de anticresis, la norma no alude al mentado uso abusivo, pero el incumplimiento de los deberes impuestos produce el mismo efecto que el uso abusivo, es decir, la extinción del derecho real. En este caso, creemos que, aunque la ley no lo señale, la anticresis se extingue por uso abusivo.

El último supuesto que abordamos es el del derecho real de superficie. Si bien la nueva legislación civil no alude a su eventual extinción por uso abusivo, el Cód. Civ. y Com. introduce una norma que creemos clave. El artículo 2127, bajo el epígrafe “normas aplicables al derecho de superficie”, dispone: “[s]on de aplicación supletoria las normas relativas a las limitaciones de uso y goce en el derecho de usufructo, sin perjuicio de lo que las partes hayan pactado al respecto en el acto constitutivo”. Si al constituirse la superficie, no existen construcciones o plantaciones, este derecho real asume la modalidad de “derecho de construir, plantar o forestar” y es susceptible de quedar sujeto a extinguirse por uso abusivo.⁷⁶ Pensamos que el superficiario puede incurrir, por ejemplo, en ejercicio abusivo de su derecho si altera la sustancia de un modo no convenido o si en el caso de plantaciones o forestación incumple con los deberes impuestos por las normas generales y específicas dictadas para la protección del ambiente. Así, en virtud de la remisión que permite el

443). Igual solución preveía el Anteproyecto de Código Civil de 1954, ya que en el artículo 1671 puede leerse lo siguiente: “[e]l derecho de habitación se extinguirá por abuso grave, calificado por el juez según las circunstancias”— El profesor ALLENDE (1963) comentando aquella “nueva causal de extinción de la habitación” manifestaba: “[c]onsidero muy adecuada esta nueva causa de extinción del derecho de habitación. Mas, aun entiendo que podría ser de carácter general e integrar por tanto las causales de extinción del usufructo” (p. 294).

⁷⁶ En este caso, el Cód. Civ. y Com. sigue la teoría que entiende que el “derecho de construir, plantar o forestar” se asienta sobre el suelo, es decir, una cosa ajena (art. 1888), y el titular de esta modalidad de la superficie irá adquiriendo paulatinamente el derecho de hacer propio lo construido, plantado o forestado. Por ello es coherente que el artículo 2127 remita a las normas que limitan el uso y goce del usufructo (derecho real sobre bien ajeno) cuando la superficie reviste esa modalidad. Entonces podemos pensar que mientras el superficiario ejerza su derecho (construyendo o plantando) deberá respetar la sustancia del suelo ajeno. Con una particularidad: a medida que construye o planta, altera la sustancia del suelo (aunque quedaría en pie el destino impuesto), es decir, altera la sustancia sin que ello sea “uso abusivo” en la medida que la alteración sea conforme a lo que las partes acordaron.

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I

PEREZ PEJICIC, G. (2015) "El 'uso abusivo' como medio especial de extinción del usufructo", pp. 127-182.

artículo 2127 podríamos sostener la extinción por uso abusivo del derecho de superficie en su modalidad de "derecho de construir, plantar o forestar".

VI. Concepto final

A lo largo del trabajo hemos expuesto algunas nociones de lo que consideramos como ejercicio regular del usufructo. Dijimos que el ejercicio regular del usufructo se configura cuando en base al ordenamiento jurídico, se ajusta la utilización de aquel derecho real para la realización de su fin. Por otra parte, sostuvimos que el usufructuario ejerce de forma regular su derecho real cuando utiliza sus potestades de acuerdo a las expectativas socio-ambientales que integran su finalidad; y manifestamos que el ejercicio regular del usufructo implica no sólo el respeto de los intereses socio-ambientales, sino también el cumplimiento del deber de conservar la sustancia. Para finalizar, brindamos dentro de nuestra tesis la noción *global* de ejercicio regular del usufructo. El mentado "ejercicio regular" implica la utilización del usufructo de acuerdo con lo previsto en el acto constitutivo y en el ordenamiento jurídico, destacando el deber de conservar la sustancia; y ajustando la utilización del derecho real a su finalidad en sus distintas fases, con especial referencia al respeto de la faz social y faz ambiental.

Creemos en las bondades de este concepto de ejercicio regular. En primer lugar, el profesional del Derecho tendrá una pauta interpretativa que lo guíe de un modo básico hacia el entendimiento del uso abusivo. Por otra parte, dará fuerza a la nueva mirada que pretendemos sobre los derechos reales, en donde éstos no aparecen divorciados de los intereses de la comunidad y del mayor bien al ambiente en donde la sociedad en su conjunto crece en el presente y se desarrollará en el futuro. Así, el uso abusivo implica la utilización del usufructo de manera tal que los intereses del usufructuario sobrepasan los límites socio-ambientales impuestos o cuando teniendo la posibilidad no ajusta su derecho a su función social o función ambiental. En palabras de nuestra renovada teoría orgánica de la propiedad, el uso abusivo envuelve al avasallamiento de la faz individual por sobre la social o la ambiental, y aún la primacía de la faz social por encima de la ambiental.

Bibliografía

- ADROGUÉ, M. (1991) *El derecho de propiedad en la actualidad. Introducción a sus nuevas expresiones*, Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- ALTERINI, J. (1970) *La locación y los derechos reales con función equivalente*, La Plata, Editora Platense.
- (2014) “Relatividad de los derechos en concreto. Antijuridicidad circunstanciada: Quid del llamado abuso del derecho”, publicado en *La Ley* 2014-C-1012.
- ALTERINI, J. y ALTERINI, I. (2015) en ALTERINI J. (dir.) *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético. Derechos reales*, Buenos Aires, La Ley, tomo X.
- ALLENDE, G. (1967) *Panorama de derechos reales*, Buenos Aires, La Ley.
- (1963) *Tratado de las servidumbres*, Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- ALSINA ATIENZA, D. (1935) *Efectos jurídicos de la buena fe*, Buenos Aires, Taller Gráfico L. Rosso.
- AZTIRIA, E. (1956) *Usufructo de acciones de Sociedades Anónimas*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina.
- BIBILONI, J. (1930) *Anteproyecto de Reformas al Código Civil argentino*. Presentado a la Comisión encargada de redactarlo (derechos reales), Buenos Aires, Valerio Abeledo Editor.
- BIONDI, B. (1961) *Los bienes*, Barcelona, Bosch.
- BORDA, G. (2013) *Tratado de derecho civil. Parte general*, Buenos Aires, La Ley.
- (1978) *Tratado de derecho civil. Derechos reales*, Buenos Aires, Editorial Perrot.
- (1971) *La reforma de 1968 al Código Civil*. Buenos Aires, Editorial Perrot.
- BORRELL MACIÁ, A. (1949) “Algunas consideraciones sobre la conservación de la sustancia en el usufructo” en *Revista de Derecho Privado*, volumen 33, enero-diciembre 1949, Madrid.
- BRAIDOT, E. (2014) en RIVERA, J. y MEDINA, G. (dirs.) y ESPER, M. (Coord.) *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Buenos Aires, La Ley, tomo V, pp. 711-56.
- BUSTAMANTE ALSINA, J. (1995) “El orden público ambiental”, publicado en *La Ley* 1995-E-916.
- CAFFERATTA, N. (2015) “La cuestión ambiental en el Código Civil y Comercial”, en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Buenos Aires, volumen 2015-4, La Ley, pp. 304-35.

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I

PÉREZ PEJICIC, G. (2015) "El 'uso abusivo' como medio especial de extinción del usufructo", pp. 127-182.

CAUSSE, F. y PETTIS, C. (2015a) en CALVO COSTA C. (dir.) *Código Civil y Comercial de la Nación. Concordado, comentado y comparado con los Códigos Civil de Vélez Sarsfield y de Comercio*, Buenos Aires, La Ley, tomo III, pp. 329-60.

— (2015b) *Incidencias del Código Civil y Comercial. Derechos reales*, Buenos Aires, Hammurabi.

CASTELLI, L. (2001) *Conservación de la naturaleza en tierras de propiedad privada*, ARCA FARN, Buenos Aires, Edigraf.

CIURO CALDANI, M. (2004) "Aspectos filosóficos de la buena fe", en CÓRDOBA, M. (Dir.) y GARRIDO CORDOBERA, L. y KLUGER V. (coords.) *Tratado de la Buena Fe en el derecho*, Buenos Aires, La Ley, tomo I, pp. 3-23.

COLIN, A. y CAPITANT, H. (1922) *Curso elemental de derecho civil*, Madrid, Reus.

COSSARI, N. (2015) en ALTERINI, J. (dir.) *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético. Derechos reales*, Buenos Aires, La Ley, tomo X.

DE LA FUENTE, H. (2003) *Orden público*, Ciudad de Buenos Aires, Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.

DÍEZ-PICAZO, L. (1977) "Prólogo" en WIEACKER, F. *El principio general de la buena fe*, Madrid, Civitas.

DUGUIT, L. (1912) *Las transformaciones generales del Derecho privado desde el Código de Napoleón*, Madrid, Francisco Beltrán Librería Española y Extranjera.

FINNIS, J. (2000) *Ley natural y derechos naturales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

FRANCISCO (2015) *Carta Encíclica. Laudato Sí. Sobre el cuidado de la casa común*, 24 de mayo de 2015. Consultado en [<http://w2.vatican.va>] el 29.05.2015.

GARRIDO CORDOBERA, L. (2015) "Derechos individuales y de incidencia colectiva en el Código Civil y Comercial", en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Buenos Aires, La Ley, volumen 2015-3, pp. 13-26.

GATTI, E. (2006) *Derechos Reales. Teoría General*, Buenos Aires, Lajouane.

GATTI, E. y ALTERINI, J. (2005) *El derecho real. Elementos para una teoría general*, Buenos Aires, LexisNexis.

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I
Dossier sobre el Código Civil y Comercial de la Nación

- GARCÍA VALDECASAS, A. (1951) “La idea de sustancia en el Código civil”, en *Revista de Derecho Privado*, tomo XXXV (Enero-Diciembre), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, pp. 881-91.
- GUIBOURG, R. (2014) “¿Qué son los derechos constitucionales?” en RIVERA, J. (h) (dir.) *Tratado de los derechos constitucionales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, tomo I, pp. 52-80.
- HERRERA, M. y CAMELO, G. (2015) en HERRERA, M., CAMELO, G. y PICASSO, S. (dirs.) *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Título Preliminar y Libro Primero. Artículos 1 a 400, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Presidencia de la Nación, Buenos Aires, Infojus, pp. 5-49.
- HIGHTON, E. (2015) “Título Preliminar del Código Civil y Comercial. Principios generales del derecho argentino”, Trabajo presentado a Rubinzal (en prensa).
- HUMPHREYS, E. (2014) en CURÁ, J. (dir.) y GARCÍA VILLALONGA (comp.) *Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Orientado para contadores*, Buenos Aires, La Ley, tomo V, pp. 553-616.
- JOSSEAND, L. (1950) *Derecho Civil. Teorías generales del derecho y de los derechos. Las personas*, Buenos Aires, ediciones jurídicas Europa-América Bosch y Cía. Editores.
- (1950) *Derecho Civil. La propiedad y los otros derechos reales y principales*, Buenos Aires, ediciones jurídicas Europa-América Bosch y Cía. Editores.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (2015) “Pautas para interpretar el Código” en *Código Civil y Comercial. Concordado con el régimen derogado y referenciado con legislación vigente*, Buenos Aires, Astrea, pp. 1-15.
- KIPER, C. (2013) “El Proyecto de Código y el derecho real de usufructo”, publicado en *La Ley* 2013-B-1101.
- LAFAILLE, H. (2010) *Derecho Civil. Tratado de los Derechos Reales*. 2° edición actualizada y ampliada por Jorge Horacio Alterini, Buenos Aires, La Ley – Ediar.
- LAMBER, N. (2015) en CLUSELLAS, E. (coord.) y ABELLA A. (colab.) *Código civil y comercial: comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, Buenos Aires, Astrea, tomo 1, pp.1-73.
- LAVALLE COBO, J. y FORNARI, M. (1979) en BELLUSCIO, A., ZANNONI, E., y KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. *Código Civil y leyes complementarias: comentado, anotado y concordado*, Buenos Aires, Astrea, tomo 11, pp. 1004-1240.

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I

PEREZ PEJICIC, G. (2015) "El 'uso abusivo' como medio especial de extinción del usufructo", pp. 127-182.

LLAMBIÁS, J. (2007) *Tratado de derecho civil. Parte general*, vigésima primera edición actualizada por Patricio Raffo Benegas, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

— (1968) *Anteproyecto de Código Civil de 1954 para la República Argentina*, Tucumán, Universidad Nacional de Tucumán. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.

LLERENA, B. (1931) *Concordancias y comentarios del código civil argentino*, tercera edición aumentada, Buenos Aires, Librería y Editorial "La Facultad".

LORENZETTI, R. (2014) en LORENZETTI, R. (dir.), DE LORENZO M. y LORENZETTI P. (coords.) *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, tomo I, pp. 25-86.

LORENZETTI, R. (2008) *Teoría del derecho ambiental*, Buenos Aires, La Ley.

LÓPEZ OLACIREGUI, J. (1964) "Adición a los números 250/251" en SALVAT, R. *Tratado de derecho civil argentino. Parte general*, Buenos Aires, TEA, tomo I.

MACHADO, J. (1898) *Exposición y Comentario del Código Civil Argentino*, Buenos Aires, Lajouane.

MALIZIA, R. y FOGNINI, A. (2012) en RIVERA, J. (dir.) *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, pp. 1053-71.

MANRESA Y NAVARRO, J. (1905) *Comentarios al Código Civil Español*, con la colaboración de varios jurisconsultos y una introducción del Exmo. Sr. D. Francisco De Cárdenas, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación.

MARIANI DE VIDAL, M. (1970) *Derechos reales de disfrute sobre la cosa ajena*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T. (1989) "Notas sobre el derecho de disfrute del usufructuario" en Anuario de Derecho Civil, tomo XLII, fasc. III, julio-septiembre 1989. Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, pp. 813-68.

MOLINA QUIROGA, E. (2015) *Manual de derechos reales*, Buenos Aires, La Ley.

MUSTO, N. (2000) *Derechos reales*, Buenos Aires, Astrea.

NONNA, S. (2008) "La protección ambiental en las normas del nuevo milenio. Un nuevo rumbo" en DEVIA L. (coord.) *Nuevo rumbo ambiental*, Buenos Aires-Madrid, Ciudad Argentina, pp. 11-137.

ORGAZ, A. (1971) "Abuso del derecho", publicado en LL 143-1971-1217.

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I
Dossier sobre el Código Civil y Comercial de la Nación

PEÑA CHACÓN, M. (2015) “La transversalidad del derecho ambiental y su influencia sobre el instituto de la propiedad y otros derechos reales”, consultado en [<http://www.academia.edu>] el 28.06.2015.

PEPE, M. (2011) “Usufructo de fondo de comercio” en LAMBER R. (dir.) *Usufructo. Aplicaciones civiles y comerciales*, Buenos Aires, Heliasta, pp. 183-223.

PEPE, M. y MENDIZÁBAL, G. (2009) “El orden público y la rigidez o flexibilidad en los derechos reales”, publicado en *La Ley* 2009-D-871.

PERETTI, E. (2014) *Ambiente y propiedad*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores.

PÉREZ PEJIC, G. (2014) “Primer ensayo sobre la función ambiental de la propiedad”, *Lecciones y Ensayos*, N° 92, 2014, Buenos Aires, Eudeba, pp. 129-69.

— (2015a) Comentarios a los artículos 239, 240 y 241 en HERRERA, M., CAMELO G. y PICASSO, S. (dirs.) *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Título Preliminar y Libro Primero. Artículos 1 a 400, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Presidencia de la Nación, Buenos Aires, Infojus, pp. 397-406.

— (2015b) “El ejercicio regular del usufructo y su uso abusivo. Estudio socio-ambiental desde el Código Civil y Comercial Unificado”, *Revista Jurídica de Daños*, IJ Editores, Cita: IJ-LXXVII-707.

PIGRETTI, E. (2004) “La buena fe en el derecho ambiental”, en CÓRDOBA, M. (dir.) y GARRIDO CORDOBERA, L. y KLUGER, V. (coords.) *Tratado de la Buena Fe en el derecho*, Buenos Aires, La Ley, tomo I, pp. 965-78.

PLANIOL, M. y RIPERT, J. (1930) *Tratado práctico de derecho civil francés*. “Los bienes” con el concurso de Mauricio Picard, Habana, editor Juan Buxo.

— (1936) *Tratado práctico de derecho civil francés*. “Obligaciones” con el concurso de Pablo Esmein, Habana, editor Juan Buxo.

PRIETO MOLINERO, R. (2012), “El abuso del derecho y el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012”, vol. 2012-2, Buenos Aires, Infojus, pp. 209-240.

RABINOVICH-BERKMAN, R. (2000) *Derecho civil: parte general*, Buenos Aires, Astrea.

RABBI-BALDI CABANILLAS, R. y SOLÁ, E. (2014) en RIVERA, J. y MEDINA, G. (dirs.) y ESPER, M. (coord.) *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. Buenos Aires, La Ley, tomo I, pp. 81-109.

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I

PEREZ PEJICIC, G. (2015) "El 'uso abusivo' como medio especial de extinción del usufructo", pp. 127-182.

RIPERT, G. (1941) *La regla moral en las obligaciones civiles*, tercera edición, traducida del francés por Carlos Julio Latorre C., Bogotá, Editada por la Universidad Nacional.

RIPERT, G. y BOULANGER, J. (1979) *Tratado de derecho civil según el tratado de Planiol*, Buenos Aires, La Ley.

RUIZ-GIMÉNEZ, J. (1963) "La propiedad" en BRUGAROLA M. *et al*, *Comentarios a la Mater et Magistra*, traducción de José Luis Gutiérrez García y Luis Ortiz Muñoz, segunda edición mejorada, Madrid, Biblioteca de autores cristianos, pp. 405-65.

SALVAT, R. (1964) *Tratado de derecho civil argentino. Parte general*, edición del cincuentenario actualizada por José María López Olaciregui, Buenos Aires, TEA, tomo I.

— (1959) *Tratado de derecho civil argentino. Derechos Reales*, Quinta edición, actualizada con textos de doctrina legislación y jurisprudencia por Manuel J. Argañarás, Buenos Aires, TEA, tomo III.

SEGOVIA, L. (1933) *El Código Civil de la República Argentina su explicación y crítica bajo la forma de notas*, Buenos Aires, Librería y Editorial "La Facultad".

THUR, A. (1946) *Derecho Civil. Teoría general del derecho civil alemán*, prólogo por el Profesor Tullio Ascarelli, Buenos Aires, Depalma.

URBAJENA, M. (2012) "Usufructo" en LAFFERRIÈRE, J. (comp.) *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012. Informe especial*, Pontificia Universidad Católica Argentina Facultad de Derecho, Buenos Aires, El Derecho, pp. 603-07.

VAN GELDEREN, S. (1990) "Reseña histórica del nacimiento y evolución del concepto de desarrollo sustentable", *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, t. XIX, Buenos Aires, pp. 69-93.

VARIZAT, A. (2015) en GARRIDO CORDOBERA L., BORDA A. y ALFERILLO P. (dirs.) *Código Civil y Comercial: Comentado, anotado y concordado*, Buenos Aires, Astrea, tomo I, pp. 17-9.

VENEZIAN, G. (1928) *Usufructo, uso y habitación*, anotada con arreglo a las legislaciones españolas y americanas por José Castan Tobeñas, Madrid, Biblioteca de la Revista de Derecho Privado Serie B Vol. VII, Librería General de Victoriano Suarez.

VIGO, R. (2003) *De la ley al derecho*, México, Porrúa.

VILLAVICENCIO, F. (1951) "Salva rerum substantia en el usufructo propio", *Revista de Derecho Privado*, Tomo XXXV (Enero-Diciembre 1951), número 408, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, pp. 189-206.

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I
Dossier sobre el Código Civil y Comercial de la Nación

VIVES, L. (2009) "Uso abusivo como causal de extinción del usufructo. ¿O existe otra solución?", publicado en *JA* 2009-IV-1206.

WIEACKER, F. (1977) *El principio general de la buena fe*, Madrid, Civitas.

WOLFF, M. (1948) en ENNECCERUS, L., KIPP, T., WOLFF, M. *Tratado de derecho civil. Derecho de cosas*, octava revisión, Buenos Aires, Bosch, tomo III, volumen II.