

*Pontificia Universidad Católica del Perú*

**FACULTAD DE DERECHO**



**La Diferencia entre el Arrendamiento  
y el Usufructo**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO DE  
BACHILLER EN DERECHO**

**PRESENTADA POR:  
JUAN JOSE LAZARO CARTY**

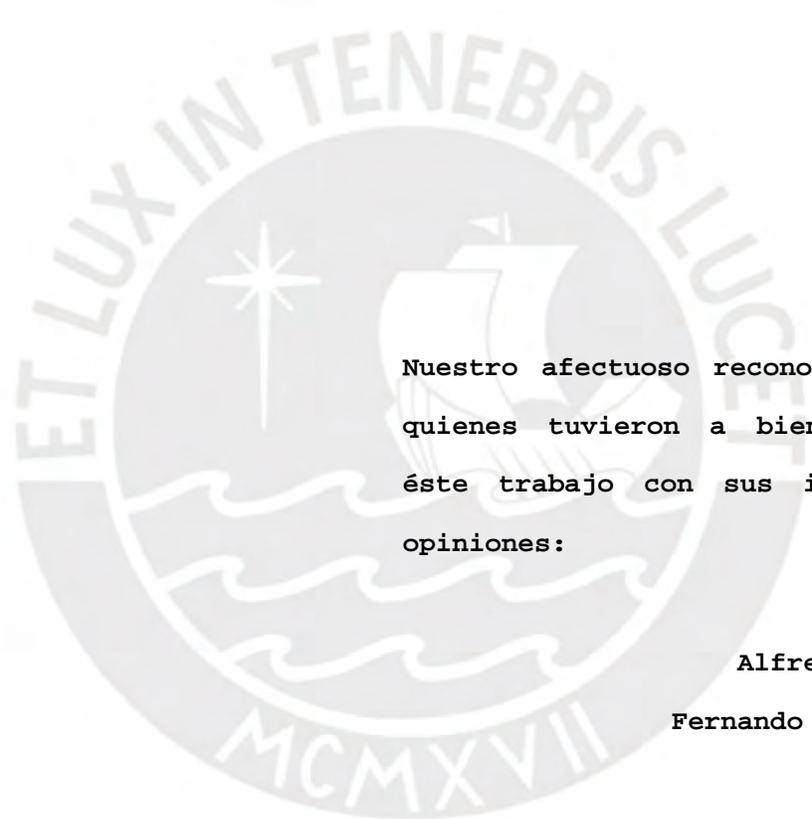
**TD  
1  
2100**

**LIMA - PERU  
1991**





A mis padres, Juan y Nena,  
por su amor y ejemplo  
invalorables que guían nuestros  
pasos.



Nuestro afectuoso reconocimiento a quienes tuvieron a bien orientar éste trabajo con sus importantes opiniones:

Alfredo Bullard

Fernando Cantuarias

Hugo Forno

Hugo Morote

## INDICE

INTRODUCCION	I
CAPITULO 1: EL MARCO TEORICO	2
1.1. Ideas Preliminares	2
1.2. Presupuestos Metodológicos	4
1.2.1. La utilización de "modelos"	4
1.2.2. La eliminación de categorías conceptuales y problemas desprovistos de significado.	13
1.2.3. Reconocimiento de que el Derecho no puede explicarse a si mismo.	17
1.3. Nuestro Modelo de Derecho.	23
1.4. Arrendamiento y Usufructo, relaciones jurídico-patrimoniales.	32
NOTAS AL CAPITULO 1	42
CAPITULO 2: FUNCION Y DIFERENCIA POR LA TIPOLOGIA DE LAS RELACIONES JURIDICO-PATRIMONIALES	46

2.1. Ideas Preliminares	46
2.2. Concepto y Función del Arrendamiento y el Usufructo	47
2.3. El Aspecto Genético.	54
2.4. Arrendamiento, relación obligatoria. Usufructo, derecho real.	57
2.4.1. La diferencia entre las relaciones obligatorias y los derechos reales. La cuestión del Arrendamiento.	57
2.4.2. La diferencia en el prisma de la evolución de la función económica.	70
2.4.3. Arrendamiento relación obligatoria, Usufructo, derecho real en el Código Civil de 1984. La cuestión del Cuasiusufructo.	88
NOTAS AL CAPITULO 2.	93
CAPITULO 3: FUNCIONALIDAD DE LA DIFERENCIA EN EL CODIGO CIVIL DE 1984	102
3.1. Ideas Preliminares	102
3.2. La Temporalidad como característica esencial Arrendamiento y del Usufructo.	103

3.3. De la onerosidad como criterio distintivo	113
3.4. De la estructura de ambas relaciones en cuanto al uso y disfrute del bien	116
3.4.1. Ideas Preliminares	116
3.4.2. Extensión del Goce	117
3.4.3. De los deberes del usufructuario y del arrendatario	119
3.4.4. De los deberes del propietario y del arrendador	125
3.4.4.1. Conservación de la gozabilidad del bien	127
3.4.4.2. Deberes de Garantía del Goce.	130
3.5. Transmisibilidad y Gravamen en el Usufructo y en el Arrendamiento	133
3.6. Oponibilidad del Usufructo y del Arrendamiento. La cuestión del artículo 2022.	139
3.7. Los Usufructos Legales	148
3.8. Extinción y modificación del Usufructo y del Arrendamiento	153
3.9. Propuesta personal y perspectiva de innovación.	161
NOTAS AL CAPITULO 3	164

CONCLUSION

171

BIBLIOGRAFIA

176





"Ninguna proposición concreta es  
evidente de suyo, por más deseos  
que tengamos de aceptarla"

OLIVER WEMDELL HOLMES

## INTRODUCCION

Una de las críticas más frecuentes y certeras que recibimos quienes nos dedicamos a estudiar y ejercer el Derecho, de los legos y en general de la gente de la calle a la que se supone debemos servir, es que tendemos a crear embrollos en lugar de soluciones a los problemas que la vida social nos plantea.

Este trabajo pretende, consciente de aquella preocupación, aportar un granito de arena a aquella tradicional distinción (y confusión) entre el Arrendamiento y el Usufructo, para lo cual, sin embargo, se adopta un espíritu crítico, de permanente evaluación de las categorías y conceptos jurídicos que determinan la diferencia a la luz de su utilidad práctica, lo que supone un análisis de sus consecuencias sociales. De lo expuesto se deduce que no pretendemos desarrollar una teoría del Arrendamiento y del Usufructo, si bien partimos de una exposición en lo posible rigurosa, de los conceptos dogmáticos que nutren el problema en sus

aspectos esenciales. luego en base al dato histórico y social, descubrir el proceso de su nacimiento y desenvolvimiento hasta el actual nivel de generalización, para concluir con una determinación de las finalidades que las normas que lo rigen, pretenden lograr y si lo logran. Para ello, la tesis se divide en tres capítulos: El primero, nuestro marco teórico, pretende dotarnos del método y premisas que deberán reflejarse en el análisis. El segundo, busca analizar el problema central o clásico de la distinción, cual es el criterio de la tipología de los derechos o relaciones jurídicas. Finalmente, el capítulo tercero pretende evaluar si las variables normativas concretas de nuestro Código Civil, que regulan ambas instituciones, desarrollan la función económica que nuestra sociedad les exige, para concluir con una propuesta, muy personal por cierto, de innovación.

La preocupación por el tema surgió a partir de lecturas, clases y conversaciones con alumnos y profesores de la Facultad, pero sobre todo por las consecuencias materiales que sostenemos pudieran derivarse.

El logro de aquellos objetivos está condicionado por el carácter provisional y cuestionable a que toda investigación pretendidamente intelectual debe aspirar.

por nuestra falibilidad. así como por la limitación que nuestros elementos de juicio y nuestra personal perspectiva pudiere suponer. En fin, éste análisis, parcial por cierto, solo es un intento personal de contribuir a revertir aquella tendencia negativa de que hablábamos al inicio.



## CAPITULO 1

### EL MARGO TEORICO

#### 1.1. IDEAS PRELIMINARES

Antes de iniciar el desarrollo del tema que nos ocupa, nos ha parecido pertinente expresar de manera desapasionada y desprejuiciada en lo posible, nuestras primeras impresiones sobre él. El tema del presente trabajo es la diferencia entre Arrendamiento y Usufructo. Como todo trabajo comparativo, requiere el conocimiento y tratamiento de la disciplina de ambas instituciones y el contraste consiguiente. Sin embargo, no es ni puede ser nuestra intención reducir el análisis al simple contraste de diferencias normativas. Es más, si de ello se tratara, desde ya podríamos afirmar que sí existen diferencias. Siguiendo a Luis María REZZONICO. podríamos señalar que el Usufructo es un derecho real y el derecho del arrendatario un derecho personal, que en el Usufructo

el nudo propietario sólo debe dejar gozar al usufructuario mientras que en el Arrendamiento, el propietario se mantiene en el goce al arrendatario, que el usufructuario dispone de acciones reales a diferencia del arrendatario que sólo dispone de acciones personales (1).

La lista podría continuar (casi indefinidamente), sin embargo, ello significaría el final de la tesis, pero lo peor es que sólo habría servido para recordar la normativa de ambas instituciones en el Código Civil y los aportes de uno y otro autor.

No. Lo que proponemos es una aproximación diferente que nos permita entender porque el uso y disfrute de un bien ajeno, recibe dos tratamientos (aparentemente distintos) y que nos permita entender figuras de cruce o aparente quiebra de la distinción, cómo el Usufructo a título oneroso, o el Cuasiusufructo o la oponibilidad del Arrendamiento inscrito.

Lo que queremos decir, es que encontramos dos posibles maneras de plantear el problema. La primera consiste en preguntarse: ¿dónde radica la diferencia? La segunda implica preguntarse: si hay diferencias, ¿Porque se dan? lo que a su vez supone haberse planteado previamente: ¿tiene que haber diferencias?.

Esta segunda posibilidad es el enfoque o aproximación que planteamos. No se trata de reconocer que en los Códigos y libros de doctrina jurídica se consignan diferencias, sino de justificar porque existen (si existen) esas diferencias. Ni siquiera queremos, por ello, adelantar que hay diferencias normativas. Lo dicho lleva a que nuestra labor sea una de "destrucción" y "reconstrucción". Sin embargo creemos que aún la "destrucción" y la "reconstrucción" conllevan ciertas reglas.

#### 1.2. PRESUPUESTOS METODOLOGICOS

Ya que proponemos una visión en lo posible no tradicional de análisis jurídico y en vista a que éste se siga considerando como tal, creemos necesario establecer ciertas pautas metodológicas, a fin de no caer en la falta de rigor científico.

Nuestra aproximación estará basada en 3 hilos conductores: 1) La utilización de modelos; 2) La eliminación de conceptos y problemas desprovistos de significado; 3) El reconocimiento de que el Derecho no se basta a si mismo para ser explicado.

##### 1.2.1 LA UTILIZACION DE "MODELOS"

Hemos dado a entender que los conceptos jurídicos que manejemos deben ser analizados según las

consecuencias empíricas que produzcan en un contexto determinado, es decir la realidad. Así, Arrendamiento y Usufructo, como instituciones jurídicas se desarrollan en un tipo de sociedad. Sin embargo la complejidad de la realidad nos obliga a la creación de instrumentos que nos permitan estudiarla. Este es el llamado método tipológico o de estructuración de "tipos" o "modelos".

WEBER usaba la idea de "tipo ideal", como utopía que no se encuentra empíricamente en ninguna parte. Su elaboración parte de la realidad, pero son sometidos a una exageración mental y a una puesta en relación unos con otros, desde puntos de vista puestos de relieve, llegándose a un complejo de características o un todo intuitivo.

Permite comprender mejor la realidad porque ésta ha sido aumentada en sus rasgos escogidos como más significativos y porque se han puesto de relieve las relaciones advertidas en ellas. Tienen una relativa pobreza frente a las variables que se presentan en la realidad, pero al simplificarla la hacen más comprensible. Ejemplos de éstos tipos ideales han sido citados por WEBER. : individualismo, imperialismo, feudalismo, mercantilismo, empresa capitalista, etc. Lo que éste método se propone conocer no es lo genérico

o general, sino la particularidad de las diversas manifestaciones culturales, es decir más bien, los diversos individuos históricos (2).

Otra característica es la naturaleza orgánica de la estructuración de tipos. Cada tipo tiene una unidad e identidad propias pero a su vez se relaciona o se incorpora en la construcción de otros tipos. Los elementos de unos, dice BULLARD, nos sirven para definir otros, pues a semejanza de lo que ocurre en la realidad, deben organizarse en complejas construcciones de toda clase (3).

Por todo lo expresado, el "tipo" tiene un carácter instrumental, nos interesa en cuanto sea útil para comprender la realidad. Esta sin embargo, siempre presenta un carácter complejo, dinámico, cambiante, de totalidad, por lo que el enfoque que de ella se haga debe ser capaz de adaptarse a ésta condición.

Por eso, dice Luis LEGAZ y LACAMBRA, un enfoque estructuralista de la realidad no es sólo entenderla, como la totalidad de sus elementos (enfoque estático), sino cuando la totalidad se hace dinámica (solidaria). Es una totalidad tal de elementos que por su interacción son solidarios en cuanto que la variación de uno repercute en todos los otros, en la totalidad.

que es la que le dá a su vez sentido a todos los elementos (4) .

Esta concepción estructural y dinámica de la realidad, implica aceptar que a una causa pueden sucederse infinitos efectos; no atribuibles a una sola causa que al final afectan al conjunto. Es necesario por ello recurrir al razonamiento llamado CETERIS PARIBUS.

Al respecto, Fernando de TRAZEGNIES señala que se eliminan ciertos elementos y se construye con lo que queda un modelo, donde ciertas relaciones se dan en estado artificialmente puro a fin de examinar ciertas situaciones como si hipotéticamente nada interfiriera, lo que permite ver las piezas que faltan, destaca los aspectos que es preciso investigar más y pone a prueba los conocimientos que ya se han adquirido en forma parcial (5) .

Se trata de congelar el modelo salvo dos elementos tomados como causa y efecto. Esto permite ver la repercusión de una modificación del primero en el segundo. Lo mismo se puede hacer tomando como causa el elemento considerado antes efecto más otro elemento que haga las veces de causa. Se aprecia que la primera relación causal repercute en la segunda. A decir de Alfredo BULLARD, por éste razonamiento se mantienen

todas las variables constantes, salvo dos, la de la causa y la del efecto (6).

El caso en que más se recurre a él, es para describir las relaciones entre oferta y demanda. Si decimos que al aumentar la demanda, aumenta el precio ésta no es una verdad absoluta en la realidad, pero sí en nuestra abstracción. Puede que en la realidad haya subido la demanda, pero un factor que mantuvimos antes constante o congelado, como la oferta, pudo aumentar en forma superior llevándolo a que el precio baje. Similar operación puede realizarse con los demás elementos del modelo.

Incluso en el Derecho, éste modo de razonar se presenta aún inconscientemente. La creación de un impuesto (causa) puede provocar una mayor recaudación fiscal (efecto). Sin embargo, en la realidad, puede haberse dado un traslado de costos de los productores a los consumidores. A su vez, ésto puede causar una recesión que implique una reducción en la recaudación fiscal. Por lo tanto, todo dependerá de a que elementos les demos dinámica y de cuales mantengamos constantes. La razón es que no podemos, en ningún tipo de análisis, ver las repercusiones de todas las variables a la vez.

Sin embargo en el Derecho las relaciones causa-efecto no son necesarias como las relaciones causales de las Ciencias Naturales lo que podría considerarse una aparente objeción al método. Esta objeción es salvada por BULLARD para quien la norma que señala que "quien causa un daño a otro debe indemnizarlo" puede ser interpretada a dos niveles, Desde el nivel concreto, la relación no tienen carácter necesario ya que por A o E motivos puede o no cumplirse en la realidad. Pero en nuestro modelo ideal, dice, no se analiza el caso concreto, sino el caso "tipo" producto de la abstracción donde no es Antonio quien dañó a Pedro, sino "X" quien dañó a "Y", ambas, variables reemplazables.

En éste nivel abstracto, la relación no es entendido como normativa, sino como causal; en nuestro modelo ideal la norma siempre se cumple y a la "causa" le seguirá siempre un "efecto". En la mente del legislador la norma es pensada como tipo ideal de conducta considerándola como relación causal, pero al ingresar al sistema jurídico se convierte en normativa, prescriptiva, no causal. La norma es un tipo dotado de imperatividad. Por éstas consideraciones, el criterio para crear un tipo debe ser la utilidad, La norma será buena, cuando sea útil para regular una realidad

concreta, dejaré de serlo cuando ésta utilidad desaparezca (7).

De lo dicho se desprende que entendemos al Derecho como un tipo (al igual que sus instituciones) creado bajo un enfoque instrumental, para regular imperativamente las conductas de una sociedad. Ya que el Derecho busca regular ciertos tipos ideales de conducta, ésta conductas deberán responder a la racionalidad social que se desee imprimir. Por lo tanto, una condición a no perder de vista será la historicidad del modelo. Arrendamiento y Usufructo no serán entidades sobrenaturales, omnipresentes tal cual las encontramos en los códigos, gozando de atemporalidad, sino que sólo pueden ser comprendidas apelando a la sociedad en que se pretende hacerlas regir.

Antes, nos parece conveniente detenernos en el asunto referente a como cumplen su cometido las normas, ésto es, si cumplen su función, autorizando o por el contrario prohibiendo u obligando. Este asunto también debe ser dilucidado pragmática, funcionalmente. La primera opción (concepción autorizante) parece verificarse en normas como el artículo 999° del Código Civil que señala que el Usufructo confiere las

facultades de usar y disfrutar temporalmente de un bien ajeno.

La segunda (concepción negativa), por normas como la del artículo 1680°, que obliga al arrendador a mantener el arrendatario en el uso del bien durante el plazo del contrato o el 1688° por el cual el plazo del Arrendamiento de duración determinada no puede exceder de diez años.

En tal sentido adherimos a la tesis de THON, para quien el derecho tiene un carácter negativo, es decir que el único contenido real de la norma es o un mandato o una prohibición, por lo que el ordenamiento jurídico no es más que un conjunto de imperativos.

Esta afirmación se funda, a nuestro juicio con razón, en la creencia de THON de que existe la libertad del hombre y el ordenamiento jurídico le va poniendo límites. básicamente por dos consideraciones:

1) La persona puede comportarse de rail maneras. Que el Derecho suprima los obstaculos que otros pongan indebidamente al *uso* (por ejemplo) no quiere decir que se deba aprobar todas ellas. Una concepción autorizante si lo implicaría.

2) Si en el vasto campo de lo no prohibido se instaurase el derecho subjetivo, habría que aceptar

la necesidad de una garantía de ayuda por parte del ordenamiento jurídico (8).

Por un lado, el Derecho deberla enumerar todas las conductas permitidas y al mismo tiempo ayudar a que efectivamente se logre el goce, aún cuando los obstáculos no provengan de perturbaciones ajenas. Un derecho como el del usufructuario, concebido como a "usar y disfrutar", implicaría que aquél pudiese exigir al Derecho la materialización del goce en su persona, de donde se desprende que el sentido de las normas es siempre negativo y el derecho subjetivo siempre significa la posibilidad de excluir u obligar aún sea con miras a posibilitar el goce.

Esta posición es compartida por Oliver Wendell HOLMES, para quien la teoría tiende a considerar los derechos y deberes como cosas existentes en sí e independientes de las consecuencias de su transgresión, a la cual ulteriormente se adscriben ciertas sanciones lo que llamamos obligación o deber jurídico no es sino una predicción de que si una persona realiza o deja de realizar ciertos actos deberá sufrir de ésta o aquella manera la sanción de un tribunal de justicia y otro tanto puede decirse de la facultad jurídica o derecho subjetivo (9).

El Derecho es garantía para proteger no sólo el goce, sino, valga la redundancia, todo tipo de intereses considerados dignos de tutela. Esta posición debe entenderse, en el sentido que toda norma jurídica, aún una definitoria como la del artículo 1351° que define al Contrato, es imperativa en tanto se prescriben conductas obligatorias sancionadas en caso de transgresión. Las normas tienen siempre un efecto social obligatorio y la libertad o los ámbitos de libertad son también creación del Derecho.

Esta tesis se ha consagrado en el artículo 2° inciso 20 literal a) de la Constitución de 1,979 que señala que "nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe"

El derecho es no a usar o disponer de un bien, sino a la posibilidad de impedir que otro u otros me excluyan de esas actividades.

#### 1.2.2 LA ELIMINACION DE CATEGORIAS CONCEPTUALES Y PROBLEMAS DESPROVISTOS DE SIGNIFICADO

Este es quizás *uno* de los puntos medulares de nuestra metodología y que se relaciona con nuestra idea del enfoque del tema.

El primer peligro contra el cual debemos precavernos es el "razonamiento circular". Dice COHEN que en todos los campos del Derecho encontramos la

misma costumbre de ignorar las cuestiones valorativas o de hecho y de buscar refugio en "problemas jurídicos" que siempre pueden ser resueltos mediante el manipuleo de conceptos técnicos, según formas aprobadas. Para él, palabras como "derecho de propiedad", "contrato", "dolo" son "palabras solucionaderas" de la teoría jurídica tradicional. Los razonamientos jurídicos expresados en éstos términos, son necesariamente circulares, dado que éstos términos son en sí creaciones del derecho y tales razonamientos añaden a nuestro saber exactamente lo mismo que el descubrimiento del médico de Moliere, de que el opio hace dormir a los hombres porque contiene un "principio somnífero", proposición que sería científicamente útil si "principio somnífero" fuera definido física o químicamente. De otra manera, sólo sirve para obstruir el acceso a la comprensión con un falso conocimiento (10) .

Aplicado a nuestro tema razonamos circularmente si decimos que el Usufructo es diferente del Arrendamiento por que el primero es un derecho real y el segundo uno personal o de obligación, ya que ambas definiciones son producto de procedimientos establecidos por el Derecho.

En todo caso, si existen diferencias éstas no podrán ser expresadas en términos jurídicos, sino con relación a una realidad que sea determinada y a su vez determine a ambos conceptos.

Para COHEN, los conceptos jurídicos (por ejemplo, persona jurídica o derechos de propiedad) son entidades sobrenaturales que no tienen existencia verificable, salvo a los ojos de la fe. Las reglas de derecho que se refieren a éstos conceptos jurídicos no son descripciones de hechos sociales empíricos (tales como las costumbres de los hombres o de los jueces ni tampoco enunciaciones de ideas morales sino que son más bien teoremas de un sistema independiente (11).

Por lo tanto, una primera afirmación es que éste método se propone una eliminación de conceptos desprovistos de significado, por lo menos de significado diferente al jurídico. Se trata de un ataque a fondo contra los términos que no pueden ser traducidos en términos de experiencia efectiva.

No se gana nada explicando abstracciones normativas a través de abstracciones normativas, supuestamente definidoras de la "naturaleza" de los conceptos e instituciones. Arrendamiento y Usufructo son lo que son porque el Derecho lo dice, lo cual pudo ser

diferente. Debemos tratar de explicar la normatividad con elementos de la realidad.

Una consecuencia del ataque funcional a los conceptos no verificables, es que muchos problemas tradicionales de la ciencia del Derecho se revelan como pseudo problemas, desprovistos de sentido. Problemas como ¿qué se originó primero, el Derecho o el Estado? o quizás ¿cuál es la diferencia entre Arrendamiento y Usufructo? carecen de sentido, obviamente en las condiciones tradicionales y son invitaciones a despliegues de acrobacia conceptual, igualmente carentes de significado. Demás está decir que no tenemos vocación de acróbatas. por lo que el problema de la diferencia entre Arrendamiento y Usufructo, requiere "algo más" que la ciencia jurídica. Un ejemplo pertinente puede ser el siguiente: El señor "X" concede al señor "Y" el uso y disfrute de un bien de su propiedad por una renta determinada. El señor "X" demanda se apliquen las normas sobre Usufructo del Código Civil, mientras el señor "Y" reclama se apliquen normas de Inquilinato. El juez deriva la discusión a la clásica pregunta: ¿Como diferenciar el Arrendamiento del Usufructo?

La redefinición de conceptos a que aludimos líneas arriba han sido iniciada con éxito, entre otros, por

HOLMES. Este autor se apartó de la lógica basada en la forma sujeto - predicado y empleó una lógica de las relaciones. No trató de mostrar como una entidad jurídica posee ciertas propiedades inherentes, sino de poner de manifiesto que si un cierto grupo de hechos es verdad respecto de una persona, entonces ésta recibirá un cierto grupo de consecuencias imputados por el Derecho a éste grupo de hechos. En lugar de tratar un concepto jurídico como una substancia que en su naturaleza contiene necesariamente ciertas propiedades inherentes, he aquí una lógica que lo considera como una mera señal de una relación real que existe entre un antecedente y un consecuente. Por éste paso de un tipo a otro de lógica, HOLMES creó una ciencia inductiva del derecho, porque tanto el antecedente como el consecuente tienen que ser probados por vía empírica (12).

1.2.3. EL RECONOCIMIENTO DE QUE EL DERECHO NO SE BASTA A SI MISMO PARA SER EXPLICADO

Las reflexiones realizadas nos imponen adaptar una nueva dirección o tendencia en la investigación.

En opinión de DIEZ PICAZO (13) y TRAZEGNIES (14), las instituciones son respuestas históricamente condicionadas a grupos de problemas sociales típicos. Son grados o formas distintas de protección de

intereses y el escoger una u otra, ejemplo, propiedad, obligaciones, no es un hecho arbitrario sino que responde a una lógica que debemos descubrir. TRAZEGNIES plantea un ataque contra los "universales" que no nos dicen nada sobre el funcionamiento específico de una institución. En tal sentido, alerta contra aquellos que proponen conceptos universales en gran medida inservibles para resolver una situación específica conforme a Derecho. En lugar de distinguir lo característico y propio de un ordenamiento jurídico o desarrollar conexiones funcionales o genéticas entre entidades jurídicas precisas, éstos juristas prefieren eliminar diferencias, encontrar lugares comunes y desarrollar una teoría del Derecho, en base a nociones "universales" de justicia, de libertad, de propiedad, etc (15).

Instituciones como Arrendamiento y Usufructo no son entidades ahistóricas cuya normatividad tenga la misma implicancia en el Derecho y sociedad romanos o en el Perú del siglo XX, ni menos la misma función. Esa distinta función (casi seguro que lo sea) debe ser hallada según la racionalidad social y económica de cada sociedad. De otra manera el "tipo" lo explica todo por que no explica, no determina nada. Pero, ¿cómo lograr ese propósito?. Lo primero es tener

conciencia del objeto de nuestro estudio y de su complejidad.

Para MOORE (16) "decir que existe una institución jurídica - la propiedad privada, el gobierno federal de los Estados Unidos - igual. Arrendamiento, Usufructo-es decir que un grupo de personas está haciendo algo, está actuando de cierta manera. Es señalar un aspecto particular de la conducta humana ... Pero una institución jurídica es algo más que el modo como actúan los hombres en una ocasión aislada ... Una institución jurídica es un ocurrencia repetida del mismo tipo de conducta.

A su vez COHEN (17) nos recuerda que los sistemas, principios, reglas, instituciones, conceptos y decisiones jurídicas, sólo pueden ser entendidas como funciones del comportamiento humano.

Nuestro objeto de estudio, es pues, conducta humana, determinada jurídicamente en instituciones, reglas y decisiones jurídicas, las cuales hacen abstracción de su complejidad. En éste sentido, debemos desterrar la falacia de que la única fuerza operante del Derecho es la lógica, entendido como que un sistema jurídico, puede ser construido, como las matemáticas, a partir de ciertos axiomas generales de conducta. Para HOLMES, ésto se debe a que la

preparación de los abogados es preparación en lógica, al igual que el lenguaje de las sentencias, método que satisface esa ansia de certidumbre y reposo que alberga la mente humana. Pero generalmente la certidumbre no es más que ilusión y el reposo no es el destino del hombre. Detrás de la forma lógica yace un juicio acerca del valor y la importancia relativos de fundamentos legislativos contrapuestos, que permanece generalmente inarticulado e inconsciente, pero no por ello deja de ser raíz y nervio de todo el proceso (...) si la preparación de los abogados los acostumbrara a considerar en forma más definida y explícita las ventajas de orden social que deben fundar las reglas que formulan, vacilarían a veces donde hay más seguros se sienten, y tendrían que reconocer que realmente estaban tomando partido en cuestiones debatibles y muy a menudo candentes (18).

Es necesario desterrar la idea de que las categorías ni menos su interpretación o aplicación son neutrales. Cada una implica una opción y por tanto una cuestión valorativa que la crítica al razonamiento circular ha puesto al descubierto. Un ejemplo es el anteriormente citado respecto a un juez que debe decidir si aplica normas de Arrendamiento o Usufructo.

En segundo lugar, conociendo nuestro objeto de estudio, debemos aceptar que el Derecho no es el único que lo estudia. El Derecho se ocupa de la conducta desde un punto de vista: el normativo. Para un visión más completa se hace necesario recurrir a otras ciencias que nos den otro punto de vista, que expliquen, lo que el Derecho en su visión unilateral o unidireccional no termina de explicar. Por eso dice COHEN, el enfoque funcional trata de descubrir la significación del hecho, a través de una determinación de sus implicancias o consecuencias en un contexto dado, matemático, físico o social (19).

Ya que nos ocupamos de una Ciencia Social, nada mejor que estudiarlo en un contexto social "creando modelos" en ciencias como la Psicología, la Sociología, Historia, Economía, Estadística.

Debemos tener cuidado empero con el manejo de la Historia. Su estudio, dice HOLMES, es una parte del estudio racional del Derecho, porque es el primer paso hacia un escepticismo iluminado, hacia una deliberada reconsideración del valor de las reglas (20).

El autor señala que hay preguntas muchísimo más fundamentales esperando una respuesta más convincente que "nuestros padres ya lo hacían". Si la base de los principios es la tradición, el papel de la Historia

puede hacerse más importante de lo que es. No hay que caer en una ciega veneración del pasado y si recordar que para nuestros propósitos, el único interés que puede ofrecer, reside en la luz que arroja sobre el presente. En tal sentido, el estudio debe orientarse a los fines que nos proponemos alcanzar y las razones para desearlos. Por eso recomienda un adecuado conocimiento de la Economía, porque en éste campo nos vemos forzados a considerar y sopesar los fines de la legislación, los medios y su costo. Allí aprendemos que por cada cosa es necesario dar algo en cambio y se nos enseña a balancear las ventajas que se logran con las que se pierden y a saber en que consiste nuestro elegir (21).

No se trata de que el Arrendamiento y el Usufructo deben subsistir en las actuales condiciones, por un ciego respeto a la tradición, sino porque así lo aconsejan ventajas empíricas tomadas de un modelo de la realidad. El aspecto histórico tendrá, en todo caso, una función instrumental. Por lo demás, nuestra perspectiva no implica que nos consideremos peritos económicos. Es sólo que habiendo sido considerados el Arrendamiento y el Usufructo relaciones jurídico-patrimoniales será pertinente en lo posible recurrir a ciertos criterios económicos.

Tampoco debe interpretarse nuestra posición como desprecio por la teoría y los conceptos jurídicos. Ellos son la forma como el Derecho se aparece a nuestras conciencias, pero debemos crear un marco en que aterricen. Sólo partiendo de ellos podremos realizar nuestros propósitos, pero debemos obtener sus consecuencias materiales.

Quien haya seguido con atención nuestra exposición, habrá notado que los 3 hilos conductores del método se encuentran imbricados y son interdependientes. La conciencia de que se trabaja con "tipos", la eliminación por tanto de problemas sin sentido práctico, de lo cual se sigue la necesidad de explicar lo jurídico con lo ajurídico.

### 1.3. NUESTRO MODELO DE DERECHO

Debemos por tanto, formular un modelo de Derecho que por lo dicho hasta hora, supone un tipo de sociedad que pretenda regular, en nuestro caso la sociedad peruana, sin perjuicio de que se inserte en uno más complejo cual es el de Derecho occidental moderno.

En vista que trataremos instituciones jurídico-patrimoniales nada más lógico que recurrir al Régimen Económico plasmado en la Constitución la cual proyecta un tipo de sociedad, por lo que las instituciones

jurídicas, en éste caso las patrimoniales, deben contribuir a realizarlo.

Nuestra construcción se inicia con dos artículos constitucionales que parecen definir al Régimen Económico. El artículo 112° establece el Pluralismo Económico, señalando que la Economía se sustenta en la coexistencia democrática de diversas formas de propiedad y de empresa. Por otro lado, el 115° que señala que la iniciativa privada es libre y se ejerce en una "economía social de mercado"..

Por lo pronto, señala César OCHOA, hay que descartar se haya constitucionalizado el Principio de SUBSIDIARIDAD, referido a que el Estado ingresa al campo económico, sólo cuando por razones de volumen de capital o alto índice de riesgo, el interés privado no puede ingresar (22).

Este modelo, señala TRAZEGNIES, presupone que los actores económicos son unidades independientes que persiguen únicamente la maximización de su interés individual, liberándose de toda intervención del Estado, de concepciones morales y religiosas que limitan el libre juego de intereses. La única función del Estado es suprimir las barreras al libre intercambio de bienes y servicios (23) .

En primer lugar, señala OCHOA (24) se encuentra el mismo artículo 112° que establece el Pluralismo Económico, el cual sanciona el principio de igualdad jurídica entre los competidores. Si se trata de igualdad jurídica no hay subsidiaridad, pues esta consiste, como dice ARIÑO (25), en que la presunción debe jugar siempre en favor de la iniciativa privada.

Se reconocen además matices a la igualdad jurídica por los cuales "se estimula y ampara a las empresas autogestionarias, comunales y demás formas asociativas, así como se "promueve" y "protege" el desarrollo del cooperativismo conforme al artículo 116°. Asimismo el artículo 135° "promueve" la pequeña empresa y la actividad artesanal".

Otro argumento contra el principio del Estado subsidiario se encuentra en el artículo 114° que permite que por causa de interés social o seguridad nacional, la ley puede reservar para el Estado actividades productivas o de servicios. Un Estado facultado para tales reservas, excluyendo de tal modo a la actividad privada, no puede ser considerado "subsidiario" (26).

El segundo aspecto a dilucidar es el de "economía social de *mercado*". La Constitución reconoce la libertad de iniciativa en el marco de la "economía

social de mercado". No es una expresión unívoca. En opinión de GARCIA ECHEVARRIA (27) la versión neoliberal considera:

- El mercado como centro de autorregulación y coordinación del conjunto de las decisiones económicas descentralizadas.
- El Estado sólo debe intervenir en las actuaciones estructurales, cuyas funciones o actividades no pueden realizarse vía el sector privado, por un riesgo indefinido o por su largo periodo de tiempo.
- El Estado debe actuar como agente de una política social que asegure las prestaciones necesarias a los individuos marginados de los beneficios del mercado y como garante de un sistema social basado en la libertad individual.

Sin embargo nuestra Constitución incorpora el intervencionismo económico, propio del Estado Social de Derecho, que no concibe al Estado, desde el punto de vista formal - característico del Estado de Derecho liberal, sino desde un punto de vista material, como se desprende del contenido del artículo 4º que incluye entre los derechos fundamentales aquellos que derivan del "Estado Social y Democrático de Derecho", asimismo del artículo 79º que define a la organización republicana como democrática y social.

Para OCHOA tanto las normas del Preámbulo como los principios del Regimen Económico de la Constitución y las declaraciones del Estado Social de Derecho son fuente de hermenéutica constitucional y por tanto obligatorias para el legislador y el intérprete.

Para él, la expresión "Economía Social de Mercado" no debe leerse en sentido restricto o neoliberal. sino en el sentido de economía de mercado socializada que mediante instrumentos "extra-mercado" como la planificación concertada, reconocida en el artículo 111° y el concepto de interés social, permitan una, acción reguladora del Estado que oriente al mercado a cumplir fines que no puede conseguir por sí mismo, pero que lo dotarán de un horizonte social. Este "interés social", debe deducirse. a partir del análisis del reconocimiento de intereses concretos cuya promoción es recomendada a los poderes de Estado. Estos criterios de configuración del interés, se deducen técnicamente además, mediante el análisis de las exigencias socio-económicas de desarrollo, establecidas en el artículo 110° (incremento de la producción y de la productividad. la racional utilización de los recursos, el pleno empleo, la distribución equitativa del ingreso, fomento de los diversos sectores de la producción y la defensa del interés de los

consumidores) y de las diversas exigencias sociales establecidas en el Título III (Del Régimen Económico) (28).

Finalmente respecto al tipo de mercado, el artículo 133° prohíbe los monopolios y oligopolios. Sin embargo, no se constitucionaliza la competencia económica perfecta, basada en los principios de libertad y acceso al mercado, homogeneidad de productos o servicios, atomismo y transparencia del mercado, ausencia de un poder de control sobre los precios y movilidad de los factores de producción. En todo caso, se refiere a los monopolios privados como se deduce de normas como el 114°, 127°, 152°. Se ha constitucionalizado un sistema de competencia que puede ser llamado de competencia imperfecta (29).

Por los argumentos expuestos, consideramos ésta interpretación más cercana al modelo de nuestra Constitución. Son compatibles así, controles de las rentas en los Arrendamientos Urbanos y toda la legislación de inquilinato

Como vemos, se presentan elementos de varios modelos: rezagos de modelos tradicionales como las relaciones familiares o de modelos estáticos como los Usufructos Legales, las normas que prohíben pactar contra la Moral y las Buenas Costumbres o las de

protección el inquilino que no se adecúan a una lógica de **maximización** de interés. Esto es congruente con el auge de los derechos llamados de categoría, colectivo del trabajo. Ambiental, de Inquilinato, a la par que los sujetos de las relaciones jurídicas se han vuelto **tendencialmente** colectivos (30).

Sin embargo subsisten aunque con un sentirte más amplio, **elementos** del modelo liberal, por ejemplo la PREDICTIBILIDAD. Cuando sólo **se** trata de maximización de beneficios, se hace necesario maximizar riesgos, por lo que en vez de ganar puedo perder. Por tanto, éstos riesgos deben al menos ser racionales. El Derecho debe racionalizar éstos riesgos, si bien no eliminándolos, dice BULLARD, se racionalizan, haciéndolos predecibles y calculables tanto matemáticamente como jurídicamente. Quien toma una conducta determinada sabe cual **será** la consecuencia de su acción. Quien incumple una obligación sabe que se le puede exigir judicialmente el cumplimiento y los daños y perjuicios. calculados en base a criterios preestablecidos. El Derecho actúa aquí como "mercado simulado". Este cálculo no sólo se establece en favor del acreedor, sino del propio deudor que puede en algún caso (inflación por ejemplo), calcular que le resulta más beneficioso incumplir, lo

cual implica la necesidad de que las normas sean univocas.

Relacionada a lo anterior se ubica la PUBLICIDAD no sólo de las normas sino de ciertas relaciones jurídicas a fin de lograr su oponibilidad a niveles superiores a los interpartes. En el primer caso, a través de mecanismos como su publicación. En el segundo, a través de signos de reconocibilidad como el registro y la posesión que hacen muchas veces que la apariencia prime sobre la realidad y cuyo rol se cumple cuando los particulares quieren derivar derechos de una situación jurídica anterior.

Otro postulado afín es la contemplación del Derecho como un sistema cerrado, asumiendo que se contempla todo acto, aunque sea para negarle consecuencias, lo cual no se objeta por la existencia de la Integración, ya que éste es un mecanismo contemplado como lo hace el artículo 233º inciso 6 de la Constitución o el artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil, además de la Publicidad, que impide se alegue la ignorancia del Derecho (31).

Estos mecanismos en nuestro modelo atienden a una cuestión de seguridad en el tráfico, en el cual todos los agentes económicos puedan lograr sus fines, y aún el Estado pueda cumplir su función.

Finalmente la AUTONOMIA PRIVADA no desaparece, si bien ya no es el medio preponderante para que los particulares limitando su libertad creen y estructuren relaciones jurídicas de intercambio, única manera de maximizar beneficios, es subordinada a la función promotora del Estado. La libertad e igualdad jurídica en que se basaba ya no son suficientes, lo que como vimos, supone un predominio de los mecanismos heterónomos. En tal sentido deben entenderse instituciones como la Lesión. Excesiva Onerosidad o las prórrogas arrendaticias.

Sin embargo en el análisis de los códigos Civiles, por su raigambre liberal, se nos permiten "aislar" algunas premisas:

- 1) Todo beneficio o costo puede ser medido en un denominador común, usualmente monetario. Piénsese en la valuación de bienes no patrimoniales, como en el caso de una indemnización o de un seguro de vida.
- 2) La racionalidad es de maximizar beneficios; salvo la acción estatal nuestros actos tienden a la ganancia.
- 3) Ningún productor "vende" sus productos por debajo de sus costos de producción. El presupuesto es que un Usufructo contractual se constituye a título oneroso, aún la doctrina diga que es un derecho "esencialmente" gratuito.

4} La acción estatal antes que por la eficiencia, se rige por un principio redistributivo.

Una vez planteados nuestros presupuestos metodológicos, toca ver el instrumento mediante el cual el Derecho logra sus fines, así como el prisma a través del cual debemos estudiar la diferencia entre el Arrendamiento y el Usufructo: la relación jurídico patrimonial.

#### 1.4. ARRENDAMIENTO Y USUFRUCTO. RELACIONES JURIDICO-PATRIMONIALES

Entendido el Derecho como una estructura de tipos ideales de conducta, dotados de imperatividad, normativamente determinados, se desprende que éstos ponen en relación a los sujetos donde unos pueden exigir una conducta, a otro u otros.

Por eso dice BULLARD, el Derecho como parte de la estructura social cumple su función vinculando. Ello implica que no hay nada más jurídico que la relación jurídica, pues es el presupuesto lógico-funcional del sistema. Las relaciones jurídicas que se generen en la sociedad deben responder a lo que la sociedad piensa de sí misma, es decir al reflejo del modelo que ella pretende alcanzar. Por tanto, las relaciones jurídicas resultan como la idea de derecho o de sociedad.

conceptos mutables, que como todo modelo tienen una función instrumental que nos permite entender mejor la realidad (32). Compartimos pues, la definición dada por el mismo autor para quien la relación jurídica es una "unidad de vinculación entre sujetos de derecho, determinada normativamente, mediante la cual se establecen comportamientos orgánicamente estructurados, con la finalidad de dotar a ciertos intereses de tutela efectiva, desarrollando relaciones sociales para un modelo de sociedad establecido (33).

No pretendemos desarrollar una teoría del tema en cuestión, sólo nos interesa dejar claros algunos puntos que consideramos importantes para nuestros propósitos,

En primer lugar, las relaciones jurídicas se establecen siempre entre personas (entre dos o más personas), en un polo, un sujeto activo y en otro, uno pasivo. Esto es sólo consecuencia de reconocer que el Derecho implica la posibilidad de exigir conductas, lo cual sólo es posible respecto de personas. Esto se da tanto en los Derechos Reales como el Usufructo o la Propiedad u obligacionales como el Arrendamiento. Por supuesto que el tipo de conductas exigibles pueden ser muy variados y aún combinarse. Puede tratarse de exigir conductas de abstención como en la Propiedad, el Usufructo o en el Arrendamiento inscrito, o de

conductas específicas como una relación de obligación que tan puede presentarse en el Arrendamiento como en el Usufructo. Todo dependerá de la función social y económica que se asigne a la relación.

En segundo lugar debe destacarse, el cumplimiento o desarrollo de una función por las relaciones jurídicas, referidas principalmente a intereses, considerados dignos de tutela para el desarrollo de un modelo de sociedad determinado. Pueden citarse ejemplos como la Compra-Venta, que racionaliza el intercambio en las relaciones sociales, entre comprador y vendedor, el Arrendamiento y el Usufructo garantizan el uso y disfrute de un bien ajeno, la propiedad otorgo la dominación sobre un bien con carácter de exclusividad. Se trata, en fin, de proteger intereses dotados de tipicidad social.

El Derecho dice BULLARD es un complejo sistema de "vasos comunicantes" entre mi propio interés y el de los demás de manera que la circulación de tales intereses sea fluida a la vez que segura. Cada uno de esos "vasos" se constituye como una "relación jurídica" (34).

El análisis funcional, debe estudiar la función desarrollada por la relación en el tipo de sociedad de que se trate. Esto es, la Propiedad y el Usufructo o

el Arrendamiento, por más similitudes normativas, no tienen las mismas implicancias en una sociedad feudal o en una de tipo liberal, por lo que es menester siempre estudiar el íntegro de la relación,

A su vez, ésta constatación nos lleva al tema de la Organicidad de las relaciones jurídicas. LARENZ entiende que las relaciones jurídicas se van organizando en complejas estructuras, donde una va conteniendo a las otras hasta que llegamos a la existencia de una gran relación jurídica fundamental que es el Derecho en su totalidad (35).

La organicidad de las relaciones jurídicas es sólo consecuencia de una concepción estructural de una realidad compleja. La utilidad de éste modelo es que podemos considerar como tal desde el menor vínculo poder-deber (Ej. una obligación) hasta el orden jurídico, según un criterio de utilidad. Así, no se trata de compartimientos estancos, sino que cada relación es determinada y determina a su vez otras relaciones jurídicas, donde la variación de un elemento repercute en el conjunto (36).

DIEZ PICAZO (37) distingue entre obligación como la simple correlación entre crédito y deuda y la relación obligatoria como relación jurídica compleja que liga a los sujetos y sirve como cauce de

realización de finalidades sociales o económicas. Es la total relación jurídica para la realización de una función económico-social. carácter de totalidad que hace que los derechos, deberes, facultades y cargas de los sujetos se encuentren en cada momento, orgánicamente agrupados. Así por ejemplo, la total relación entre un vendedor y un comprador, un arrendador y un arrendatario, etc.

Es sólo una cuestión tipológica, a nuestro entender, por cuanto como lo admite el mismo DIEZ-PICAZO, la misma relación acreedor-deudor implica una serie de poderes y cargas, para el primero y de deberes y facultades para el segundo (38).

Este carácter se dá porque la relación obligatoria se organiza sobre un pedazo o tejido de la vida social. Para ESSER se encuentra latente allí una relación vital (39). Es la relación social que el método debe atrapar. Finalmente, a decir de LARENZ (40) se trata de un proceso; en tanto devenir histórico o fenómeno que atraviesa por fases diferentes, desde un principio está encaminada a alcanzar un fin determinado **y** se extingue una vez alcanzado esa fin.

Lo dicho nos merece hasta tres reflexiones. En primer lugar nada obsta para entender dentro del mismo modelo, instituciones como la Propiedad o el Usufructo.

En ellos se cumplen todos los caracteres señalados, incluso el de ser un proceso. Por ejemplo la Prescripción Adquisitiva no es sino un mecanismo del Derecho para asegurarse que la Propiedad cumpla su función, al no cumplirse más en una persona, se extingue y se reinicia como proceso en otra. Por lo demás, en la Propiedad, el Usufructo y los demás derechos reales asistimos al fenómeno por el cual los titulares resultan obligados usualmente con carácter "real", concepto del que nos ocuparemos más adelante. Además, es posible por vía contractual, la existencia de obligaciones que afecten a un nudo propietario.

Arrendamiento y Usufructo pues, deben, en tanto relaciones jurídicas ser estudiados como "relaciones obligatorias".

En segundo lugar, tanto Arrendamiento como Usufructo son tipificados en nuestro Derecho como relaciones patrimoniales. Fíeles a nuestra metodología, nos interesa determinar en base a que, un tipo de sociedad como el diseñado, estructura ciertas relaciones como patrimoniales. GIORGIANNI, a propósito de la obligación, considera pertinente distinguir entre el interés del acreedor a la prestación, ya que puede ser moral, cultural o social y la prestación, la cual debe ser objetivamente patrimonial, valorabilidad

económica, empero, que depende del ambiente jurídico y social, en que se inserte (41).

Para BETTI, éste interés es uno de categoría socialmente apreciable en su configuración abstracta, La prestación debe ser idónea para satisfacer el interés típico del acreedor, en un particular tipo de relación obligatoria, interés por tanto que no se identifica con aquél concreto e individual del acreedor en particular, sino en el específico interés que es propio del tipo de relación constituida (42).

Sin embargo no parece muy congruente por un lado aceptar que la prestación responde a un criterio de valorabilidad y por otro, decir que es la conducta lo patrimonial. El interés influye porque mientras sea mayor, mayor será el valor.

Lo que sucede dice BULLARD, es que el interés concreto puede no ser patrimonial, por ejemplo cuando contrato la construcción de una estatua en honor de un héroe, pero el interés típico, como es definido por BETTI, si será patrimonial. En nuestro sistema es típicamente patrimonial aquél interés destinado a la maximización de beneficios por un agente económico racionalmente considerado, para lo cual nuestro sistema presume que todos nos comportamos como diligentes comerciantes, así no lo seamos en realidad. Según ésta

abstracción tipológica prime o no en una relación, ésta será entendida como patrimonial o no. Las relaciones jurídicas así, pueden presentar aspectos patrimoniales y no patrimoniales. Piénsese en el régimen de sociedad de gananciales matrimonial o en la posibilidad de indemnizar una violación al honor, que en una sociedad que lo patrimonializa todo, actúa como una verdadera valuación (43).

Considero que bajo la misma, óptica deben encuadrarse un caso planteado por HERNANDEZ GIL (44), en el Arrendamiento, similar al del artículo 1681º inciso 7 del Código Civil, que obliga al arrendatario a no usar el bien contra el Orden Público y las Buenas Costumbres, o el sugerido por DIEZ-PICAZO (45) de una relación entre el empresario de un diario y el director por el cual éste se obliga a mantener una determinada línea ideológica.

Una primera observación que podemos hacer es que consideremos éste criterio útil para explicar la patrimonialidad tanto de los derechos reales como de las relaciones de obligación, y por tanto del Usufructo y el Arrendamiento.

En segundo lugar , ésta idea de interés típico nos remite a la idea de función, en este caso económica, que debe cumplir toda relación jurídica, para la

convivencia de una sociedad. Para ser merecedores de tutela, deberá tratarse, por tanto, de intereses socialmente apreciables, en éste caso, en el plano económico, y según el tipo de sociedad planteado. aquellos que impliquen la posibilidad de maximizar beneficios.

La propia certeza y predictibilidad que el Derecho debe brindar dice BULLARD, exige que objetivemos ese *interés* de *manera* que no puede ser considerado como el interés concreto que alguien pueda tener en cada caso particular (46).

Finalmente puede, especialmente en relaciones de tracto sucesivo como el Arrendamiento, y el Usufructo si así se estructura, existir una interferencia entre el interés típico de la relación contractual y el interés individual y concreto del acreedor, éste puede atenuarse o decaer porque la tutela de los derechos se basa en una clasificación por tipos y el plano jurídico considera sólo la tipicidad social del interés (47).

Por ejemplo, ésto puede plantearse en los Arrendamientos sujetos a prórroga. El interés típico propio de ésta relación obligatoria se satisface, en tanto el arrendatario cumpla las estipulaciones contractuales y legales ya que satisface el, interés típico del arrendador, aunque por las particulares

condiciones del mercado de inmuebles o las vicisitudes de la política económica, por ejemplo, éste interés típico no coincida ya con el individual.

Es éste el marco teórico en que abordaremos la diferencia entre el Arrendamiento y el Usufructo.



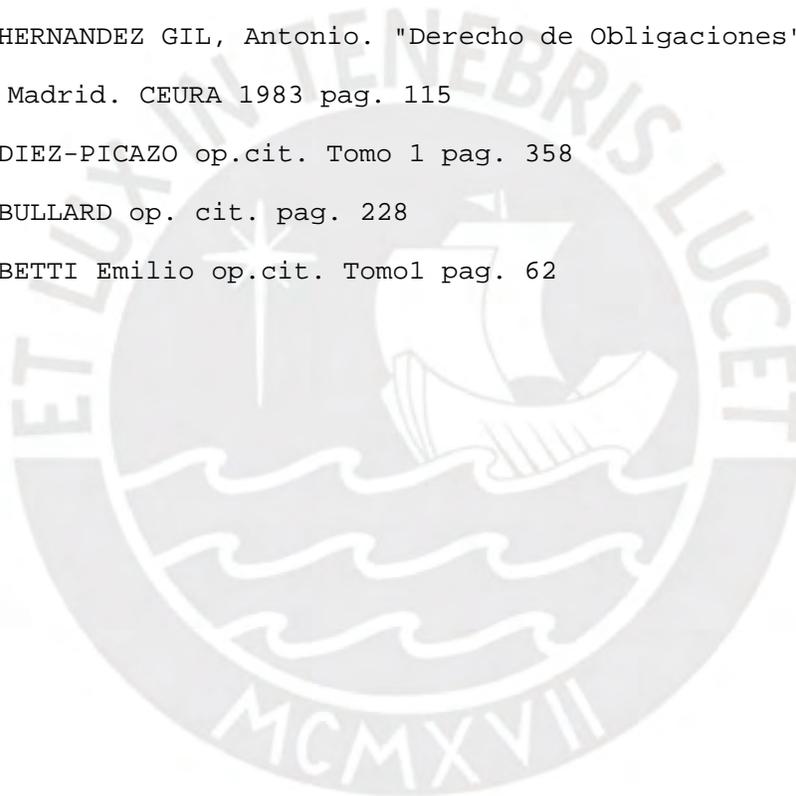
## NOTAS AL CAPITULO 1

- (1) REZZONICO, Luis María "Estudio de los Contratos en nuestro Derecho civil". Buenos Aires. Ediciones Depalma, 1970 Tomo 2 pags. 51-52.
- (2) Citado por RODRIGUEZ PANIAGUA, José María "Derecho y Sociedad" Madrid. Tecnos, 1979 pags. 48-60.
- (3) BULLARD, Alfredo "La Relación Jurídico Patrimonial" Lima. Lluvia Editores, 1990 pag. 32
- (4) LEGAZ Y LACAMBRA, Luis "Filosofía del Derecho" Barcelona Bosch. Casa Editora 1979 pags. 214-216
- (5) TRAZEGNIES, Fernando. "Introducción a la Filosofía del Derecho y a la Teoría General del Derecho. Lima PUCP Facultad de Derecho, 1987 pag. 183.
- (6) BULLARD, Alfredo, op.cit. pag. 35
- (7) BULLARD, op.cit pags. 37-38
- (8) Citado por GOMEZ ORBANEJA, Emilio "El Ejercicio de los Derechos" Madrid. Civitas S.A., 1975 pags. 47-51

- (9) HOLMES, Oliver Wendell "La Senda del Derecho"  
Buenos Aires, Abelendo - Perrot, 1959 pag. 16
- (10) COHEN Félix S. "El método Funcional en el Derecho"  
Buenos Aires, Abelendo-Perrot 1965 pag. 46-48.
- (11) COHEN, Félix op. cit. loc. cit.
- (12) Citado por COHEN, op.cit. pag. 70-71
- (13) DIEZ-PICAZO, Luis "Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial" Madrid Tecnos, 1983 Tomo 1. Prefacio a la 1 Edición.
- (14) TRAZEGNIES, Fernando, "La Transformación del Derecho de Propiedad" en: Revista Derecho, Lima No 33 Programa Académico de Derecho de la PUCP 1978 pag. 87
- (15) TRAZEGNIES ibid, pag. 79
- (16) Citado por COHEN op. cit. pags. 122-123
- (17) COHEN, op. cit. pag 122
- (18) HOLMES, op. cit. pag 25-28
- (19) COHEN, op. cit. pag 74-75
- (20) HOLMES, op. cit. pag. 30
- (21) HOLMES, ibid, pags. 31-37
- (22) OCHOA, Cesar: "Economía y Constitución: La influencia del pensamiento neoliberal en el modelo económico de la Constitución Peruana de 1979 en: EGUIGUREN, Francisco (director) en: "La Constitución Peruana de 1979 y sus problemas de

- aplicación. Lima. Cultural Cusco S.A. Editores.  
1987 pags. 625-632
- (23) TRAZEGNIES, Fernando, "Introducción a la filosofía ..." pag 185
- (24) OCHOA, Cesar op. cit. pag. 630
- (25) Citado por OCHOA, op.cit pag. 631
- (26) OCHOA pags. 632-633
- (27) Citado por OCHOA, op.cit pag. 634
- (28) OCHOA pag. 637-642
- (29) ibid. pag. 662
- (30) BULLARD op.cit. pags. 55-61
- (31) ibid pags. 49-52
- (32) BULLARD op.cit pag. 69
- (33) ibid pag. 124
- (34) íbid pag. 107
- (35) LARENZ, Karl. "Derecho Civil. Parte General"  
Madrid. Revista de Derecho Privado. Ed. de  
Derecho Reunidas, 1978 pags. 245-254.
- (36) BULLARD, op.cit pags. 113-114
- (37) DIEZ-PICAZO, ... op.cit. Tomo 1 pag. 389
- (38) DIEZ-PICAZO, op. cit Tomo 1 pag. 368 y pag.  
380.
- (39) Citado por DIEZ-PICAZO op. cit Tomo 1 pag.  
390.
- (40) Citado por DIEZ-PICAZO op. cit Tomo 1 pag. 390

- (41) GIORGIANNI. Michele "La Obligación. La Parte General de las Obligaciones" Barcelona, Bosch. Casa Editora, 1958 pags. 38-44.
- (42) BETTI, Emilio, "Teoría General de las Obligaciones" Madrid. Revista de Derecho Privado, 1969 Tomo 1 pag. 61
- (43) BULLARD, op.cit pags. 134-136
- (44) HERNANDEZ GIL, Antonio. "Derecho de Obligaciones" Madrid. CEURA 1983 pag. 115
- (45) DIEZ-PICAZO op.cit. Tomo 1 pag. 358
- (46) BULLARD op. cit. pag. 228
- (47) BETTI Emilio op.cit. Tomo1 pag. 62



## CAPITULO 2

### JURIDICO PATRIMONIALES

#### 2.1. IDEAS PRELIMINARES

El tratamiento de lo que la literatura jurídica considera la diferencia "esencial" entre el Arrendamiento y el Usufructo, ésto es, por la tipología de los derechos y sus implicancias, nos obliga desde ya a hacer un Ceteris Paribus inicial que podemos llamar liberal, notorio desde nuestro parágrafo sobre la relación patrimonial. Y es que el Código Civil y sus categorías constituyen una rama central del Derecho Privado y recogen - o deben recoger - los postulados ideológicos del Derecho occidental moderno, surgidos a principios del siglo XIX, estructuras que se mantienen con algunos remiendos. Esto, pese a que se ha reconocido que el modelo constitucional no responde ya a esos postulados.

2.2. CONCEPTO Y FUNCION DEL ARRENDAMIENTO Y DEL USUFRUCTO

El Código Civil de 1984 define al Arrendamiento en los siguientes términos:

Artículo 1666° "Por el Arrendamiento, el arrendador se obliga a ceder temporalmente al arrendatario el uso de un bien por cierta renta convenida"

Nos parece plausible ésta definición, en cuanto no repite el error, que a nuestro juicio comete el Código Civil italiano de 1942 que en su artículo 1571° dice:

"El arrendamiento es el contrato por el cual una parte se obliga a hacer gozar a la otra de una cosa mueble o inmueble, por un determinado tiempo, mediante una determinada compensación"

El error consiste a nuestro juicio, en acentuar la naturaleza contractual de ésta institución, que es hoy sólo uno de sus posibles cauces genéticos y obviar su carácter de relación jurídico patrimonial, como cauce jurídico-coercitivo-de la interacción de intereses, necesidades y valores económicos, tipológicamente entendidos. Nuestra definición habla sólo del Arrendamiento, lo que es útil-principio de utilidad-para comprender los problemas presentados por relaciones como las generadas heterónomamente.

conocidas como "prórrogas" arrendaticias, obviamente mientras no se dicten normas específicas.

En materia de Usufructo, el artículo 999° señala:

"El usufructo confiere las facultades de usar y disfrutar temporalmente de un bien ajeno.

Pueden excluirse del usufructo determinados provechos y utilidades. El usufructo puede recaer sobre toda clase de bienes no consumibles, salvo lo dispuesto en los artículos 1018° a 1020°"

Esta última definición, por estar ubicada en el libro V - Derechos Reales - del código, debería leerse: "El derecho real de Usufructo comiere...", pero las implicancias de ésta formulación, por su complejidad, serán tratadas más adelante.

Resalta la aparente distinción, en el sentido de que el Usufructo implique el disfrute del bien y el Arrendamiento no. Al respecto, es pertinente recordar que la Comisión Revisora del Código excluyó del artículo 1666°, no sólo al Arrendamiento de derechos por considerarlos como bienes, sino también el disfrute del bien, entendiéndolo incluido implícitamente en el término "uso" (1).

El Código Alemán si reconoce la posibilidad de disfrute en el Arrendamiento. Su artículo 535° regula el Arrendamiento de uso y el 581° tipifica el

Arrendamiento de uso y disfrute. Según ENNECCERUS, la locatio conductio rei se subdivide en Arrendamiento de uso (Miete) y Arrendamiento de uso y disfrute (Pacht). El primero se refiere únicamente a las cosas y otorga sólo el uso, no el goce de los frutos; el segundo se refiere a las cosas y a los derechos (por ejemplo, derechos de caza y pesca, de minas, etc.) y otorga además, el goce de los frutos (2) .

También puede ser arrendado en uso y disfrute un conjunto de cosas y derechos, si produce frutos civiles, por ejemplo, un negocio mercantil u otra explotación industrial.

La obligación del arrendador se dirige únicamente a posibilitar el uso y goce de los frutos y en particular a conferir la cosa en un estado tal que sea útil para la obtención de frutos. El arrendador no responde de que los frutos nazcan efectivamente y puedan ser percibidos. Se le aplican las reglas del arrendamiento de uso, aunque con algunas excepciones (3) .

Los antecedentes legislativos y doctrinarios citados nos permiten afirmar que la estipulación del disfrute del bien no desnaturaliza el Arrendamiento. De hecho, el Código Civil de 1936 reconocía ésta posibilidad en artículos como el 1501º, 1507º, 1510º y

1525°. Porque si se admitiese ésto como criterio diferencial, ¿cómo podría arrendarse un fundo agrícola? Es curioso que si el arrendatario es facultado al disfrute del bien tengamos que decidir si se trata o no de un Usufructo **y** que si contractualmente se creó un Usufructo oneroso, que prohíba la percepción de frutos, deba considerársele Arrendamiento, por lo que el criterio del disfrute no justifica dos categorías "distintas". El Código de 1984 sólo hace mención indirecta de **ésta** posibilidad en el artículo 1700°:

"Vencido el plazo del contrato si el arrendatario permanece en el uso y disfrute del bien arrendado ..."

Obviamente, en ambas relaciones, cualquier tipo de disfrute deberá admitirse. Sin embargo, la redacción del artículo 1666° plantea un problema porque a partir del artículo 1692° que exige asentimiento escrito del arrendador para el subarrendamiento - que es una forma de disfrute - se podría interpretar que:

- 1) No se admite el disfrute
- 2) Que se admite el disfrute en general (aceptando que el uso lo implica), salvo para el disfrute en forma de subarrendamiento o
- 3) Que para el disfrute siempre se requiere autorización del arrendador.

Esta tercera interpretación parece concordar más con el 1666° aun cuando consideramos que debió incluirse: la posibilidad del disfrute - o explotación - más la norma sobre subarrendamiento, estableciendo a la vez la posibilidad de la restricción a ciertos tipos de provechos.

Respecto a la locución "bienes", en ambos casos debe tratarse en general, de bienes no consumibles, salvo el caso especialísimo del Cuasiusufructo, a verse más adelante, y que admitan el uso, de tal modo que puedan restituirse, obligación implícita en ambas instituciones. Deben admitir el uso porque sino habría que admitir un crédito como susceptible de Arrendamiento, figura sí reconocida en el Código como Cuasiusufructo, pero sobre todo porque ambas llevan implícitas una obligación de restitución que se frustraría si el bien fuera consumible, en desmedro del propietario.

Por ejemplo, una marca de fábrica constituye un derecho (bien) capaz de ser "usado". Aun cuando el tema es discutido (4) habría que restringir el arrendamiento a los bienes que tengan trascendencia real. Finalmente el bien debe ser ajeno ya que no tendría ninguna utilidad crear una categoría distinta a la propiedad, si el bien fuera propio.

A su vez, la renta en el Arrendamiento, lo tipifica como relación esencialmente onerosa. Sin embargo, su estipulación, en el marco teórico planteado, debiera ser la regla en los usufructos contractualmente constituidos. Esta renta puede consistir en bienes o servicios, a despecho de que lo usual sea establecerla en dinero. Por las implicancias sociales que la onerosidad puede revestir en el Usufructo le hemos dedicado un párrafo especial, al igual que la temporalidad, esencial en ambas relaciones.

Cabe concluir que el Código, al definir al Usufructo, adopta la perspectiva activa. - derecho a usar y disfrutar - olvidando que las relaciones jurídicas presentan usualmente un aspecto pasivo, también, que se aprecia como más relevante al contemplar integralmente los derechos "reales" como la propiedad o el Usufructo.

El otro extremo de éste párrafo inicial, es el referido a la función que cumplen ambas relaciones. La función económico - social que ambas desarrollan consiste en posibilitar a través de la coerción, el uso y disfrute temporales de bienes ajenos dentro de la lógica de una sociedad de mercado, ya que en ella - como en otras - existen necesidades, intereses y por

tanto valores que se satisfacen con el uso y disfrute de los bienes y que al ser considerados socialmente relevantes, provocan la respuesta, eficiente o ineficiente, del Derecho. Estos intereses socialmente típicos, usualmente son complejos, implicando otros como la entrega del bien, su buen estado, su devolución, lo que complejiza relaciones como el Arrendamiento y el Usufructo. Hay que recalcar, que pese a ésta comprensión típica del interés, en ésta sociedad ambos están preordenados para la interacción de intereses individuales.

LOPEZ JACOISTE señala que modernamente la urgencia por conseguir una productividad máxima, en cuanto que es factor de beneficio social, ha traído la idea de explotación que equivale a la de máximo rendimiento y mayor utilidad. La titularidad se justifica en cuanto se produce la explotación, causa determinante de una utilidad que no es sólo individual sino social, como se presenta, por ejemplo en las leyes agrarias, la obligación o la carga de explotar o mejorar las fincas o en las urbanas, de edificar, a diferencia del Derecho tradicional (liberal) que distribuía los bienes, pero su explotación y por tanto mayor o menor rendimiento eran de libre arbitrio del titular ... Arrendamiento y Usufructo dice. si bien tienen ese objeto. están

preordenadas por la voluntad de los interesados, sin que la ley haga más que impedir perjuicios a los demás. Esta idea de explotación se contrapone a la de mero uso, dirigido a necesidades individuales vía la cosa misma, sino que implica generación e intercambio de excedentes, para cubrir distintas necesidades y a la vez, relaciones entre capital, tecnología y trabajo (5) .

Sin negar que éstas tendencias rebasan nuestro marco teórico y en un afán de generalización útil y moderado, debemos afirmar que existe identidad de función entre Arrendamiento y Usufructo, función que finalmente se traduce en una separación o distinción de la sustancia y el aprovechamiento o renta de un bien, afirmación incluso parcial si se piensa, por ejm. en, un Usufructo constituido a título oneroso. Dentro de éstas consideraciones, habría que preguntar. ¿porque dos categorías distintas para desarrollar una misma función?, pregunta relevante si tenemos en cuenta que a situaciones con la misma lógica se aplicará normatividad distinta.

### 2.3. EL ASPECTO GENETICO

Cuando nos referimos al aspecto genético sólo queremos aludir a las implicancias de ambas

instituciones desde el punto de vista de los diversos supuestos normativos que las generan como relaciones jurídicas.

El artículo 1000° del Código Civil señala:

"El usufructo se puede constituir por:

1. Ley, cuando expresamente lo determina
2. Contrato o acto jurídico unilateral
3. Testamento

No existe un artículo similar en materia de Arrendamiento, si bien hoy no le sería incompatible. Piénsese en los arrendamientos generados por las prórrogas a través de decretos supremos. Se han dado casos de "prórrogas" que en realidad revivían relaciones contractuales ya fenecidas. Lo que sucede es que por la perspectiva desarrollada por el Código, el contrato sigue siendo su fuente por excelencia.

El inciso 1 se refiere al Usufructo de los padres sobre los bienes de los hijos y al del cónyuge supérstite, regulados en los artículos 423° inciso 8 y 732° de los que nos ocuparemos en un párrafo posterior por su especialidad. Tampoco nos referiremos al Usufructo Contractual ya que la mayoría de nuestro análisis se refiere a él. por lo que remitimos a los párrafos siguientes. Queremos referirnos al Usufructo creado según el inciso 2, por acto jurídico

unilateral y al inciso 3, referido al Usufructo Testamentario. En primer lugar, hay que deducir que el acto unilateral a que se refiere el inciso 2, no es el testamento, pues éste se encuentra regulado en el inciso 3, por lo que se referiría a la Promesa Unilateral, regulada en el artículo 1956°, que aparentemente sólo la restringe a crear obligaciones para el promitente, por lo que la creación del Usufructo no estaría prevista en su supuesto. Paralelamente existe toda una polémica doctrinal sobre éste tema, pronunciándose los autores, en general, por una posición negativa (6). No hemos encontrado antecedentes en ningún Código Civil presente ni en el de 1936, así como tampoco explicaciones en alguna exposición de motivos. Creemos sin embargo que ya que la norma está dada, habrá que reconocerle ese efecto generador.

La última referencia que haremos aquí tiene que ver con el Usufructo creado por Testamento, ésto es el legado de Usufructo. Los autores consultados (7), dicen que el Usufructo desde su función económica se constituye normalmente para contribuir a la satisfacción de las necesidades de una persona-el usufructuario-mientras viva. señalando que su mayor utilización se presenta en situaciones de naturaleza

sucesoria. porque el testador desea favorecer a una persona sin que los bienes pasen a los herederos de ésta, sino a los suyos propios". Lo mismo sería pertinente también respecto de los creados por contratos a título gratuito. Sin embargo, éstas afirmaciones parecen parciales ya que si bien el Testamento por su carácter gratuito permite esa función, aquello no siempre es cierto si como en nuestro caso, los Usufructos voluntarios son transferibles y no necesariamente vitalicios como veremos más adelante. Lo de la satisfacción de necesidades personales es una idea que se ha petrificado en los autores que se ocupan del tema, pero explicable por razones históricas. Fuera de ésto, entre los Usufructos voluntarios, el creado por Testamento, es el que parece mantener cierta vigencia social.

#### 2.4. ARRENDAMIENTO, RELACION OBLIGATORIA, USUFRUCTO.

##### DERECHO REAL

##### 2.4.1. LA DIFERENCIA ENTRE LAS RELACIONES

##### OBLIGATORIAS Y LOS DERECHOS REALES. \_\_\_\_\_ LA

##### CUESTION DEL ARRENDAMIENTO

El Código Civil de 1984 ha tipificado el Usufructo en el libro V titulado "Derechos Reales" y el Arrendamiento en el libro VI titulado "Fuentes de las

Obligaciones", pero ¿que es un derecho real y que una obligación? En ninguno de los dos casos encontramos criterios que los determinan pese a que debemos reconocerlos como criterio distintivo que el legislador ha establecido. Los únicos criterios que pueden orientarnos en primera instancia son los doctrinarios.

En el derecho real, explica Doménico BARBERO no corresponde ningún deber específico de otros sujetos singulares dirigido a "hacerle conseguir" la satisfacción del interés contemplado en la relación, sino que corresponde solamente un deber genérico de todos los no titulares del mismo derecho, para no impedirle la satisfacción por hecho propio de aquél mismo interés, por ejemplo, la propiedad. El titular del crédito, en cambio no puede recabar por sí la utilidad garantizada, sólo puede aguardarla de la prestación del deudor o espontáneamente cumplida o coactivamente exigida (ejecución en forma específica) o sustituida por el resarcimiento. Frente a él surge el "deudor" (uno o más, pero determinados), específicamente obligados a hacerle conseguir precisamente aquella utilidad. La satisfacción del interés implicado en el crédito, depende así del deudor (8) .

Se trata de la llamada immediatez del derecho real, carácter sin embargo no presente en derechos reales como la hipoteca, la prenda o la servidumbre negativa y teóricamente sí, en obligacionales como el Arrendamiento y el Comodato.

De éste carácter inmediato, la doctrina tradicional deriva que si el derecho real puede ser violado por toda la masa de terceros (obviamente en tanto se encuentren en un supuesto concreto), a éstos terceros incumbe un deber genérico de abstención por lo que su defensa puede desplegarse frente a todos - eficacia erga omnes; en cambio no pudiendo el incumplimiento de la deuda provenir más que de una o varias personas específicamente obligadas, la defensa del crédito no puede desplegarse más que frente a ellos(9).

Esta es la Absolutividad del derecho real. No se entiende sin embargo, como pueden los terceros violar un derecho real de garantía o uno de servidumbres. Además, aquello que el derecho real es ejercitable absolutamente y el de crédito es relativo no se cumple ante situaciones como la propiedad transferida según el artículo 949° que no puede oponerse al adquirente posterior que inscribió. En nuestro caso, una relación que no es considerada "derecho real" como el

Arrendamiento puede lograr en virtud de la inscripción registral, una oponibilidad mayor a la interpartes.

Según lo dicho, el Arrendamiento sería una relación de obligación porque el arrendador debe hacer conseguir al arrendatario el goce del bien, a diferencia del Usufructo, que supondría siempre la acción directa del usufructuario, tendiente al goce del bien. Como veremos, ésta visión tradicional es parcial para explicar la realidad, en toda su heterogeneidad, pero desde ya habría que preguntar porque una misma función económica debería realizarse vía una supuesta estructura jurídica distinta.

El mismo método de construcción jurídica, que ya criticamos en el capítulo anterior se observa en la famosa disputa sobre la naturaleza jurídica del Arrendamiento o del derecho del arrendatario, casi siempre citado como un caso en que la tradicional clasificación hace crisis.

Así para LAFAILLE, uno de los problemas que se plantean con relación al contrato de locación es el de averiguar si el derecho que tiene el arrendatario es de carácter real o meramente creditorio (10) Obviamente, éste inicio en el método va a marcar toda la investigación, porque lo que se buscará es hacer

encajar ésta relación en dos categorías consideradas verdades necesarias.

El autor mencionado, junto a PEREZ LASALA (11) recuerdan que en el derecho romano el arrendatario no tuvo más que derechos personales, sólo eficaces frente al arrendador. La Lex Emptorem estipulaba que una vez enajenada la finca, terminaba el contrato de locación y el adquirente podía expulsar al colono, (que sólo debía ser indemnizado por el vendedor). Sin embargo, se preveía la posibilidad de un pacto en contrario, que si en un comienzo tuvo carácter excepcional se convirtió con el tiempo en la regla, a tal punto que en la última época de su vigencia casi era de rigor que se estableciera en todos los contratos que enajenada la finca el contrato de arrendamiento debía ser continuado por el adquirente. Es en la Edad Media que se abolió la Lex Emptorem. En el Derecho Germánico, más concretamente el Landrecht prusiano. se pasa del emptio tollit locatum (expresión equívoca porque lo que rompe el Arrendamiento es la transferencia de propiedad) a la regla contraria (Kauf bricht nicht Miete). El Código Civil francés encontró ésta práctica establecida. por lo que su artículo 1743° estableció que si el arrendador enajenase la finca arrendada, siempre que tuviese fecha cierta el contrato de

locación, el mismo subsiste por el tiempo convenido. Esta circunstancia hizo pensar a juristas como TROPLONG que el arrendatario tenía un verdadero derecho real, ya que razonaba que si el derecho del arrendatario sobrevivía al arrendador, era porque tenía un derecho sobre la cosa y no contra la persona del arrendador. Si el adquirente debía respetar ese derecho sin haber contraído una obligación era porque el arrendatario tenía un derecho real.

Desde entonces, autores de varias nacionalidades se han esforzado por "averiguar" o "explicar" la naturaleza de éste derecho, sin aparentemente llegar a una solución unánime o de consenso, oscilando entre quienes defienden su naturaleza real (12) y quienes la niegan (13), siempre tomando la clasificación como necesaria o natural, así como los que descubren su esencia en una categoría intermedia (14), (posición más fecunda, pese a estar sujeta a similares reparos), discusión ésta originada básicamente en las siguientes consideraciones:

a) Que con posterioridad a la entrega del bien, el interés del arrendatario, no se cumple por la ejecución de una prestación como en la correlación crédito-obligación, sino por acción directa del arrendatario quedando el arrendador en una situación de mera

tolerancia-como en el Usufructo-lo que ha supuesto abandonar la antigua concepción del Arrendamiento que veía en el arrendador una obligación de prestar quotidie et singulis momentis (cotidianamente y minuto a minuto) el goce al arrendatario, además de atribuir a las obligaciones del arrendador, de conservar y garantizar el goce pacífico del bien, como efectos naturales y puramente eventuales (15).

b) La Oponibilidad, que los diversos códigos otorgan al Arrendamiento, con el cumplimiento de ciertos requisitos.

c) Las legislaciones protectivas del arrendatario (prórrogas, limitaciones al poder del propietario)

Es notorio como a partir del mal planteamiento de la pregunta ¿cuál es la naturaleza del arrendamiento?, todas las posiciones son válidas ya que se basan en características que en los diversos órdenes jurídicos se otorgan al derecho real y a la obligación, por lo que caen. en lo que antes criticamos como "razonamiento circular", al no fundarse en consideraciones o implicancias materiales o valorativas, sino que toda la discusión se circunscribe a la creación de un "problema" jurídico. siempre soluble por criterios normativos predeterminados, considerados categorías

evidentes o necesariamente existentes. válidas en si mismas. Sólo como ejemplo de que lo dicho supone la aplicación de categorías consideradas "sobrenaturales", aplicables siempre, está el caso de la oponibilidad del Arrendamiento. DERBURNG señalaba que la regla *emptio tollit locatum* era perfectamente comprensible cuando lo arrendado eran bestias o muebles pero que parece difícilmente concebible tratándose de predios rústicos e inmuebles (16). FUBINI, por su parte recuerda que el *inquilinus* y el *colonus* tenían una gran dependencia respecto del absoluto derecho de propiedad del *domínus romano*, por lo que mal puede compararse una situación en que el goce no podía separarse de la propiedad (17).

Pero, ¿como surgió éste "problema" de la diferencia entre los derechos reales y las obligaciones?. Todo parece indicar que existió una advertida o inadvertida mala interpretación de-cuando no-categorías romanas.

Distinguían los romanos entre "*actio in rem*" (acción real) en la que la *intentio* de la fórmula no contenía la designación del demandado y la "*actio in personam*" (acción personal) en que aparecía tal designación. Además designaron "*ius in ea re*" al usufructo, la servidumbre y la hipoteca. Por la primera "*actio*" el demandante trataba de obtener

aquello que era suyo (acción reivindicatoria). También se consideraban acciones reales, la confesoria, (el titular de un derecho sobre cosa ajena se dirige contra el propietario para que se declare la existencia y efectividad de su derecho, ejemplo, derecho de uso y disfrute) y la negatoria (del propietario para que se declare que otro no tiene ningún derecho sobre la cosa de su propiedad). Su característica común era negativa, es decir la ausencia de una obligatio a cargo del sujeto pasivo. Por eso el nombre del demandado no aparecía en la intentio de la fórmula, más si en la condemnatio. En cambio, en la actio in personam, el demandante afirmaba un deber que una persona tiene contra él. El pretensor aparecía accionando contra aquel obligado con nosotros por un contrato o un delito, por lo que el nombre del demandado aparecía en la intentio (18).

Parecía por tanto. que relaciones como el Usufructo o la Propiedad se entablan con la cosa y son ejercitables por tanto, erga omnes, a la inversa de la acción personal, de efectos relativos a la designación del demandado. Pero la lógica de la distinción fue netamente una forma procesal.

Es en la Edad Media que nace la terminología ius in re y ius in personam para designar en general

derechos reales y derechos personales. Glosadores y Postglosadores, bajo la preocupación escolástica de encontrar la causa actionis, la hallaron en los derechos que protegían. El error de la concepción tradicional, explica PEREZ LASALA, en entender la immediatez como la nota característica de los derechos reales, radica en la aplicación de textos romanos a supuestos no contemplados en ellos. Ellos situaban la distinción a nivel de las acciones, en el procedimiento. La distinción presuponía un derecho violado y para remediar la lesión se otorgaba la acción correspondiente. El criterio distintivo, pensado para acciones fue transplantado a los derechos, viéndolos desde su aspecto pacífico de goce o disfrute. La distinción romana que se basaba en la protección o tutela de los derechos patrimoniales-aspecto dinámico-pasó en la concepción clásica a ser una distinción de los derechos desde el goce o disfrute-aspecto estático. Hubieron de hacer malabares en figuras como la hipoteca que no otorgan ese goce o en derechos personales que si lo otorgan (19).

Es así que situaciones tuteladas por acciones reales como el Usufructo fueron considerados derechos reales y aquellos como el Arrendamiento que generaban

acciones personales, son ahora derechos personales o de obligación.

El planteamiento del problema hasta ahora realizado, merece por lo pronto un pronunciamiento respecto al método utilizado, por lo menos desde nuestro marco teórico, en el cual las categorías jurídicas se definen en función de su utilidad y en cual el Derecho regula relaciones entre personas, por lo que en última instancia el contenido esencial o básico de éste - de sus relaciones jurídicas por tanto es un mandato o una prohibición de conductas. Por eso, GOMEZ ORBANEJA se pregunta si ser propietario de un jardín no consiste en realizar respecto del bien todas las actividades que se nos ocurran sino en poder recuperarlo de quien de él nos priva. Es cierto que lo que importa al propietario y aún al Derecho es el goce porque las prohibiciones no son dadas in vacuo. Por ello IHERING definió al derecho como interés protegido. La tesis que defiende no niega la finalidad sino que el derecho constituya él mismo la finalidad, ya que es sólo un medio para alcanzarla. Al igual que THON, quien no reconocía en el derecho, la corteza protectora (la tutela jurídica) y el núcleo (el interés) y sólo conceptuaba como derecho subjetivo la primera (20).

JELLINEK, al respecto, proporciona el ejemplo de la propiedad de un caballo. El orden jurídico me permite venderlo, prestarlo o darlo en arriendo, más es indiferente que lo monte o enganche a tiro.

La teoría negativa, al no admitir que el cometido de las normas sea otorgar autorizaciones, no considera en el inmenso repertorio de actos humanos más que aquellos ordenados o prohibidos. Nadie le manda ni le prohíbe al propietario, montarlo. Es su decisión hacerlo o no. Son quehaceres sin significación jurídica, manifestaciones de la libertad individual. Si el dueño del caballo al querer montarlo descubre que se lo han robado, el ordenamiento jurídico le prestará su ayuda mediante la obligación coactiva de quien lo tenga en su poder de devolverlo. Este es el contenido fundamental del derecho dominical. Para nada juega en su actuación los propósitos de afectado y ofensor o su situación personal. Lo mismo si se impide al propietario llegar al caballo para montarlo. De acá se desprende que el ordenamiento jurídico no protege directamente el goce del bien y que éste goce no es el ejercicio del derecho. Por ejemplo, si el propietario no posee capacidad física para montarlo resulta chusco preguntarse si no puede pedir ayuda al Estado para subir. Si tuviese un derecho a usar el caballo o sí

ese uso fuera la forma de ejercitar ese derecho, no sería chusca la pregunta (21).

En nuestra opinión ésto se cumple en cualquier tipo de relación jurídica con independencia de la calificación o la cualidad que le otorguemos a su estructura, real, obligacional o cualquier otra.

Respecto al carácter absoluto, u oponibilidad erga omnes (22) hemos asumido que las categorías no poseen cualidades perse sino que es menester razonar que si un grupo de hechos es verdad respecto de una persona, ésta recibirá las consecuencias que a ellos imputa el Derecho, entre ellos la calificación, pero éstos hechos deben producirse, asunto para el cual no interesa la calificación o rótulo predeterminado del derecho en cuestión, lo que nos merecera un parágrafo especial. De modo que así en abstracto no podemos aceptar que el Usufructo se diferencia del Arrendamiento porque sea un derecho real y éste no, ya que éstas mismas categorías normativamente explicadas, se encuentran en entredicho. Se requerirá por tanto, un análisis de la lógica material - no normativa - que está o estaba detrás de ellos, y en última instancia de las implicancias que pudiera marcar su determinación normativa.

2.4.2. LA DIFERENCIA EN EL PRISMA DE LA EVOLUCION  
DE LA FUNCION ECONOMICA. LA RESULTANTE

Analizar la diferencia entre el Arrendamiento y el Usufructo según la perspectiva planteada, supone analizar la relación del Derecho Patrimonial con los cambios económicos-sociales y los principios políticos y constitucionales. El punto central es el derecho de propiedad, desde donde se conecta toda una serie de derechos y situaciones jurídicas. Lo dicho vale respecto al Arrendamiento y el Usufructo, que pueden ser entendidos, desde un consensual punto de vista, como modificaciones en el derecho de propiedad o resultantes de su dinámica.

Sin ánimo de caer en un historicismo simplista, podemos distinguir hasta 3 etapas. La primera etapa, de Derecho Romano, en que es posible, dice TRAZEGNIES, que en los orígenes se dio un cierto comunismo primitivo, a la que sucedió una cierta propiedad con una forma básicamente familiar. Se trata más bien de una manera de excluir la intervención del Estado en el seno de la familia, que de crear derechos intercambiables sobre las cosas. La propiedad del paterfamilias se extiende sobre las cosas y las personas, va indisolublemente ligada a la patria potestad, lo que es inaceptable hoy. Al final de la

República toma un carácter más absoluto bajo el nombre de dominium ex iure Quiritium, que podría ser el remoto antecedente de nuestra moderna propiedad, pero difería en que sólo era aplicable a los ciudadanos romanos y dentro de la Península itálica por lo que no era un concepto universal e intercambiable. No alcanzaba a todas las tierras o todos los bienes. Cada vez se hacía más importante debido a las conquistas militares la existencia de tierras públicas, no sujetas al dominium (23).

Dentro de éste contexto no individualista, en que la célula de la sociedad es la familia-entendida a la romana, por cierto - además de una creciente intervención del Estado, encontramos el germen del Usufructo y del Arrendamiento (locatio) romanos. El Usufructo aparece posiblemente hacia finales del siglo VI, cuando entra en quiebra la vieja concepción familiar y se difunde el matrimonio libre-sine manus. Su nacimiento responde a la necesidad de dejar a la viuda lo necesario para seguir viviendo en la forma que lo hiciera antes de morir el marido y sin que, se le nombre heredera en perjuicio de los hijos. Tiene carácter alimenticio, si esto se entiende en sentido amplio. Esta función alimentaria implica sus principios fundamentales:

a) Conexión inescindible con la actual estructura y destino económico de la cosa.

b) Conexión igualmente inescindible con la persona y la situación jurídica (status) del usufructuario lo que implica su intransmisibilidad, salvo en lo que toca a su ejercicio, que mantienen como titular y responsable al usufructuario.

c) La temporalidad, que importa que el Usufructo cuando no se fije otro término, cese con la muerte del usufructuario (24).

Se trata pues de un derecho fuertemente subjetivado, configurado como personalísimo y temporal, además generalmente gratuito, como usualmente lo define la doctrina. Obviamente la permisión posterior del Usufructo constituido por Contrato, en el mismo Derecho Romano, - ya que originalmente tenía forma testamentaria - desvirtuaría con el tiempo la función originaria.

Respecto al Arrendamiento. su origen y función responden a factores históricos y económicos: distintos.

Fue conocido desde antiguo el arrendamiento de semovientes, porque las bestias de carga o de tiro, tan útiles a la agricultura tenían demasiado precio para que cada jefe de familia pudiera poseerlas en número suficiente y era preciso alquilarlas si no se

encontraba alguien que las prestase. por lo que la locación de bestias era ya conocida en los tiempos de las XII tablas, mientras la de casas sólo se desarrolló cuando después de las guerras púnicas afluyeron a Roma gran número de extranjeros y la de tierras se introduce más tarde al aplicarse a las tierras de los particulares la relación jurídica que en un principio sólo se había usado a propósito de las tierras públicas que el Estado no podía explotar directamente. Similares orígenes y función, se aprecian en el derecho de Superficie y la Enfiteusis, básicamente por la cada vez mayor influencia de familias hegemónicas y la incapacidad de control del Estado, el cual termina por hacer concesiones a cambio de una renta (25).

Son pues distintos factores a partir de los cuales la teoría del Arrendamiento se ha formado sobre la onerosidad y la dependencia esencial del derecho del arrendatario respecto al arrendador.

La segunda fase, definida como medieval o preliberal se caracteriza, a decir de DIEZ-PICAZO. por un marcado inmovilismo en la situación de la propiedad, continuamente amortizada en virtud de la tenencia de las llamadas "manos muertas" y especialmente por su

carácter vinculado a través de prohibiciones de disponer intervivos, de carácter perpetuo o de plazo muy largo, mediante el establecimiento de, largos o perpetuos estatutos sucesorios (mayorazgos, etc.). Existe una clara conexión entre la titularidad jurídico privada y el ejercicio de funciones públicas (señoríos jurisdiccionales, relaciones de vasallaje, colonatos), ejerciendo los señores de la tierra jurisdicción sobre las personas asentadas en ella. Las relaciones jurídico-reales se multiplican en virtud de sucesivos fraccionamientos (dominio útil, dominio directo) proliferando los derechos reales y las cargas a ellos vinculados (26).

El Arrendamiento y el Usufructo, tienen características sustancialmente distintas, a las de hoy en día, no pudiendo en primer lugar precisarse si son relaciones de Derecho Público o Privado. El señor feudal es "propietario" de la tierra, lo que le confiere el poder de organizar políticamente su territorio. El derecho de propiedad se encuentra ligado intrínsecamente con facultades políticas, administrativas y judiciales ... los derechos del propietario a los que atribuimos mayor importancia - uso y disposición del bien - se encuentran muy recortados. Este señor feudal, observa TRAZEGNIES,

propietario aparentemente omnímodo, entrega su propiedad parcelada a terceras personas para que sean ellos quienes la usen a cambio solamente de una renta y ésta entrega tiene carácter perpetuo, de manera que el vasallo sólo puede ser desposeído en circunstancias muy especiales. En realidad el vasallo resulta el verdadero detentador de la tierra, el que ejerce mayores derechos sobre ella. Por eso, en la medida que se abandona la antigua noción cuasicomunal del feudo y se acentúa el individualismo a través de la afirmación de derechos subjetivos individuales, ésta propiedad feudal se parte en dos: el dominio directo y el dominio útil, resultando dos propietarios sobre el mismo bien. No puede decirse para salvar una definición universal del derecho de propiedad que sólo el señor feudal era el verdadero propietario y que el llamado "dominio útil" era una vinculación contractual como la locación ... el titular del dominio útil tenía un derecho tan fuerte sobre la cosa que a la larga se convertirá precisamente en el propietario moderno, mientras el señor feudal perderá su dominio directo. La Revolución Francesa actúa como una verdadera reforma agraria, consagrando como propietarios a los vasallos ya que éstos en la práctica habían adquirido todas las ventajas jurídicas de la propiedad (27).

Sabemos que el Usufructo fue asimilado a los diversos contratos de locación, mientras el Arrendamiento se caracterizó por su tendencia a la perpetuidad, a tal punto que su historia se confunde con la de la Enfitéusis, que más bien constituían formas de derechos reales (28).

Todas éstas relaciones básicamente agrarias, expresan la racionalidad estática de la Economía - léase de la propiedad. Los valores económicos son el valor de uso y de renta, no el de mercado. Ser arrendatario o usufructuario, significa estar gravado con una serie de deberes público-privados, en relación al señor (vasallaje, colonatos) y viceversa, concepción inaceptable para nuestros Arrendamientos y Usufructos modernos. Estos titulares al igual que el enfiteuta podían ser considerados "propietarios", al haber adquirido el uso y disfrute perpetuos, al margen de que como categorías aparezcan faltas de autonomía. Los derechos son intransferibles o su intransmisibilidad es de largo plazo. De allí el carácter de perpetuidad que se asigna a la propiedad, o la famosa discusión sobre si el enfiteuta se convertía o no en propietario, la denominación de "nudo propietario" o la discusión sobre si el usufructo es un tipo de propiedad. El desarrollo de éstas funciones económicas conlleva la

proliferación de los derechos reales y de las cargas a ellos vinculados, los que otorgaban acciones reales a su titulares (prestaciones censales, etc). Los Usufructos aún identificables parecen reducirse a los sucesorios y a los ligados a funciones eclesiásticas, los que mantienen su carácter personalísimo (29). De modo que en ésta etapa, la diferencia no se presenta no sólo por lo dicho sobre su función, sino por la falta de autonomía de éstas instituciones.

Esta situación variará sustancialmente en la etapa liberal. En ella el centro de gravedad se traslada a la titularidad, cualquiera sea el medio jurídico a través del cual se instrumente, de los bienes de capital genéricamente considerados, que es fundamentalmente un poder económico medido en dinero. Para valuar la propiedad pierden importancia el valor de uso o el de renta. Se trata de un intento de facilitar el comercio de propiedades y su entrada al mercado de manera masiva. Se libera al dominio de las antiguas cargas y vínculos, rezagos del feudalismo. Se eliminan mayorazgos y prohibiciones eternas de enajenar. La propiedad es una mera y abstracta titularidad con indiferencia hacia sus contenidos reales. Se regula por un esquema abstracto, en principio idéntico cualquiera sea su objeto (un par de

zapatos o un latifundio), consagrándose además la libertad de los titulares de los derechos en orden a la destinación de los bienes y a las posibilidades de utilización y goce (30).

Se trata de favorecer el intercambio de bienes, para satisfacer intereses protegidos desde una óptica individual. De una racionalidad estática se pasa a una dinámica (de cambio). La propiedad vale por su valor de mercado, por su facultad de disposición que en lo posible debe ser irrestricta. El sistema preliberal mantenía éste valor casi nulo. Esto se entronca con el Contrato y los principios liberales que lo informan, lo cual sin embargo suponía cambios en las categorías jurídicas existentes.

El sistema preliberal había requerido de un sistema de libertad, de origen básicamente germánico, que permitía atribuir efectos reales a ciertas situaciones obligatorias como la obligatio reí, propter rem, etc., consecuencia de lo cual fueron las confusas ligaduras y gravámenes que asfixiaban la propiedad (Numerus Apertus en Derechos Reales) Por ello la Revolución si bien no hizo una declaración explícita sobre este particular, manifestó al igual que la doctrina su recelo (31).

Si bien existe discusión sobre el sistema que adoptó el codificador francés parece que trató de retornar al sistema romano de creación de derechos reales, que otorgaba acción real sólo a algunas formas de servidumbres, entre las que la tradición justineana incluyó el Usufructo. además del tipo especial de propiedad constituida por la Superficie.

Cuando los códigos y leyes de principios de siglo abolieron la propiedad señorial, el contrato de Arrendamiento readquiere gran importancia y los principios de la economía liberal influyen sobre su reglamentación, imperando leyes de sentido individualista en que se consagró la absoluta libertad contractual y con ella el predominio de los propietarios (32).

Se nos ocurre que el codificador limitó los derechos reales y entre Usufructo y Arrendamiento sólo consideró como tal al Usufructo y como relación de obligación al Arrendamiento, purificándolo de todo lo medieval que pudiere tener, recuperándolo a partir de una utilización de la interpretación dada por los Glosadores al sistema romano de acciones y Numerus Clausus, para no obstaculizar la transmisibilidad de la propiedad. Nótese sin embargo, que ésta propiedad ha sido traspasada a los vasallos y sus sucesores por el

efecto de reforma agraria de la Revolución, De allí la necesidad del Numerus Clausus sobre las figuras de efectos absolutos.

Esto, porque como afirma DIEZ-PICAZO, un derecho resulta más protegido articulándolo como real ... la variabilidad de los tipos tendrá relación con el sistema de propiedad. Una mayor protección del dominio debe tratar de impedir las limitaciones de carácter real. Una política liberal en orden a la propiedad es una política restrictiva de los derechos reales ... una generosa con los derechos reales es claramente limitativa de la propiedad... éstos derechos reales obstaculizan, enervan o impiden el pleno ejercicio de las facultades dominicales que en otro caso el propietario podría normalmente ejercitar (33).

Instituciones como la Propiedad, el Usufructo o el Arrendamiento son construidas buscando la simpleza que ésta sociedad requiere, utilizando para ello materiales del pasado, salvo en lo que se opusieran a la nueva racionalidad. El resultado a nivel normativo ya lo conocemos: por el lado del Usufructo se retornó a su "esencial" temporalidad, además de que el artículo 595º, del Código francés de 1804 rompe con el tradicional carácter intransmisible del derecho de Usufructo, permitiéndose su transmisión intervivos y

por tanto su gravamen, a imitación de la propiedad. Como derecho real la doctrina lo reconstruye como poder amplio de goce de un bien, no sujeto a prestaciones del propietario, correspondiéndole a éste a lo más una situación de tolerancia, ya que su esencia es ser un derecho de iniciativa. En cuanto al Arrendamiento, existe la doctrina según la cual el arrendador debe "hacer gozar", "procurar", "garantizar" o "mantener en el goce" al arrendatario, retornando o reformulando la dependencia del derecho de éste respecto a la actividad del arrendador (es decir el propietario liberal). Se establecen además limitaciones en su plazo de duración, con carácter de orden público ("orden público" similar al que informa el Numerus Clausus). Por todo lo antes dicho, existe libertad contractual en ésta, por esencia, relación contractual, lógica además que explica porque la doctrina señala, que en éste caso, el goce está restringido a lo estipulado en el contrato, es decir con el propietario.

La regla del 1743° del Código Civil francés es una excepción explicable sin embargo por la costumbre pero además porque parece subsistir en ésta figura una consideración de la actividad del arrendatario-otra diferencia teórica con el Usufructo-(ejemplo, Arrendamiento, Enfiteusis de predios rústicos), lo que

acentúa el carácter de oneroso), lo que implica evitar su interrupción, protegiendo así al propietario (adquirente) y al mismo arrendatario (34). La misma lógica explica una regulación más restrictiva del subarriendo, que como en nuestro artículo 1692º requiere asentimiento del arrendador a diferencia del usufructuario, que puede arrendar el bien como facultad "natural".

Se trata pues, de ejercicios tipológicos perfectamente explicables por criterios históricos y de intencionalidad económica. La sociedad planteada es individualista porque cree que cada uno desde una actitud egoísta puede decidir lo que mejor le conviene para lo cual el medio idóneo es el contrato al que TRAZEGNIES llama el brazo extendido de la propiedad (35) .

El marco teórico neoclásico ha supuesto una comprensión del Derecho como coadyuvante al funcionamiento del mercado a través de la eliminación de los costos que pudieren generar las transacciones. En esa lógica, TORRES LOPEZ define los Property Rights como derechos de apropiación que permiten excluir a los demás del recurso en cuestión, por lo que más que afectar a la mera propiedad de la cosa afectan la posibilidad de comportamiento y

competencias de que dispone su titular, son relaciones basadas en la escasez de recursos caracterizados por su Universidad, (todos pueden ser poseídos por alguien salvo que su abundancia los aseguren a todos sin excluir a los demás) Exclusividad (que aparece cuando los costos de lograr su uso exclusivo resultan compensados con los beneficios que el propio uso exclusivo genera) y Transferibilidad (para que a través de intercambios los recursos lleguen a sus usos más eficientes). Para ello se requieren las relaciones obligatorias generadas por los Contratos a cuyo Derecho se encomienda el flujo de los recursos, a través de funciones como la disuasión del incumplimiento, el establecimiento de que acuerdos son y no son vinculantes y su función informativa, estableciendo condiciones generales que eviten la negociación de todas las contingencias (36).

Esta exclusividad, fue traducida por la doctrina clásica en inmediatez (relación con la cosa) espejismo producido por la exclusividad, como bien acota BULLARD, que implica la posibilidad de excluir (37) .

La Economía Moderna, fundada en el tráfico ha supuesto fases previas o de salida y fases finales o de llegada, del intercambio. Así, las relaciones

jurídico-reales y las jurídico-obligatorias no pueden entenderse más que unas en función de otras.

Las críticas por todos conocidas lanzadas al sistema, han supuesto fórmulas de economía dirigida a planificada estatalmente, situación mucho más clara en economías de signo capitalista en que así se protegen los intereses ligados al capital. La propiedad pierde su valor primordial, poniéndosele al servicio de otros fines (interés general) renaciendo en otro sentido los vínculos y cargas reales (uso en armonía al interés social). Aparecen las obligaciones de los propietarios. Se dinamiza el derecho de cosas.

convirtiéndose en uno de obligaciones. El derecho real está cada vez más limitado en cuanto a acciones reivindicatorias, ampliándose los estados jurídico obligatorios en que se desenvuelven, tornándose obligaciones propter rem (38).

Pensemos en la legislación de inquilinato (prórrogas, controles de rentas, cortes de juicio) que al limitar las libertades contractuales han limitado el poder del propietario, a tal punto que existen quienes han hablado de una nueva propiedad, de tipo enfiteutiforme (39). Esto es fruto además de los monopolios generados por la acumulación capitalista, lo que ha hecho que las relaciones económicas y jurídicas

se entablen a niveles colectivos y por tanto, impliquen la intervención estatal. Los tradicionales derechos reales como la Propiedad y el Usufructo tienden a definirse más que como conjunto de poderes como conjunto de limitaciones. Un ejemplo de lo que decimos, puede verse si nos planteamos (tipológicamente) como clasificación de bienes, la de bienes de consumo y de producción, en que no tiene sentido hablar de poderes perpetuos y absolutos, así como no es posible entender el Usufructo más que como relación con el propietario o la incapacidad de éstas categorías para explicar la oponibilidad del Arrendamiento inscrito,

Lo mismo cabe decir de bienes como los títulos-valores o las "propiedades" incorporales.

La explicación del agotamiento de las categorías clásicas, se halla nuevamente en las funciones del Derecho.

Este, apunta BULLARD, protege y regula ciertas situaciones, pero al mismo tiempo permite la variación por canales preestablecidos, de los "status". Lo primero es la estática, lo segundo, la dinámica. De un sistema estático, en que los bienes pertenecen a la sangre, que minimiza el riesgo y el cambio de "status" no es atractivo, se pasa a uno signado por la

movilidad. Se trata de incentivar a que los agentes arriesguen sus status, resultado de lo cual es la protección de los adquirentes que confían en los signos de reconocibilidad como el registro o la posesión. Estas seguridades permiten evaluar si conviene o no arriesgar, decisión siempre personal, asunción de riesgos que consiste en la creación de relaciones obligatorias que hacen desaparecer la estática y dinamizan la relación pues la conducta del agente no dependerá ya sólo de su voluntad sino de una distinta que puede exigirle que modifique su "status". El carácter estático se logra por la inmediatez (exclusividad) y la oponibilidad de la relación jurídica. Lo que sucede es que en ésta fase el "status" de fin se convierte en medio lo que hace difícil la separación. Si bien es una clasificación caprichosa, la doctrina tradicional tiende a identificar como reales las relaciones que han desarrollado una función estática a través de la inmediatez y la oponibilidad absoluta y como obligacionales las que han desarrollado una función dinámica (40).

A partir de éste cambio los propietarios o agentes económicos tienden a preferir el Arrendamiento como relación de dinámica, por su posibilidad de transmitir

el bien liberándolo del arrendatario, lo que favorece el intercambio privado. El Usufructo tiende a ser dejado de lado ya que su absolutividad significaría obstruir a la propiedad, porque se opondría a los sucesivos adquirentes, como lo fue el dominio útil respecto del dominio directo, aún temporalmente. Es cierto que hoy se cree menos que un derecho real es absoluto pero al estar categorizados así es obvio que la lógica descrita, sigue guiando al legislador y a los agentes económicos, por lo que cabe concluir que en la etapa liberal ha resultado el Usufructo, una estructura sin función, histórica, al revés del Arrendamiento, conclusión ésta misma provisional por la bipartición en Arrendamientos regidos por el Código Civil y la legislación especial, lo que desvirtuaría la función liberal de éste. Sin embargo, lo apuntado sobre el Usufructo parece justificar su desuso y que cuando se lo utilice sirva por ejemplo, para burlar disposiciones de la legislación especial. Por lo demás, dos figuras con un posible mismo origen contractual generan confusiones obstruyendo el tráfico económico que se supone. el Derecho debe lubricar.

Todo lo dicho demuestra como no tiene sentido resolver el "problema" jurídico de como se diferencian el Arrendamiento y el Usufructo, por ser una relación de obligación o por ser un derecho real, lo que supondría tomar como necesarias ambas categorías, a pesar de que son inútiles ya por englobar realidades muy heterogéneas, que tratamos de encajar a como de lugar en el molde de categorías clásicas. Incluso, el mundo no es más aquél de "soberanos individuales" en busca de su propio destino, en que el Derecho sólo debía evitar el mutuo perjuicio, sino que es un mundo de interdependencia; si bien en aquél mundo de corte artesanal y a escala individual, podía mal que bien hablarse de lo "real" y lo "obligacional", hoy en día son categorías prácticamente inexistentes. Y es que las clasificaciones y las categorías son sólo operaciones arbitrarias, dirigidas a englobar y regular ciertas realidades, pero que no son válidas perse.

#### 2.4.3. ARRENDAMIENTO. RELACION OBLIGATORIA.

#### USUFRUCTO. DERECHO REAL EN EL CODIGO CIVIL DE 1984. LA CUESTION DEL CUASIUSUFRUCTO

Una vez descartado el carácter omnipresente de lo "real" y lo "obligacional" como informadores de ambas categorías, una visión por ahora parcial del Código nos demuestra que éste no sólo no determina los alcances de

la distinción sino que existen normas y categorías que la desvirtúan.

En materia de Arrendamiento, el Artículo 1680°:  
"También está obligado el arrendador:

1. A mantener al arrendatario en el uso del bien durante el plazo del contrato y a conservarlo en buen estado para el fin del arrendamiento..."

Lo que en nuestra opinión no es sino una remisión a lo dicho en el artículo 1484°:

"Hay lugar a saneamiento en los contratos relativos a la transmisión de la propiedad, la posesión o el uso del bien"

La necesidad de proteger el intercambio ha llevado a que ésta norma integre la relación usufructuaria creada por contrato, a despecho de su naturaleza de "derecho real". Se nos dirá que en el Usufructo los posibles deberes del propietario frente al usufructuario son accesorios o eventuales y derogables, pero ésto no pasa de ser una petición de principio, aplicable también al Arrendamiento.

En el aspecto procesal, el Código regula, si bien a efectos de Prescripción y Caducidad. las acciones reales y personales (artículo 2001). También es irrelevante decir que en un caso se dispone de acciones reales y en otro de personales. Por un

lado la acción confesoria - tradicionalmente declarativa del Usufructo - es prácticamente desconocida en nuestro país. Por otro, ambos, usufructuario y arrendatario, propietario y arrendador pueden actuar las mismas acciones posesorias y personales, que les convengan para defender sus derechos. Pero la crítica más lacerante ha sido formulada por BULLARD quien ha subrayado que la naturaleza "real" o "personal" de una acción no determina efectos distintos. La sentencia en un procedimiento que persigue la reivindicación de un bien dista de ser oponible a todos sino sólo a la otra parte en el juicio. La cosa juzgada no alcanza a otras personas. Quien gana una reivindicación no necesariamente ha probado ser el propietario, pues podrá ser derrotado luego por alguien que tenga un mejor derecho. Lo mismo sucederá con una acción posesoria o con un interdicto (41)

Finalmente, una categoría que puede considerarse clásica, desvirtúa la tradicional distinción. Nos referimos al antiguo Cuasiusufructo, considerado como un Usufructo sobre bienes consumibles pero que en nuestro código ha sido reducido al usufructo de dinero: Artículo 1018º.- "El Usufructo de dinero sólo da derecho a percibir la renta"

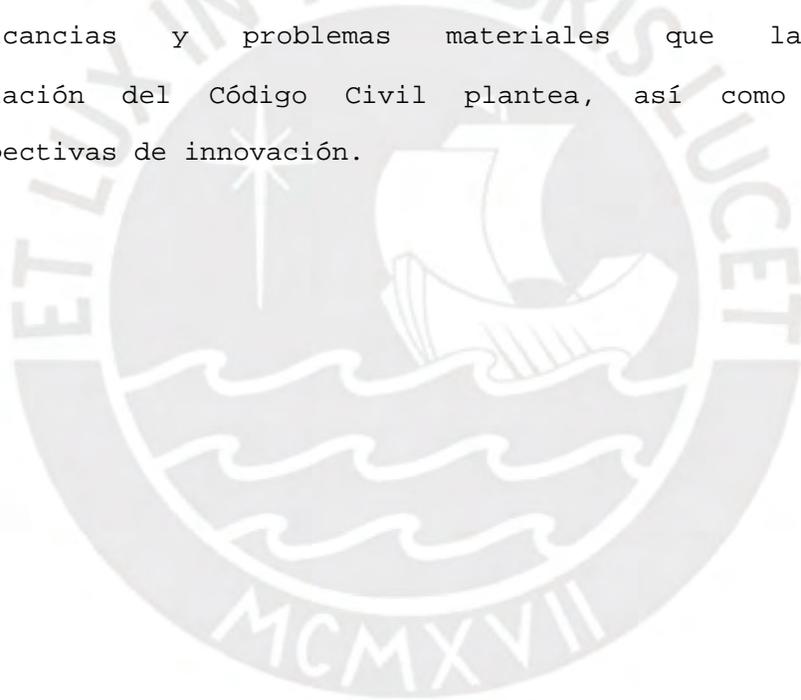
Artículo 1019°.- "El usufructuario de un crédito tiene las acciones para el cobro de la renta y debe ejercitar las acciones necesarias para que el crédito no se extinga.

Artículo 1020°.- "Si el usufructuario cobra el capital debe hacerlo conjuntamente con el propietario y en éste caso el usufructo recaerá sobre el dinero cobrado.

Habría que preguntarse que sentido tiene hablar en éste caso de un derecho real, si lo que basicamente existe es la utilización de dinero con la obligación de restituir un equivalente (increíblemente, no prescrita en el código) fuera de la renta. Por lo demás, la similitud y posibilidad de confusión con el Mutuo es evidente, por lo que ¿podría aplicarse su artículo 1648°, que obliga a restituir bienes de la misma especie, calidad o cantidad, al Cuasiusufructo, o es que por ser un derecho real y el Mutuo, uno obligacional, no se puede? Creemos que la respuesta afirmativa se impone, todo ésto obviamente salvo disquisiciones dogmáticas (42), pero lo cual supone además tener presentes los peligros de su empleo para burlar o desvirtuar la normatividad existente por ejemplo, respecto a intereses dinerarios, si como es posible se constituye un Cuasiusufructo a

título oneroso. Nuevamente se legisla en función de categorías clásicas y no de exigencias prácticas.

Terminado el análisis de éstos aspectos considerados centrales de la distinción entre Arrendamiento y Usufructo, creemos que se impone una evaluación que nos diga si el interés al goce temporal de un bien está bien servido con el Arrendamiento o el Usufructo, en sí, para lo cual se requiere sopesar las implicancias y problemas materiales que la doble regulación del Código Civil plantea, así como sondear perspectivas de innovación.



## NOTAS AL CAPITULO 2

- (1) MUÑIZ, Jorge. "Comentarios al Arrendamiento" en: Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios. Parte III. Tomo VI pag. 343. Delia REVOREDO, compiladora. Lima OKURA Editores S.A., 1985
- (2) ENNECCERUS, Ludwig KIPP, Teodor y WOLFF, Martin. "Tratado de Derecho Civil". Barcelona. Bosch, 1953. Tomo 2 Volumen 2, pag. 136.
- (3) ENNECCERUS op.cit pag 192-193
- (4) Para mayores detalles que desbordan nuestro tema: VALENCIA ZEA, Arturo. "Derecho Civil" Bogotá. Temis 1985.
- (5) Citado por DIEZ-PICAZO, Luis. "Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial". Tomo 2 pags. 696-697
- (6) En tal sentido: DI MAJO, Adolfo. "Le Promese Unilaterali" Milano, Dott A. Giuffré Editore 1989 pags. 59-63., debido a que tradicionalmente la vicisitud traslativa o atributiva de un derecho

real debe reconstruirse no sólo como acto de disposición del titular, sino también como acto de apropiación del adquirente.

- (7) DIEZ-PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. "sistema de Derecho Civil" Madrid. Tecnos, 1986. Tomo 3 pag. 376; PEÑA BERNALDO DE QUIROZ, Manuel. "Derechos Reales. Derecho Hipotecario. Madrid. Universidad de Madrid. Sección de Publicaciones, 1986 pag 259.
- (8) BARBERO. Doménico. "Sistema de Derecho Privado". Buenos Aires. EJEJA, 1967 Tomo 2 pag. 208
- (9) BARBERO op.cit Tomo 2 pag. 209
- (10) LAFAILLE, Hector. "Curso de Contratos" Buenos Aires, Talleres Gráficos Ariel, 1928 Tomo 2 pag 171.
- (11) PEREZ LASALA, José Luis. "Derechos Reales y Derechos de Crédito. Consideración Especial del Arrendamiento". Buenos Aires. Depalma, 1967. pag. 89-90. Cabe señalar que se requería además que el arrendador protegiera al inquilinos de las perturbaciones de terceros.
- (12) Así, TROPLONG en Francia, GABBA. FADDA y BENSÁ en Italia. BARRANCHINA, en España. Citados por PUIG PEÑA, Federico. Tratado de Derecho Civil Español. Madrid. Revista de Derecho Privado, 1972 Tomo 4 Volumen 2 pag. 225.

- (13) MESSINEO, Francesco. "Manual de Derecho Civil y Comercial". Buenos Aires. EJEA 1971. Tomo 5 Pags 165-167: ENNECCERUS, op.cit, Tomo 2 Volumen 2. pag. 137. JOSSERAND Louis. "Derecho Civil" Buenos Aires, Bosch y Cía Editores, 1958. Tomo 2 Volumen 2. pags 155-156; PEREZ LASALA op.cit. pags. 92-93.
- (14) GIORGIANNI, Michele. "La Obligación. La Parte General de las Obligaciones. Barcelona, Bosch. 1958 pag 88 y s.s., BARBERO, op.cit Tomo 4 pags. 92-98, quien habla en éste caso de "derechos personales de goce". VALENCIA ZEA, Arturo op.cit Tomo 4 pags 215-216 quien habla de una mera "situación jurídica de carácter real". Si bien rompen con el apriori de las dos categorías no son esencias nuevas, sino combinación de las anteriores.
- (15) BARBERO, op.cit Tomo 4 pag 92; GIORGIANNI op.cit pag. 88
- (16) Citado por GASTAN TOBERAS, José. "Derecho Civil Español, Común y Foral. Madrid Ed. REUS 1964. Tomo 3 pag. 119
- (17) FUBINI, Renato. "El Contrato de Arrendamiento de Cosas" Parte General". Madrid. Revista de Derecho Privado 1930 pag 58

- (18) DIEZ-PICAZO op.cit. Tomo 1 pag. 58. PEREZ LASALA op.cit. pag. 20
- (19) PEREZ LASALA op. cit. pag. 58
- (20) GOMEZ ORBANEJA, Emilio. "El Ejercicio de los Derechos. Madrid. Civitas S.A. 1975 pag 43-47
- (21) ibid. pags. 47-51
- (22) Existen quienes como MIRABELLI, Giuseppe. "La Locazione" en: Trattato di Diritto Civile Italiano" Volumen Settimo Tomo Quarto pags. 62-64. Filippo VASSALI(direttore). Torino, UTET, 1972, distinguen entre oponibilidad y absolutividad del derecho. La primera concierne a las posiciones de los terceros que no son parte de la relación, mientras la ejercitabilidad (absolutividad en los derechos reales) concierne a los sujetos que son parte en la relación y en relación a los cuales el derecho se actúa. El derecho al nombre puede ser hecho valer, en abstracto, en relación de cualquiera pero en concreto sólo se ejerce en relación del que se atribuye el mismo nombre. Lo absoluto es lo ejercitable en relación de cualquiera pero que sólo es actuable en relación del conflicto actual. El Usufructo es absoluto, y es oponible a los terceros que adquieren derechos sobre la cosa donde estén presentes los

presupuestos de oponibilidad (inscripción, etc.) Es absoluto en relación de los terceros a quienes sea oponible, pero además a todos los que estén en conflicto con su actuación, ejemplo.: el acto de posesión injustificada. La característica del derecho absoluto concierne a la ejercitabilidad, no a la oponibilidad.

- Nosotros creemos que ambos, oponibilidad o ejercitabilidad, dependen en sí del mecanismo de publicidad o cognoscibilidad que la relación o derecho desarrolle, ejemplo, posesión, inscripción, cognoscibilidad del consentimiento, etc, de lo que dependerá además el ámbito de exigibilidad. Esta aparente divergencia se debe al concepto de ejercicio del derecho que como ya demostramos, reside en la posibilidad de excluir a otros a través de mandatos y prohibiciones, para conseguir una utilidad pero en forma indirecta. Desde éste punto de vista no debe existir distinción entre ejercicio y oponibilidad del derecho.

- (23) TRAZEGNIES, Fernando, "La Transformación del Derecho de Propiedad" en revista "Derecho" Lima. No 33 Diciembre PUCP 1978 pags. 82-83

- (24) IGLESIAS, Juan. Derecho Romano. Barcelona.  
Imprenta de la Casa Provincial de Caridad, 1950  
Tomo 1 pag. 184.; ARANGIO RUIZ, Vincenzo.  
Instituciones de Derecho Romano. Buenos Aires.  
Depalma, 1952 pag. 266.
- (25) CASTAN TOBERAS op. cit. Tomo 3 pag. 119. ARANGIO  
RUIZ op. cit pags. 280-285
- (26) DIEZ-PICAZO op. cit. Tomo 2 pags. 36-39
- (27) TRAZEGNIES op. cit. pags 83-84
- (28) LAFAILLE op. cit Tomo 2 pag 168 CASTAN op.cit.  
Tomo 3 pag. 119
- (29) Es el caso del Ius ad Rem, categoría creada por el  
Derecho Feudal y Canónico, para explicar los  
feudos y los beneficios eclesiásticos. El feudo es  
un derecho concedido al vasallo por su señor, que  
lleva anejo el disfrute de unos bienes  
determinados. Los beneficios son bienes anejos al  
ejercicio de un oficio eclesiástico. El derecho  
sobre los bienes del feudo o del beneficio (ius in  
re) solamente lo adquiere el feudatario o el  
clérigo beneficiado, cuando el señor ha realizado  
la investidura por la posesión o cuando el  
superior del clérigo ha efectuado la "colación"  
del beneficio. Se dan casos en los feudos, de  
situaciones intermedias de investidura simbólica

sin actual toma de posesión y en los beneficios, sin colación. Se tiene un Ius ad rem y no un ius in re. En el Derecho Francés de los siglos XIV y XV el Ius ad rem significa el Usufructo y el Ius in re la Propiedad. Luego, se usó para proteger al acreedor de bien cierto y para designar el derecho personal. Así: DIEZ PICAZO, y GULLON op.cit Tomo 3 pags 41-43. BOFFI, Luis María. "Derecho a la Cosa" en "Enciclopedia Jurídica Omeba" Buenos Aires. Bibliográfica Argentina 1954 Tomo VI pag 927

Pese a la variable significación histórica del término, ésto nos induce a pensar que derechos personalísimos y por tanto vitalicios como tradicionalmente lo fue el Usufructo, se explican en épocas preliberales, como cualquier otro derecho o valor subjetivado, ya que en ellas se protege los "status" y no el intercambio y los valores objetivados, como sucede a partir del liberalismo.

(24) DIEZ-PICAZO, op.cit Tomo 2 pag. 38

(25) PUIG PEÑA op.cit Tomo 3. Volumen 1 pag. 23; VELEZ SANSFIELD, citado por DIEZ PICAZO op.cit. Tomo 2 pag. 81-82. señala que los problemas del sistema se debían a los diferentes derechos reales que existían sobre una misma cosa como el del

propietario y el censualista, por ello las propiedades iban a su ruina. En otros casos se vela a uno ser propietario del terreno y el otro de los árboles que en el estaban. O uno del pasto y otro de las plantaciones lo que era fuente de pleitos y perjuicios a la explotación de los bienes y libre circulación de las propiedades perpetuamente embarazadas cuando por las leyes de sucesión éstos derechos se dividen entre muchos herederos sin poder dividir la cosa asiento de ellos.

- (32) DIEZ-PICAZO, op.cit Tomo 2 pag. 65. GASTAN TOBEÑAS op.cit Tomo 3 pag. 119.
- (33) DIEZ-PICAZO, op.cit Tomo 2 pags. 66-67
- (34) Véase al respecto, la distinción que hace HEDEMANN, J.W. entre Arrendamiento de uso y Arrendamiento de uso y disfrute, en que éste implica la actividad o trabajo del arrendatario, usualmente su ocupación principal lo que lo solidariza más con el bien, en: LEHMAN Heinrich. "Tratado de Derecho Civil". Madrid. Revista de Derecho Privado, 1956. Tomo 3 pag 321. Además: FUBINI, op.cit pag 59-61, para quien la oponibilidad del arrendamiento se explica por el interés del propietario de no interrumpir el ciclo

productivo y también, del propio arrendatario, en materia de fincas.

- (26) TRAZEGNIES, op.cit pag. 87
- (27) TORRES LOPEZ, Juan. "Análisis Económico del Derecho" Madrid. Tecnos S.A. 1987 pags. 48-49
- (28) BULLARD, Alfredo. "La Relación Jurídico-Patrimonial" pag. 235
- (29) DIEZ-PICAZO op.cit Tomo 2 pag. 39
- (30) En tal sentido: TRAZEGNIES, op.cit pag 101 PEREZ LASALA op.cit pag. 99
- (31) BULLARD Alfredo op.cit pags. 243-248
- (32) BULLARD op.cit pag. 275
- (33) El Cuasiusufructo puede crearse por Testamento, el Mutuo no, acota PUIG PEÑA, op.cit Tomo 3. Volumen 1 pag 406.

Además véase la discusión sobre si se transmite o no la propiedad de lo bienes consumibles: BARBERO op.cit Tomo 2 pags. 385-387; DIEZ PICAZO y GULLON op.cit. Tomo 3 pags. 403-404; PEÑA BERNALDO DE QUIROZ, op.cit pags. 273; SANTOS BRIZ, Jaime "Derecho Civil Teoría y Práctica. Madrid, Revista de Derecho Privado, 1977. Tomo 2 pags. 410-411, discusión irrelevante por cierto en el Cuasiusufructo de dinero.

## CAPITULO 3

FUNCIONALIDAD DE LA DIFERENCIA EN EL CODIGO CIVIL DE

1984

3.1. IDEAS PRELIMINARES

Al iniciar el análisis de las principales variables que determinan la diferencia entre ambas instituciones en nuestro ordenamiento jurídico, no queremos dejar de advertir la necesidad de restringir el mismo, en lo posible, al orden y terminología que utiliza nuestro Código Civil ya que lo que nos interesa es la normatividad vigente. Por lo tanto, sólo se tratarán las variables en que consideramos existe un paralelismo de regulación. Esto significa además, que no intentamos desarrollar un teoría del Arrendamiento o del Usufructo, sino de las implicancias y problemas que presenta su tratamiento "diferenciado".

3.2. LA TEMPORALIDAD COMO CARACTERISTICA ESENCIAL DEL  
ARRENDAMIENTO Y DEL USUFRUCTO

Nuestro Código Civil de 1984° ha recogido la temporalidad como característica esencial de ambas relaciones jurídicas. El artículo 1666°, en Arrendamiento, dice:

"Por el arrendamiento, el arrendador se obliga a ceder temporalmente al arrendatario, el uso de un bien por cierta renta convenida"

Asimismo, el artículo 1001° señala:

"El Usufructo es temporal (...)"

Respecto al Arrendamiento, nos parece pertinente citar a REZZONICO, quien llama la atención sobre la excepcional importancia del factor duración en la locación (Arrendamiento) debido a que casi siempre es un contrato de duración prolongada, especialmente cuando se trata de inmuebles. Pues si las cosas muebles y las semovientes se suelen alquilar por horas o por días (v.g. un caballo, un automóvil, un traje de disfraz o de etiqueta), los inmuebles como una casa o un fundo, para habitarlo o para establecer un negocio o una fábrica, etc, normalmente se alquilan por meses y aún por años. Y por ser la locación un contrato de tracto sucesivo (...) durante todo el lapso (...) perduran las obligaciones de ambos contratantes (1).

A nosotros nos parece que éstas reflexiones no son incompatibles con los Usufructos creados por Contrato a título oneroso o gratuito. En el primer caso, que como veremos en el parágrafo siguiente, es el más frecuente, el propietario o el concedente del Usufructo, pueden estipular a su favor una renta periódica o de ejecución inmediata, mientras la concesión del uso y del disfrute necesariamente requiere un carácter continuado.

Es de notar sin embargo, que la mayoría de las legislaciones han limitado la autonomía privada, respecto a la duración de éstas relaciones jurídicas. Además en cuanto al Arrendamiento, las restricciones estatales tienen doble sentido: fijando un límite máximo y un límite mínimo a la duración del Arrendamiento. Este segundo tipo se encuentra principalmente en la llamada Legislación de Emergencia que regula el Arrendamiento de casas-habitación, la cual sin embargo difícilmente puede llamarse conyuntural.

El primer tipo de límite está configurado en el artículo 1688°:

"El plazo del arrendamiento de duración determinada no puede exceder de diez años.

Cuando el bien arrendado pertenece a entidades públicas o a incapaces el plazo no puede ser mayor de seis años.

Todo plazo o prórroga que exceda de los términos señalados se entiende reducido a dichos plazos"

Ahora bien, según el artículo 1687° puede celebrarse Arrendamiento a plazo indeterminado, pero el arrendador puede darle fin cuando desee con un aviso judicial o extrajudicial, como se desprende de los artículos 1365° y 1703° del Código Civil.

No se declara la nulidad de los contratos que infrinjan éstos plazos máximos, sino sólo la ineficacia en lo que los excedan. Asimismo debe entenderse, como dice REZZONICO, ineficaz, la estipulación por la que la locación (Arrendamiento) será prorrogable a opción de las partes o de una de ellas (casi siempre el arrendatario) en cuanto la prórroga sumada el tiempo originario del contrato exceda de 10 años o la cláusula en que el arrendador se obliga a arrendar nuevamente al mismo arrendatario después de cumplidos los 10 años que la ley permite, a diferencia de si se conviniera un derecho de preferencia en favor del arrendatario, si el arrendador quisiera arrendar nuevamente la cosa. En el caso de la opción a prórroga, el arrendatario puede obligar al arrendador a otorgar un nuevo plazo y es por ello, ineficaz, si la prórroga excede el máximo legal (2). Obviamente las partes pueden celebrar un nuevo contrato cuyo término no exceda el máximo legal. Lo

que se impide es pactar anticipadamente un plazo mayor. Para éste nuevo contrato, el arrendador actuará libremente, no atado por el contrato anterior fenecido.

También el plazo máximo del Usufructo es limitado; en efecto, el artículo 1001° señala que el constituido en favor de personas jurídicas no puede exceder de treinta años así como si se trata de bienes inmuebles de valor monumental de propiedad del Estado que sean materia de restauración con fondos de personas naturales o jurídicas, el Usufructo que constituya el Estado en favor de éstas admite plazo máximo de noventinueve años. Debe agregarse el artículo 1021° inc 1 que dá por extinguido el Usufructo con el cumplimiento de los plazos anteriormente señalados o del establecido en el acto constitutivo, así como el inciso 4. que extingue el Usufructo con la muerte del Usufructuario, los cuales establecerían sus límites temporales si el usufructuario es persona natural.

Es de notar sin embargo que no existen plazos mínimos para el Usufructo. Pero, ¿porqué éstas limitaciones a los plazos máximos de duración del Arrendamiento y el Usufructo?

Los juristas, dice REZZONICO, explican ésta limitación e imposibilidad de que el Arrendamiento sea perpetuo, porque si no se confundiría con la venta

(...) y porque una propiedad que nunca fuera "gozable" por el titular no tendría valor ni sentido jurídico. TROPLONG, citado por aquél autor, expresa que la perpetuidad repugna a nuestras ideas, es incompatible con los principios de libertad que las leyes modernas han establecido para las cosas como para las personas (3).

La primera parte de la argumentación se basa en un razonamiento circular, ya que se justifica un enunciado jurídico con otra categoría de su misma naturaleza. **Recordemos** que los Arrendamientos Perpetuos, en forma de concesiones enfitéuticas y subenfitéuticas prevalecieron en el Medioevo, porque protegían la racionalidad estática de la Economía, a través de la dualidad del dominio, en dominio directo y útil; el primero, manteniendo la unidad y organización social y el segundo para satisfacción de necesidades individuales y familiares, de manera perpetua, confundándose el Arrendamiento, el Usufructo y los Censos bajo el mismo principio. En cuanto al argumento de la libertad, debe ser puesto en relación con el sistema social y económico liberal. Son en fin, razones económicas las que Justifican las limitaciones.

VELEZ SARFIELD comentando el Código Argentino señalaba dos razones:

1° La necesidad de no impedir la enajenación o transferencia de las cosas, de no trabar su disposición o goce por el dueño.

2° La necesidad de no embarazar la división de las herencias. En opinión de REZZONICO, un contrato de Arrendamiento por muchos años constituye una causa de desvalorización de la cosa arrendada, una traba a su negociabilidad, un verdadero gravamen a la propiedad que dificulta su circulación, ya que impide al adquirente usarla y gozarla por sí mismo (4).

Respecto al Usufructo, las limitaciones responden a la misma lógica. Sólo la temporalidad lo hace compatible con la propiedad, configurado en principio como derecho perpetuo. Aun cuando se extienda a todas las utilidades que pueda prestar la cosa y por larga que sea su duración, no hace inútil la propiedad ya que existe la seguridad de consolidarse algún día y dice VENEZIAN, aún actualmente posee un valor también la perspectiva de la utilidad que el dueño podrá en su día obtener de la cosa (5).

Además hay que ver) que tan amplia concesión del goce, debe tener un límite temporal, para no privar al propietario de esa posibilidad posteriormente. En fin, el plazo máximo de duración sirve para impedir la inmovilización de la propiedad y en general, de los

bienes. En un modelo social que busca fomentar la maximización de beneficios vía intercambio privado, los bienes deben librarse de ataduras que impidan a los individuos obtener de ellos el máximo de beneficios, lo cual implicará la elevación de su valor y otra vez, un incentivo a la transmisión.

Notemos que éste tipo de limite, si bien afecta a arrendador y arrendatario, al constituyente del usufructo y al usufructuario, significa limitar las prerrogativas del propietario. Si bien, en el modelo planteado la Autonomía Privada es eje del sistema, aún ella es orientada, incluso contra la voluntad del individuo, para que ni el mismo propietario, en concreto no maximizador, atente contra ésta racionalidad.

En ésta mirada a los límites máximos nos parece que, como está regulado en nuestro Código Civil, el Usufructo en favor de personas naturales de origen testamentario o contractual no sometido a término por el constituyente, podría atentar contra la función económica protegida. En cuanto a los Usufructos creados por contrato consideramos aplicable al artículo 1365° del Código Civil, pudiendo ponerles fin cualquiera de las partes vía carta notarial obviamente si han sido configurados como contratos de ejecución

continuada. aún cuando no es una solución perfecta, porque se podría argumentar que tratándose de un Usufructo que favorece a persona natural, y siendo un derecho real con su específica regulación, debiera aplicarse el artículo 1021° inciso 4 del Código Civil que extingue el Usufructo con la muerte del usufructuario (artículo que crea problemas en materia de transmisibilidad que serán analizados posteriormente). Al igual que un Usufructo creado por testamento, sin estipulación de término, la racionalidad se traiciona cuando puede pensarse en una expectativa de vida de 60 años. Es claro que la regulación del Usufructo crea disfunciones el no haberse establecido plazos máximos que favorece a las personas naturales. Por otro lado, nos parece muy extenso el plazo máximo de 30 años para personas jurídicas y sorprende que no exista una regulación similar en Arrendamiento.

Respecto a los plazos mínimos, éstos existen en el Decreto Ley 21938,-legislación de inquilinato-y en el régimen de prórrogas. En el primer caso, su artículo 6° dice que el plazo del contrato de alquiler será indeterminado, salvo que se trate de casa-habitación única o los casos taxativamente contemplados. obviamente dentro de los límites de su artículo 1; los

casos de terminación. Desahucio y Aviso de Despedida están taxativamente regulados. En éste tipo de normatividad de lo que se trata es de asegurar una estabilidad en la vivienda del arrendatario (inquilino). Nótese además que éste supuesto se adecúa más al modelo que tratamos de describir a partir de las normas constitucionales, al tratar de imponer un criterio redistributivo; los bienes y recursos son dirigidos a los que los necesitan más, por acción estatal y no vía el mercado. Este tipo de normas han sido provocados por el explosivo crecimiento demográfico de las ciudades y la consiguiente escasez de viviendas.

Nuevamente, la constitución del Usufructo, en éste caso por vía contractual. puede utilizarse para desvirtuar ésta racionalidad redistributiva, o para burlar el régimen de prórrogas. Quizás sea notoria ésta intención y el juzgador así lo considere, pero siempre se podría alegar que por tratarse de una legislación de emergencia y por tanto excepcional, no puede aplicarse sus normas a una situación jurídica "diferente"

Otra razón, ésta vez de carácter doctrinario para "diferenciar" el Usufructo del Arrendamiento. sería acudir al argumento funcional de que con ésta figura

frecuentemente se contribuye a la satisfacción de las necesidades de una persona-el usufructuario-mientras viva (o mientras dure el Usufructo (6). Esto, que podría admitirse en vía hereditaria, porque el testador desee favorecer a una persona vitaliciamente o temporalmente, sin que los bienes pasen después a sus herederos, sino a los suyos propios o sus descendientes por lo que en vez de legar la propiedad, lega el Usufructo o vía donaciones, porque el donante no quiere privarse de lo que es fuente de ingresos, o rentas mientras viva, por lo que dona la propiedad con reserva de Usufructo (7.), es difícil, por no decir imposible, en un negocio intervivos como es el contrato, usualmente celebrado a título oneroso, por lo que también a éste nivel, el Usufructo crea disfunciones, en éste caso, obstaculizando los fines redistributivos de la legislación de inquilinato, ya que podrían celebrarse contratos de "Usufructo" de casa-habitación, que estuviesen comprendidas en los supuestos del Decreto Ley 21938, en lo que se estipulase términos finales o causales de terminación del derecho, que perviertan la función de las normas, o eviten la incidencia de las prórrogas arrendaticias.

### 3.3. DE LA ONEROSIDAD COMO CRITERIO DISTINTIVO

En éste nivel queremos estudiar la funcionalidad del criterio distintivo que gran parte de la doctrina utiliza al señalar que el Usufructo puede ser gratuito u oneroso, mientras que el Arrendamiento es necesariamente oneroso (8).

Más aún, existen autores, quizás llevados por la tradición, que señalan que el Usufructo usualmente se constituye a título gratuito (9).

El artículo 1666° de nuestro Código Civil de 1984° tipifica al Arrendamiento, como un contrato oneroso, el cual puede definirse como el contrato de cambio que se verifica con sacrificio económico de ambas partes a diferencia del gratuito, que sólo lo implica para una. En general, los negocios a título oneroso implican que la disminución patrimonial del sujeto va acompañada, seguida o precedida de una correspondiente ventaja, como señala BARBERO, a diferencia de los negocios a título gratuito en que la disminución patrimonial se produce sin compensación (10).

El Usufructo puede a su vez ser constituido y ser transmitido. Constituido, a título oneroso o gratuito si es por contrato y si es por testamento, por la naturaleza del negocio sólo a título gratuito, según lo preceptúan los artículos 1000° y 1002° del Código Civil

En el Arrendamiento, la renta de que habla el 1666º, puede ser pagada en dinero, en especies y aún en servicios según algunos (11), de manera inmediata o en forma de prestaciones periódicas. Lo mismo cabe decir del Contrato que constituye un Usufructo, celebrado entre el concedente (usualmente propietario) y el usufructuario.

Respecto a la transmisión del Usufructo, el usufructuario puede transmitir su derecho a título gratuito u oneroso, según el artículo 1002º.

La transmisión de los derechos del arrendatario sólo cabría por Cesión de Posición Contractual, según el artículo 1696º, y vía Cesión de derechos (créditos) contra su deudor (el arrendador) según el artículo 1206º.

Ahora bien, desde nuestro marco teórico, la Autonomía Privada es-ceteris paribus de por medio-eje del sistema, ya que es el medio a través del cual los agentes económicos maximizan beneficios a través del intercambio. Estos agentes económicos considerados racionales - en el sentido que actúan para ganar - transferirán derechos a título oneroso por regla. Los negocios a título gratuito serán excepcionales. Desde éste punto de vista - basado en un tipo considerado útil - no existen diferencias entre

el Arrendamiento y el Usufructo. Estas reflexiones guardan además relación, con la concepción del Contrato-instrumento de la Autonomía Privada - para la composición o canalización a través de relaciones jurídico - patrimoniales de intereses contrapuestos o en general distintos. Esta contraposición como es lógico, se referirá esencialmente a la obtención de beneficios con un correlativo sacrificio siempre supuesto que el agente los considere menores a sus beneficios, obviamente salvando la racionalidad de las normas sobre Lesión o Excesiva Onerosidad de la Prestación. Además, creemos que lo oneroso es la relación de Arrendamiento o de Usufructo entendidas como todos enderezados a la maximización de intereses. Los criterios de distinción dogmáticos esbozados al iniciar el parágrafo deben considerarse por tanto inútiles, no sólo por la existencia de una categoría como el contrato, sino porque el mismo artículo 1000° y 1002° ni siquiera permiten partir de una presunción de gratuidad de la concesión del usufructo.

Si la racionalidad es maximizadora y ésto es sólo posible vía el contrato, cada vez que se constituya un Usufructo a través de él, la regla será la onerosidad. Nótese sin embargo que éste problema es distinto a la evidencia de que hoy en día el Usufructo sea usualmente

constituido por testamento. debido al desuso del Usufructo y la prevalencia del Arrendamiento, pero no desvirtúa lo dicho ya que la constitución por contrato tendera más a hacer inaplicables normas como las de Inquilinato, y por tanto a obtener beneficios, por la ilimitación en la renta.

### **3.4. DE LA ESTRUCTURA DE AMBAS RELACIONES EN CUANTO AL**

#### **USO Y DISFRUTE DEL BIEN**

##### **3.4.1. IDEAS PRELIMINARES**

Es sintomático que el Código Civil de 1984 al disciplinar al derecho real de Usufructo más que considerarlo como un derecho subjetivo, definido por la doctrina como concepto unitario de poder jurídico que implica una serie de facultades (12), disciplina más bien lo que la doctrina ha dado en llamar "relación obligatoria legal", relaciones de carácter interno que atañen tan sólo al propietario y al usufructuario, y que a decir de DIEZ PICAZO y GULLON se configura como una relación jurídica jalonada de facultades y deberes para ambas partes (13).

De hecho el único artículo que nos habla de facultades de carácter "real" o de señorío sobre el bien con respecto a los terceros es el artículo 1016º que señala que pertenecen al usufructuario, los frutos

naturales y mixtos, pendientes al comenzar el Usufructo y al propietario los pendientes a su término. Sin embargo, esta "relación obligatoria legal" si forma a nuestro entender la estructura del Usufructo o relación usufructuaria. Respecto al Arrendamiento, no hay problemas en considerarlo relación jurídica, aún por los defensores de la diferencia entre los derechos reales y las obligaciones, por lo que nos limitaremos en este párrafo a estudiar los deberes del Usufructuario y del Arrendatario, así como los del propietario y del arrendador en lo referente a las condiciones del goce, pero sólo respecto a las que hay paralelismo en la regulación, entendiéndose por ésto a la unicidad de materia regulada. Antes empero, queremos analizar un criterio distintivo frecuentemente utilizado, el cual se refiere a la extensión del Gocce del bien.

#### 3.4.2. EXTENSION DEL GOCE

Un criterio de distinción utilizado es el relativo a la amplitud y extensión del derecho de goce del usufructuario a diferencia del arrendatario. Así, señala FUBINI, que el arrendador, no obstante el contrato celebrado, podrá obtener de la cosa aquellas utilidades que no sean incompatibles con las concedidas. En el Usufructo, dice. esto es

naturalmente imposible, porque todas las utilidades de la cosa entran en la esfera del derecho del usufructuario (14). Su derecho, dice Martín WOLFF, se extiende a todas las clases de provechos, frutos naturales; y civiles y a las otras ventajas del uso de la cosa; los frutos civiles, creando una relación jurídica (ej. arrendar o percibir los productos que dimanen de una relación jurídica ya existente (...)) El derecho del usufructuario alcanza a todos los provechos pero es posible excluir del Usufructo, algunos de ellos en singular, no el limitarlo a alguno (15).

Un ejemplo, aunque no en el título de Usufructo, sino en el de Servidumbres que confirma esto, sería el artículo 1041° del Código Civil que autoriza al usufructuario a constituir servidumbres por el plazo del Usufructo (se entiende servidumbres activas) Entendemos que también podría disfrutar de Servidumbres ya constituidas.

Respecto a la posibilidad de exclusión del Usufructo de determinados provechos y utilidades, ésta posibilidad ha sido recogida en el segundo párrafo del Artículo 999°.

Estas hipótesis nos parecen perfectamente compatibles con el Arrendamiento. toda vez que existen doctrinas y legislaciones que aceptan la percepción de frutos y productos por parte del

arrendatario. Decir que en un caso la amplitud de goce se produce por el derecho mismo, cuyo ámbito puede ser restringido y que en otro caso sólo pueden percibirse los provechos que el contrato autorice es un juego de palabras. El concedente del Usufructo, usualmente el propietario, puede limitar uno a uno, cualitativa y cuantitativamente los provechos obtenibles del bien, de tal forma que no parezca que el Usufructo, es limitado, sino que ha sido restringido. Asimismo, conocemos de la posibilidad de los Usufructos onerosos, en que ambos, propietario o concedente del Usufructo en general y usufructuario se reparten los frutos, por lo que en general éste criterio distintivo, por la extensión del goce, nos parece bastante artificioso.

#### **3.4.3. DE LOS DEBERES DEL USUFRUCTUARIO Y DEL ARRENDATARIO**

El principal deber o más bien límite al derecho de goce del usufructuario es el de explotar el bien en la forma normal y acostumbrada. prescrito en el artículo 1008º del Código Civil, norma que a nuestro entender tiene su correlativo en el Arrendamiento en el artículo 1681º inciso 1, el cual señala como obligación del arrendatario cuidar diligentemente el bien y usarlo para el destino que se le concedió en el contrato o el

que pueda presumirse de las circunstancias, así como con el inciso 7 del mismo artículo que le prohíbe hacer uso imprudente del bien o contrario al orden público o las buenas costumbres.

En nuestra opinión, de esos artículos se derivan básicamente dos normas.

a) El deber de usar, disfrutar o explotar el bien con diligencia y en la forma normal y acostumbrada.

b) El deber de respeto al destino económico.

a) En primer lugar parece interesante determinar si el uso, disfrute o explotación en si. son algo más que un derecho del arrendatario o del usufructuario. En opinión de BARBERO, refiriéndose al Arrendamiento, puede dar lugar a una verdadera obligación de efectuar el goce. Y esto cuando la efectuación del goce sea el único medio idóneo, como en el caso de la hacienda o de cosa en general productiva, para conservar la cosa arrendada (16).

Sin negar la exactitud de ésta afirmación, perfectamente aplicable al caso del Usufructo, considero que siempre debiera analizarse de acuerdo al marco teórico adoptado si es que existe una obligación o una carga al menos de explotar el bien. En el Ceteris Paribus liberal puede parecer cierto hablar de

un derecho por cuanto el agente económico en vista a la obtención de beneficios puede determinar si le conviene o no explotar el bien. Sin embargo, en un marco teórico en que la explotación se presenta como una idea informadora del sistema para la generación de excedentes, aquellas premisas parecen disfuncionales. El problema que tenemos es que los Códigos Civiles, por el avance de las legislaciones especiales, parecen aplicarse casi sólo a bienes de consumo, por lo que aún podría hablarse relativamente de un derecho a explotar y no de una obligación.

En segundo lugar es necesario coincidir en que el uso diligente del bien arrendado, más que una obligación o un derecho del arrendatario, son según DIEZ-PICAZO y GULLON (17) límites de aquél derecho, que consisten fundamentalmente en un deber de diligencia en el uso, cuya inobservancia genera la consiguiente responsabilidad (...) Y refiriéndose en los mismos términos al derecho del usufructuario. y a sus deberes de conservación señalan, que su traspaso es una violación del derecho del propietario, no simplemente el incumplimiento de una obligación personal que mediase entre ambos (18).

Complemento de lo dicho, es el artículo 1681º inc. 7, referente a Arrendamiento, que prohíbe al

arrendatario hacer uso imprudente del bien o contrario al orden público o las buenas costumbres, pues podría perjudicar los intereses del arrendador (usualmente el propietario) haciéndole correr riesgos a la propiedad o dañando su buena imagen, lo cual puede traer repercusiones económicas importantes. Se trata pues de cautelar que el titular de derecho de disfrute goze de los bienes sin abusar de ellos, ya que en éstos derechos o relaciones jurídicas más bien, se encuentra implícita una obligación de restituir el bien al final del vínculo.

En vista de que similares razones se presentan en el Arrendamiento y el Usufructo, se les obliga a restituir el bien, en el caso del arrendatario, según el artículo 1681° inciso 10, al vencerse el plazo del contrato en el estado que lo recibió sin más deterioro que el de su uso ordinario, lo que implica responsabilidad cuando el deterioro se produzca por un uso no ordinario. De similar manera, el artículo 1012° señala que el usufructuario no responde del desgaste por el disfrute ordinario. Lo normal y acostumbrado de la explotación, así como lo diligente u ordinario del uso tendrá que apreciarse de acuerdo al bien. a las circunstancias y aún de acuerdo a los usos y costumbres. Este deber de mantenimiento de la

gozabilidad del bien, será impuesto en interés del propietario o de la comunidad según la perspectiva a adoptar y tiene una gran relación con el siguiente deber del arrendatario y del usufructuario.

b) El deber de respeto al destino del bien, es otro límite impuesto al goce del arrendatario y del usufructuario. El artículo 1009° del Código Civil prohíbe al usufructuario hacer modificación sustancial del bien o de su uso, lo que tiene su correlato en Arrendamiento es el mismo artículo 1681° ya citado. En efecto, su inciso 1 señala que el arrendatario debe usar el bien para el destino que se le concedió en el contrato o el que pueda presumirse de las circunstancias y el inciso 8 le prohíbe introducir cambios o modificaciones en el bien, sin asentimiento del arrendador.

No nos parece feliz el artículo 1009° cuando habla de no modificación sustancial del bien porque pareciera retornar a la ambigua definición romana de Paulo "salva rerum substantia" que por ello ha originado problemas de interpretación en otras codificaciones como la española. Debe entenderse que el usufructuario no debe modificar el destino económico del bien, ni reduciendo la potencialidad económica por la explotación ni cambiando el destino del bien por acto modificativo con

esa intención. Ahora, es cierto que ésta regla admite pacto distinto, independientemente de la posibilidad del Cuasiusufructo. si así se estipula en el título constitutivo. La sustancia del bien, dentro de un ámbito patrimonial se entiende, dice BARBERO, no sólo como conservación física del mismo bien, sino como conservación de su capacidad reductiva tanto cuantitativa como cualitativamente (19).

Respecto al artículo 1681º inciso 1 que prescribe al arrendatario el respeto al destino pactado en el contrato, DIEZ-PICAZO y GULLON señalan que se impone el respeto al destino económico de la cosa, que será primeramente el destino que se hubiere pactado y subsidiariamente el que se infiere de la naturaleza de la cosa según la costumbre (20) Creemos que en el Código Civil al referirse a las circunstancias como determinantes del destino económico, puede incluirse ésta referencia a la costumbre. El mandato a que hacemos alusión se haya complementado con la prohibición del inciso 8, de realizar modificaciones en el bien sin asentimiento del arrendador.

DIEZ-PICAZO ha señalado las funciones y las repercusiones que cumple el destino económico. Por una parte dice, constituye un ámbito de poder reservado o facultad. asignado a determinadas personas, con el

cumplimiento de determinados requisitos: la fijación del destino económico. Desde el punto de vista pasivo constituye (previamente fijado), en algunos casos un límite de ejercicio de los derechos subjetivos, en orden a la facultad de disfrute. Por ejemplo, constituye un límite dice, para el derecho del usufructuario o del arrendatario (...) Fuera de los casos de determinación administrativa, es facultad normal del propietario. Es dudoso dice, que pueda hablarse de un destino natural de las cosas, pues no es propiamente la naturaleza, sino un determinado conjunto de factores culturales o económicos los que lo crean. Pero el propietario en principio, puede variar el destino que de esos criterios sociales o usuales se desprenda y dedicar las cosas a otros fines, aunque no fueran tan convenientes. Podría además pactarse un destino económico, lo que implicaría ahora un límite para el propietario (21). Por todo lo dicho, creemos que en éstos niveles tampoco se presentan diferencias.

#### 3.4.4. DE LOS DEBERES DEL PROPIETARIO Y EL ARRENDADOR

Una de las principales diferencias que la doctrina se complace en resaltar es aquella en cuanto a la estructura de ambas relaciones en orden al goce del bien.

Dice REZZONICO (22) que el propietario tiene un rol pasivo, sólo está obligado a dejar gozar al usufructuario, a no poner obstáculo al ejercicio de su derecho, mientras el locador (arrendador) cumple un rol activo, pues está obligado a (...) mantener en el goce al locatario (arrendatario) De manera que como señala LAFAILLE, el Usufructo no consiste en hacer sino en soportar (23) .

El Usufructuario, dice FUBINI puede ejercitar su derecho propio contra cualquiera que pretenda turbarle ya sea con un atentado de hecho ya con uno jurídico. En el Arrendamiento, el arrendador está constreñido a hacer, a mantener en el goce al locatario (arrendatario) como se deduce del contrato y dentro de sus límites. De aquí se derivan las obligaciones relativas a la reparación de la cosa y en definitiva a cuanto sea necesario con el fin de que el arrendatario pueda obtener los beneficios a que tiene derecho (24).

Esta diversa configuración responde a la concepción (ya criticada) del Usufructo como derecho real y del Arrendamiento como relación personal. Podemos distinguir en las citas apuntadas dos niveles: Los deberes de conservación de la gozabilidad del bien y los deberes de garantía del goce.

#### 3.4.4.1 CONSERVACION DE LA GOZABILIDAD

##### DEL BIEN

En éste rubro, Martín WOLFF señala que mientras en la relación de arrendamiento de uso y disfrute el deber de conservarla convenientemente no corresponde al arrendatario, si no al arrendador, en la relación de Usufructo es por lo regular el usufructuario, nunca el propietario quien está obligado a la conservación de la cosa (25)

Nuestro Código Civil establece obligaciones en éste rubro, a cargo del arrendador: el artículo 1678° lo obliga a entregar el bien arrendado con todos sus accesorios en el plazo, lugar y estado convenidos. Por el artículo 1679° se presume que entregado el bien al arrendatario se halla en estado de servir y con todo lo necesario para el uso, de donde se colige una obligación en ese sentido a cargo del arrendador. No se precisan reglas paralelas en materia de Usufructo por lo que primero habrá que estar a la regulación negocial y suplementariamente a las normas reseñadas por aplicación analógica.

El artículo 1680° inciso 1 obliga al arrendador a conservar el bien en buen estado para el fin del arrendamiento, lo que se complementa con el inciso 2 que lo obliga a realizar durante el arrendamiento todas

las reparaciones necesarias, salvo pacto distinto. No le son exigibles según el 1681° inciso 6, las que por la ley o el contrato corresponden al arrendatario; las reparaciones urgentes, que según el segundo párrafo del 1682° debe realizar al arrendatario con derecho a reembolso, son de cargo del arrendador, regla por lo demás aplicable analógicamente al Usufructo, por lo que al arrendatario corresponde lo que el párrafo final llama Gastos de Conservación y Mantenimiento Ordinario; lo que en doctrina italiana se llaman reparaciones de pequeño mantenimiento y son como dice BARBERO, dependientes de deterioros producidos por el uso, no por vetustez o caso fortuito (26).

En el Usufructo, la situación sería teóricamente distinta. El artículo 1013° obliga al usufructuario a efectuar las reparaciones ordinarias y que si por su culpa se necesitan obras extraordinarias debe hacerlas a su costo. Esta parte final, es necesariamente aplicable, a nuestro juicio, al arrendatario. El artículo 1014° define las reparaciones ordinarias como las que exijan los desperfectos que proceden del uso normal de los bienes y sean indispensables para su conservación.

La Dra. Lucrecia MAISCH señalaba que a contrario sensu, las reparaciones extraordinarias, es decir las

estructurales debían ser pagadas por el propietario, salvo el caso de culpa de usufructuario (27). Sin negar lo razonable de su conclusión, podrían haber objeciones por la concepción clásica del Usufructo como derecho de iniciativa. Hubiese sido mejor, señalar como el Código Italiano en su artículo 1005°, que son de cargo del propietario, reparaciones aquellas definidas como necesarias para asegurar la estabilidad de las paredes maestras, bóvedas, sustitución, de vigas, renovación de techos, pisos, muros de sostén, etc.

Fuera de disquisiciones dogmáticas, nos parece que en el Usufructo y en el Arrendamiento, debe considerarse a cargo del propietario y del arrendador, las reparaciones importantes, estructurales o extraordinarias, quedando a cargo del usufructuario y del arrendatario, las de mantenimiento ordinario, por lo que la distinción es falaz. La única razón de éstas previsiones legales es económica, práctica. Si arrendataria y usufructuario mantienen contacto directo con el bien, resulta más ventajoso económicamente que realicen las reparaciones por eventos susceptibles de producirse con mayor frecuencia, a la inversa de arrendador y propietario. Por cierto éstos son márgenes derogables, lo que dependerá de la necesidad y la capacidad de negociación de las partes.

#### 3.4.4.2 DEBERES DE GARANTIA DEL GOCE

Respecto a los deberes de garantía del goce, es corriente señalar su presencia en el Arrendamiento, como correlativo al derecho personal del arrendatario contra el arrendador. TRABUCCHI señala que el arrendador debe garantizar al arrendatario el goce pacífico de la cosa durante el Arrendamiento. Deberá garantizarle de las molestias ocasionadas por terceros que reclamen derechos sobre la cosa arrendada. Todas las demás molestias de terceras personas que no pretendan tener derechos sobre la cosa arrendada es extraña al contenido de ésta garantía, por lo que en tales casos, el arrendatario, tendrá acción directa (28). El usufructuario en cambio afirma su derecho real frente al propietario, al concedente del usufructo que no fuera ya propietario o frente de los terceros cuasahabientes de derechos sobre la cosa usufructuada, vía acción real (29).

Nuestro Código Civil recoge la obligación de garantía del arrendador en el artículo 1680° inciso 1 por el cual el arrendador debe mantener al arrendatario en el uso del bien durante el plazo, lo que no tiene correlativo en Usufructo porque se asume como a priori la concepción del derecho real. El análisis de esos niveles debe empezar por señalar que a nuestro juicio.

ésta obligación del arrendador se concreta básicamente en la garantía por evicción, prevista dentro de las obligaciones de saneamiento, cuyas normas se encuentran comprendidas entre los artículos 1484° a 1523°, aún cuando nos parecen igualmente aplicables la garantía por vicios ocultos y por hecho del transferente. Estas normas, por aplicación del mismo 1484° son aplicables también al Usufructo contractual.

Por otro lado aquello de las eficacia real de una acción por oposición a una acción personal ya ha sido descartado en el capítulo anterior.

Se nos puede replicar en contra como hace VENEZIAN, que hay que distinguir los varios efectos posibles del acto o contrato en que se constituye el usufructo y consiguientes obligaciones que en el se impongan al usufructuario de aquellas otras que aunque traigan causa de dicho negocio jurídico no reconocen otro origen exclusivo sin embargo, que el derecho de Usufructo mismo (30).

Se nos ocurre que las obligaciones de Saneamiento que proponemos serían consideradas provenientes del título y las del nudo propietario o del usufructuario, del "derecho mismo". Quizás ésto se aplique en sistemas como el alemán en que exista una neta separación entre negocio causal u obligatorio y negocio

constitutivo de derechos reales. diferenciando su doctrina (31) entre la relación causal (entre concedente y usufructuario) y la relación obligatoria legal (entre usufructuario y nudo propietario) que surge del segundo, cuyos deberes se mantienen pese a la nulidad de la primera.

En nuestro sistema, el derecho de Usufructo así como las facultades y obligaciones del usufructuario y propietario, surgen con el perfeccionamiento del título - contrato o testamento - y dependen de su validez, sean estipulados en éstos o por la ley, al igual que los derechos y obligaciones de arrendador y arrendatario. A nuestro entender, esto marca la caída de otro "a priori" que olvida que el Usufructo, el Arrendamiento o las Obligaciones de Saneamiento son sólo hitos en el todo unitario del proceso económico. Las obligaciones mencionadas buscan subsanar los impedimentos en la máxima utilización de los recursos, por lo que mal pueden ser entendidas al margen de las relaciones jurídicas a cuya función coadyuvan.

### 3.5. TRANSMISIBILIDAD Y GRAVAMEN EN EL USUFRUCTO Y EN

#### EL ARRENDAMIENTO

El artículo 1002° de nuestro Código Civil dice que el Usufructo, con excepción del legal, puede ser transferido a título oneroso o gratuito o ser gravado, respetándose su duración y siempre que no haya prohibición expresa. Por su parte el arrendatario puede transmitir sus titularidades activas, vi a Cesión de derechos, según el artículo 1206° y siguientes o su posición en la relación contractual, vía una Cesión de Posición Contractual según el artículo 1435° y siguientes y 1696°. Como es obvio, ambas posibilidades no son incompatibles para el usufructuario.

El artículo 1002@ mencionado elimina el carácter de personalísimo e intransmisible que el Derecho Romano atribuía al derecho del usufructuario. tendencia revertida por el Código Civil Napoleónico. Si bien ésta transmisión - no constitución - puede hacerse intervivos, pareciera que no procedería mortis causa, al considerarse al Usufructo derecho vitalicio, debido a lo cual el artículo 1021° inciso 4 señala que se extingue con la muerte del usufructuario.

Refiriéndose a la duración de éste derecho, BARBERO dice que si es atribuido a persona física no puede rebasar nunca la vida de aquél para quien fue

constituido. Si el título constitutivo establece una duración fija, ésta llegará a su término establecido si éste cae no después de la muerte de la persona y será troncada por la muerte de ella si hubiese de caer después. La muerte considerada es la del titular originario, no la de un posible cesionario. El único caso de transmisibilidad mortis causa se daría en los herederos del cesionario si éste muriese antes que el usufructuario original o del plazo final, estando aún vivo, el usufructuario original (32).

Esto marcaría un matiz diferencial con el Arrendamiento según ARIAS SCHREIBER, ya que éste es transmisible a los herederos del arrendatario según los artículos 1363° y 1710° del Código Civil (33).

Obviamente la extinción del Usufructo con la muerte del usufructuario implicaría considerarlo si ya no personalísimo por lo menos "personal", lo cual parece absurdo, porque si se permite su transmisión intervivos, ¿porque no hacerlo mortis causa? A la pregunta ¿porque los usufructos voluntarios son vitalicios? no encontraremos más respuesta que la tradición y el razonamiento circular a partir del artículo 1021° inciso 4. Entendemos que ésta cualidad afecte a los usufructos legales del Código, pero en éste caso, tratándose de una relación patrimonial

común. ésta causal de extinción (e intransmisibilidad) no se justifica, por lo que la intransmisibilidad mortis causa debería ser la regla. De hecho el artículo 1002° que permite la transmisión intervivos niega que se trate de un derecho subjetivado, personalísimo o intuito personae. Si se nos recalca el artículo 1021° inciso 4, habría que preguntar ¿a que usufructuario se refiere, si por ejemplo, se transfirió el derecho? Se nos replicará con el argumento de BARBERO, lo cual no creemos admisible porque si ya se transfirió el derecho, ¿porqué la muerte del usufructuario original va a afectar al cesionario? Creemos que esos argumentos doctrinales se justifican en ordenamientos donde el Usufructo por ser personalísimo es vitalicio y por tanto intransferible (en general), salvo en lo tocante a su ejercicio.

Por lo que, ante la persistencia tradicionalista de un artículo como el 1021° inciso 4, habría que replantear su aplicación. A nuestro entender nada obsta para que en el título constitutivo del Usufructo se establezca su transmisibilidad mortis causa, asumiendo el artículo mencionado un rol supletorio que deberá respetar además de aquella estipulación, los plazos y condiciones establecidos en el título constitutivo. Y es que éstas estipulaciones implican

que los agentes valorizan la posibilidad de maximizar beneficios, incluyendo la posibilidad de transmitir mortis causa el derecho. De hecho, a más posibilidades de transmisión, más valiosos los bienes. Es por ello que el artículo 1005º establece la supletoriedad de las normas del Código, más si no se violan normas de Orden Público. Claro que el titular originario y los cesionarios del Usufructo constituido sin la estipulación de que hablamos o sin plazo o sin condición resolutoria no podrían modificarlos en las sucesivas transferencias, ya que en principio no podrían transmitir más derecho del que reciben. De acuerdo con la posibilidad de aquella estipulación se han pronunciado la doctrina y jurisprudencia españolas, aunque no respecto del mantenimiento del plazo negocialmente establecido (34).

Después de todo lo dicho, decir que el Usufructo se diferencia por su carácter vitalicio pero que puede pactarse su transmisibilidad mortis causa, es tanto como decir que un derecho es irrenunciable pero que puede ser renunciado. Podría criticarse a la posición expuesta, que en el Usufructo sin plazo y con carácter de transmisible mortis causa, las sucesivas transmisiones podrían casi vaciar de contenido a la propiedad. Por ello al tratar el problema de la

temporalidad señalábamos la ausencia de un plazo legal máximo en el Usufructo a favor de personas naturales, que creemos necesario al igual que en Arrendamiento. Respecto a la transmisibilidad no creemos, por todo lo anterior, se presenten diferencias entre el Arrendamiento y el Usufructo, aunque las implicancias son mayores que las de una simple distinción académica.

De la transferibilidad de ambos debe deducirse la posibilidad de su gravamen. En efecto, el artículo 1002° faculta al usufructuario a gravar su derecho, se entiende, en las modalidades y con los requisitos, que en cada caso establece la ley, así como puede gravar los créditos que pudiere tener contra el propietario.

La posibilidad de gravamen no debe negarse empero, en el Arrendamiento (35). El arrendatario, con la misma amplitud que en el caso anterior puede gravar sus créditos contra el arrendador, pero además puede hacerlo con la total posición contractual. Si bien, ésto requiere que la relación sea transferible, para lo que se requiere autorización del arrendador - al estar formada aquella por pasivos del arrendatario - puede obtenerse su consentimiento por anticipado. Pensemos por ejemplo, que el artículo 2019° inciso 6 permite la inscripción de los contratos - relaciones - de arrendamiento, en el Registro de la Propiedad Inmueble

y el 885° inciso 10 clasifica como bienes inmuebles, los derechos sobre inmuebles inscribibles en el registro, de donde la posición contractual del arrendatario - y en general la relación arrendaticia - podría hipotecarse, ya que al margen de la también caduca clasificación muebles-inmuebles, estaríamos cumpliendo la definición de Hipoteca del artículo 1097°. Se trataría de un caso de Hipoteca inmobiliaria, por lo demás, la única que regula el Código Civil. Podrá criticarse la utilidad de éstos gravámenes, pero es sintomático que la Ley española de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento regule dentro de la primera, la del establecimiento mercantil, que afecta como mínimo, el arrendamiento del local del negocio. hipoteca para la cual se legitima al propietario o al arrendatario con derecho de traspaso (36). En un país como el nuestro, en que la actividad comercial es predominante, ésta alternativa nos parece bastante recomendable.

Además de un nuevo reconocimiento de la ausencia de diferencias, creemos que las observaciones realizadas en éste parágrafo coinciden con la corriente moderna de objetivación y despersonalización de los derechos, resultante de la evolución de la función económica.

### 3.6. OPONIBILIDAD DEL USUFRUCTO Y DEL ARRENDAMIENTO.

#### LA CUESTION DEL ARTICULO 2022º

Siendo que los agentes económicos pretenden lograr el máximo provecho individual de los recursos de que disponen, básicamente a través de su transmisibilidad. la lógica es que a más transacciones las posibilidades de ganar se multiplican. Esto empero, conlleva también el riesgo de perder, sea vendiendo, comprando, arrendando, dando en Usufructo, etc. por lo que habrá que racionalizar, poner parámetros a ese riesgo. Los individuos desarrollarán una necesidad de Predictibilidad o Cognoscibilidad de las consecuencias de sus actos, que se convertirá en valor del sistema, inseparablemente conexo al afan maximizador (37).

De donde, el Derecho posibilita que los afectados por haber incurrido en los supuestos generadores de las relaciones jurídicas puedan conocer su existencia y contenido. Coincidimos con BULLARD en que la exigibilidad de conductas jurídicamente sancionada debe afectar sólo a quienes hayan estado en la posibilidad objetiva de conocer la existencia y contenido de la relación jurídica en cuestión, para que el cumplimiento o desobediencia de las normas no quede sujeto al azar, elemento irracional que debe descartarse de un sistema jurídico que persigue la maximización racional del

riesgo. Habrá que evaluar si la relación de que se trata implica exigir conductas a un sujeto determinado o si su satisfacción exige conductas generalizadas, por lo que los mecanismos diseñados por el sistema deberían responder a la amplitud del derecho que queremos garantizar y estar en razón directamente proporcional al grado de reconocibilidad que el mecanismo pueda dispensar objetivamente a los sujetos de derecho. Por **ejemplo**, las relaciones derivadas de un Contrato son **exigibles** porque la producción del consentimiento es cognoscible por las partes; los derechos oponibles erga omnes como la vida o la libertad, porque el hecho de **que** derivan dichas relaciones es perceptible, resultando oponibles por la mera sanción normativa. Pero existen relaciones que derivan de hechos que permanecen ocultos, pero que exigen comportamientos generalizados de todos. El Derecho, por ello, establece mecanismos como las presunciones, de propiedad, del artículo 912°. basada en la posesión, y del conocimiento del contenido de las inscripciones, del artículo 2012° del Código Civil (38).

Será el sistema y sólo el sistema, el que informará al titular de una relación jurídica, con independencia de la categoría que a ésta se asigne, la magnitud de la oponibilidad - exigibilidad - de su

derecho, cuyos diferentes grados dependerán en cada caso de que se cumplan los requisitos normativos-

La oponibilidad se nos aparece a dos niveles:

1) El primero, referido a la no perturbación directa del titular en el uso y disfrute de su derecho, protegido jurídicamente por la exclusividad, oponibilidad que se logra por conocimiento subjetivo (real). Bastan las normas que impiden, por ejemplo, perturbar al propietario y la simple constatación de que un bien no está en mi patrimonio. Respetamos el derecho del usufructuario, por lo mismo aún sin conocer al propietario y éste a su vez, porque concedió ese derecho.

2) La oponibilidad del derecho a supuestos adquirentes de algún derecho con el que sea incompatible. El titular que se publicitó como tal puede oponer su derecho y sólo transmitirlo si él lo decide. Como contraparte, el adquirente de quien así se publicitó adquiere válidamente. Interesa por tanto conocer al titular cuando pretendemos derivar un derecho a nuestro patrimonio. Esta oponibilidad en una sociedad de transacciones masificadas se logra vía conocimiento objetivo-presunto - básicamente por dos mecanismos, la inscripción registral, y la tradición que origina la posesión (39).

De lo dicho se desprende que la Oponibilidad está íntimamente ligada a como se constituyen los derechos en nuestro Código Civil, y a como y cuando se puede o no oponer un derecho o relación jurídica.

a) Oponibilidad Del Usufructo

El artículo 1000° dice "El usufructo se puede constituir por:

1. Ley, cuando expresamente lo determina
2. Contrato o acto jurídico unilateral
3. Testamento

A su vez el artículo 1005° dice :

"Los efectos del usufructo se rigen por el acto constitutivo y no estando previstos en éste, por las disposiciones del presente título".

De donde, tratándose de derechos creados negocialmente y no habiéndose prescrito más signos de reconocibilidad que el mismo título, su oponibilidad en principio no rebasa la esfera interpartes.

No se dota de información al que adquiere la propiedad u otro derecho que pueda ser incompatible, de que existe un Usufructo, ni el usufructuario tiene garantizado su derecho, ya que en nuestro sistema salvo casos como propiedad mueble, prenda e hipoteca, no son obligatorios los signos de reconocibilidad como el registro o la posesión.

Tenemos a partir de éstos signos, dos hipótesis; una es, que el bien a propósito del cual se constituya Usufructo sea inscribible. En ese caso, el artículo 926° señala que:

"Las restricciones de la propiedad establecidas por pacto para que surtan efectos respecto a terceros deben inscribirse en el registro respectivo"

Al margen de mal uso del término "pacto" lo consideramos aplicable, por todo lo expuesto al inicio, a todos los casos, de constitución de usufructo.

Esto concuerda con la posibilidad de inscripción dada por el artículo 2019° del Registro de la Propiedad Inmueble, siendo oponible en orden de inscripción según el artículo 2016° que instaura el principio de prioridad de inscripciones en materia registral.

Estas normas surten efectos como los del artículo 1135° prefiriéndose al usufructuario con derecho inscrito, en el concurso con titulares de derechos incompatibles, acreedores de la entrega del bien.

Pero si el bien es mueble o inmueble no inscrito, la única solución, al menos en el primer caso, sería el artículo 1136°, prefiriéndose al usufructuario si recibió primero la posesión.

No creemos sin embargo que la aplicación del artículo 1135° implique que no se haya producido la

entrega ya que ello implicaría que si el transferente obligado entregara el bien, por ejemplo, a quien tuviese un título de adquisición posterior o menos perfecto, el artículo no se aplicaría. Por lo demás, pueden darse casos de sucesivas adquisiciones de derechos, en que el titular que inscribe no vería preferido su derecho porque otro, por ejemplo, un usufructuario recibió antes la posesión, y habida cuenta que el 1135° y el 2014° requieren buena fe subjetiva, no la tendría, por lo que la posesión, si bien no entró por la puerta, como criterio de preferencia, sí lo hizo por la ventana (40).

#### b) Oponibilidad Del Arrendamiento

El Arrendamiento tiene dos artículos específicos que regulan la oponibilidad entre Arrendamientos constituidos sobre el mismo bien y la oponibilidad frente al derecho de propiedad

El artículo 1670° dice:

"Cuando se arrienda un mismo bien a dos o más personas, se prefiere al arrendatario de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito o en defecto de inscripción al que ha empezado a poseerlo, "Sin ninguno ha empezado a poseerlo será preferido el arrendatario cuyo título sea de fecha anterior, salvo que el de alguno conste de documento de fecha cierta".

No se atiende a la también caduca clasificación de muebles - inmuebles, sino que se reconoce, indirectamente, la inscripción para Los bienes inscribibles y la posesión para los no inscribibles. Frente al derecho de propiedad, la oponibilidad se regula, por el artículo 1708°:

"En caso de enajenación del bien arrendado se procederá del siguiente modo"

1. Si el arrendamiento estuviese inscrito, el adquirente deberá respetar el contrato, quedando sustituido desde el momento de su adquisición en todos los derechos y obligaciones del arrendador.

Esta inscripción, permitida por el 2019° inciso 6, junto a la enajenación del bien, dan por efecto incluso una Cesión de posición contractual que por cierto la distinción entre reales y obligaciones no puede explicar. Cuando el bien no está inscrito que para lo efectos se equipara con que el arrendamiento no esté inscrito, el inciso 2 dice:

"Si el arrendamiento no ha sido inscrito, el adquirente puede darlo por concluido" ¿Es que el adquirente puede desalojar al arrendatario, sólo porque su derecho es real? y ésto aún, disponiendo de un título con el mismo valor probatorio y de fecha posterior.

Por ello, señala Fernando CANTUARIAS que así se desprotege injustificadamente al arrendatario sin derecho inscrito, al revés de lo que sucedería si se aplicara el 1135°. En éste caso dice, se le protege meros que al Comodato, que no es inscribible, ya que ante la concurrencia de derechos de propiedad y de comodato se recurrirá al 1135° prefiriéndose al primeramente constituido (41) Lo mismo es aplicable al Usufructo no inscrito. El inciso 2 del 1708° se aplicará al Arrendamiento por ser norma especial . Por ello concordamos con la propuesta de BULLARD (42) en el sentido de dotar a la posesión de algún efecto en éste caso, por lo demás frecuente, habida cuenta la reducida magnitud de bienes inscritos en Registros.

El inciso 3 del 1708° señala:

"Tratándose de bienes muebles el adquirente no está obligado a respetar el contrato si recibió su posesión de buena fé".

Nuevamente la posesión permite al arrendatario oponer su derecho. La Oponibilidad del Arrendamiento a otros derechos debe basarse en las reglas de la inscripción para los bienes registrables y la posesión para los no registrables.

Un punto álgido de la oponibilidad se produce con los arrendamientos regulados por la legislación de

inquilinato, oponibles por el sólo mérito del contrato y la vinculación normativa. Al margen de la distinta racionalidad que persiguen, creemos que los conceptos vertidos les son aplicables.

c) Oponibilidad Entre Usufructo Y Arrendamiento. La Cuestión Del Artículo 2022º

Visto que ambas relaciones gozan de oponibilidad ínter partes al nacer, señalamos que las reglas generales que rigen la preferencia de derechos, según el tipo de bienes, le son aplicables con independencia de si uno es real y otro no.

Sin embargo el artículo 2022º, en la parte de Registro de la Propiedad Inmueble señala"

"Para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquél a quien se opone. Si se trata de derechos de diferente naturaleza se aplican las disposiciones del derecho común".

Es obvio que el legislador pensó en la diferencia reales-obligaciones como se deduce de su Exposición de Motivos (43) pero si lo siguiéramos, el usufructuario que inscribe con posterioridad al arrendatario, podría desalojarlo, aun éste poseyera el bien. Estos efectos de la distinción clásica no se recogen en el sistema

por lo que en nuestra opinión todo el artículo 2022° carece de función, debiendo bastarnos sólo el artículo 2016°, ya citado.

### 3.7. LOS USUFRUCTOS LEGALES

Por las características peculiares que revisten hemos querido reservar a un párrafo especial el análisis de su funcionalidad a efectos de nuestro tema.

El Código Civil de 1984 recoge dos importantes usufructos legales. El de los padres respecto de los bienes de sus hijos y el del cónyuge supérstite. El primero se halla en el libro del Derecho de Familia: Artículo 423°.- Son deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad:

(. . .)

#### 8. Usufructuar los bienes de los hijos

Si bien existen discrepancias doctrinarias respecto a su función, la posición más acorde con nuestro Derecho de Familia parece la que según CORNEJO CHAVEZ siguen la mayoría de autores quienes sopesan la armonía familiar, el hecho que los padres dediquen a la subsistencia y educación de los hijos su trabajo y parte de sus propios bienes, sin ninguna perspectiva egoísta de reembolso así como que si esa alimentación y formación de los hijos exige gastos sea equitativo que se

afronten aún en parte, con los frutos del patrimonio propio de los hijos (44).

Nuevamente la categoría Usufructo se ve rebasada, por lo siguiente:

(a) No existe facultad de persecución, lo que se explica para evitar que los padres inmovilicen o desvaloricen la propiedad (45).

(b) Se trata de una titularidad personalísima, no se puede enajenar o gravar y es sólo parcialmente embargable, quedando a salvo lo necesario para satisfacer la alimentación de los hijos (artículos 1002º, 440º, 437º inciso 2 y 439º del Código Civil).

c) Pero sobre todo porque no es un derecho real "tradicional": El usufructo común recae sobre objetos singulares cualquiera sea el patrimonio al que pertenezcan, el disfrute legal recae sobre un patrimonio separado, considerado como un todo y recae sobre los objetos singulares sólo en tanto en cuanto aquellos pertenezcan al patrimonio separado, diferencia que impide sea constituido como derecho sobre objetos singulares y por consiguiente como usufructo (46).

Si recordamos la definición del artículo 999º referente a usar y disfrutar un bien ajeno, veremos que esa concepción es la que lo informa. Estamos ante un caso muy especial y complejo pues se trata del

patrimonio de los hijos considerado como un todo. Como verdadero Usufructo de un patrimonio no hay dos distintos derechos subjetivos - del propietario y del usufructuario - sino dos distintas titularidades, la del dominus y la titularidad usufructuaria. El usufructuario universal no tiene un usufructo independiente sobre cada uno de los bienes. No puede quedarse con los frutos de cada bien sino con los resultantes de la gestión del conjunto patrimonial; las cargas del usufructuario no son sólo las que se consideren jurídicamente gravámenes del goce de cada cosa sino también los que lo son sólo del goce del total patrimonio (47).

Este "Usufructo" se caracteriza por estar sujeto a las vicisitudes de la Patria Potestad, pese a lo cual se le aplican las reglas del Usufructo común (artículo 437° inciso 1), salvo las especificaciones del Derecho de Familia.

El otro caso es el Usufructo legal del cónyuge supérstite, del Derecho de Sucesiones.

Artículo 731°: "Cuando el cónyuge sobreviviente concorra con otros herederos y sus derechos por concepto de legitima y gananciales no alcanzaren el valor necesario para que le sea adjudicada la casa-habitación en que existió el hogar conyugal, dicho cónyuge podrá optar

por el derecho de habitación en forma vitalicia y gratuita sobre la referida casa. Este derecho recae sobre la diferencia existente entre el valor del bien y el de sus derechos por concepto de legítima y gananciales ..."

Artículo 732°.- Si en el caso del artículo 731° el cónyuge sobreviviente no estuviere en situación económica que le permita sostener los gastos de la casa-habitación podrá, con autorización judicial, darla en arrendamiento, percibir para sí la renta y ejercer sobre la diferencia existente entre el valor del bien y el de sus derechos por concepto de legítima y gananciales, los demás derechos inherentes al usufructuario. .

La función es evidente: asegurar en forma vitalicia al cónyuge viudo, la satisfacción de sus necesidades de vivienda, pudiendo optar entre un derecho de habitación o uno de Usufructo sobre la casa-habitación, para que pueda habitarla o lograr los medios de habitar en otra, respectivamente.

En este supuesto de Usufructo (y aun en el de habitación) se presenta nuevamente una situación especial; por un lado el cónyuge viudo es usufructuario de la casa habitación respecto de los herederos copropietarios, pero al mismo tiempo es copropietario

con ellos (y más cotitular de la comunidad hereditaria) por lo que se rompe aquello de que no se puede ser titular de un derecho real limitado sobre cosa propia. Por lo tanto ¿de que Usufructo, derecho real, estamos hablando? En ambos casos nos encontramos con la inutilidad de categorías de manufactura clásica, como "Usufructo" o "derecho real" para nominar y regular situaciones determinadas, al igual que en el Usufructo de los bienes de los hijos.

Al igual que en ese caso, por efecto del artículo 1002º, ésta titularidad sucesoria es intransferible, personalísima, lo que se explica por su función alimentaria, entendida en sentido amplio.

Sin perjuicio de reconocerlos como casos de estática económica, debemos aceptar que cumplen funciones sociales relevantes más aún en nuestro marco constitucional. Además no causan distorsiones en la dinámica económica ya que ambos son intransferibles. Al tratarse de relaciones sobre todo internas ligadas indisolublemente a la condición personal de los titulares y a una serie de restricciones, no se requieren los llamados signos de reconocibilidad o publicidad de las relaciones jurídicas. La concepción tradicional del Usufructo supone por lo común una estrecha relación entre usufructuario y

propietario tasada en cierto grado de confianza. De allí que los principales sean los del Derecho de Familia y el Derecho sucesorio y hayan recibido esa denominación, pero que por su complejidad pueden abarcar la mayoría de supuestos de Usufructo (empresas, créditos, dinero, acciones).

### 3.8. EXTINCIÓN Y MODIFICACIÓN DEL USUFRUCTO Y DEL

#### ARRENDAMIENTO

Mientras las causales de extinción y modificación del Usufructo, entendido por el legislador como derecho real, han sido agrupados conjuntamente (artículo 1021°-1025° del Código Civil), las que pueden dar lugar o extinguen la relación arrendaticia, entendida como contrato, se dividen en: de Resolución, referido al incumplimiento de sus obligaciones por las partes (artículos 1697°- 1698°) y de Conclusión, que incluye entre otras, el vencimiento del plazo contractual (1699° - 1711°).

A pesar de lo aparentemente rígido de la separación se presentan, cuando no compatibilidad, casos de confusión entre causales de extinción de la relación usufructuaria y la relación arrendaticia Artículo 1021°.- "El Usufructo se extingue por:

1. "Cumplimiento de los plazos máximos que prevé el artículo 1001° o del establecido en el acto constitutivo".

Salvo las observaciones realizadas a propósito de la temporalidad y la transmisibilidad de éstas relaciones, nos parece redundante ya que toda relación jurídica sometida a un plazo legal o convencional expira, en principio, con el cumplimiento de dicho plazo. Hubiese tenido utilidad si se hubiese regulado también para personas naturales, un plazo máximo del Usufructo como lo ha el 1688° y siguientes respecto a Arrendamiento, aún cuando la regulación es más perfecta en ese caso, por cuanto trata globalmente al Arrendamiento. Por otro lado, es criticable que no se haya previsto la posibilidad de establecer condiciones resolutorias en el título constitutivo, aún cuando la condición, en general, sea una estipulación que somete al azar la maximización de beneficios

2. "Prescripción resultante del no uso del derecho durante cinco años".

En éste caso se protege el interés del propietario a mantener la rentabilidad del bien, pero visto el concepto de explotación en el Derecho y Economía Modernos, más compatible con el marco constitucional, podría involucrarse intereses sociales, más aún

tratándose de bienes "esencialmente productivos". El problema es que en su perspectiva, el Código no distingue entre bienes de producción y bienes de consumo. Así, en materia de Arrendamiento es difícil desprender del artículo 1681° incisos 1, 7 y 8 que obligan al arrendatario, en general, a disfrutar el bien respetando su destino, una específica obligación o al menos carga, de explotar.

En todo caso, si se viola el destino económico, el arrendador podría utilizar, (a su arbitrio) los mecanismos resolutorios; podría interpretarse en ese ceteris paribus, que se requiera una estipulación que además obligue al arrendatario a disfrutar el bien, bajo la presión de una cláusula resolutoria (artículo 1430°) u otro mecanismo resolutorio, pero siempre quedaría el arbitrio de las partes y el mecanismo es distinto. Alguien podría pensar que el artículo 1021° inciso 2 soluciona el problema ya que la extinción del Usufructo se produce sin requerir sentencia, pero tampoco se establece una obligación sino a lo más una carga para que explote el bien, aunque no se puede negar que ésta solución es compatible con el Arrendamiento, por cierto, fuera del ceteris paribus liberal.

3. "Consolidación".

En éste caso la extinción se produce por la reunión en la misma persona de las cualidades de propietario o usufructuario. Piénsese en que el usufructuario herede 'respecto al propietario y a la inversa. O que el propietario transfiera el bien (la propiedad) al usufructuario o éste, su derecho al propietario. Respecto al Arrendamiento, lo mismo, si el arrendatario adquiere la propiedad del bien o si arrendatario y arrendador son herederos uno del otro.

Obviamente la Consolidación y Confusión puede tener lugar respecto de los créditos que uno u otro, arrendador y arrendatario, propietario y usufructuario pudieren tener entre si.

#### 4. "Muerte o renuncia del Usufructuario".

No vamos a pronunciarnos sobre las implicancias de la muerte del usufructuario, por lo que remitimos al parágrafo sobre transmisibilidad. El Código permite que el usufructuario, por negocio unilateral, extinga su derecho, lo cual no es permitido para la relación arrendaticia que al estar formada por derechos y obligaciones no podría extinguirse unilateralmente, por las partes.

Ahora bien, concedida la posibilidad de renuncia al usufructuario, ésto no significa que esa renuncia al derecho, implique la "renuncia" a las obligaciones

asumidas. Por otro lado, el usufructuario y el arrendatario pueden remitir los créditos que tuviesen respecto al propietario y arrendador y viceversa, si bien, el Código de 1984 llama a éste supuesto Condonación y lo asimila a un contrato, requiriéndose por tanto, aceptación del favorecido, como se desprende del artículo 1295°. Por el contrario, el Código de 1936 en su artículo 1298°, la configuraba como negocio unilateral del acreedor en favor del deudor, lo que parece más compatible con la realidad y con la doctrina (48).

5. "Destrucción o pérdida total del bien".

Esta norma tiene una copia fiel en el artículo 1705° inciso 3 por el que concluye el Arrendamiento sin necesidad de declaración judicial, por la destrucción total o pérdida del bien arrendado. La racionalidad es clara. No es que las partes tengan derecho al bien, sino que si la relación económica implica un interés al disfrute de un bien y éste se pierde, la relación jurídica que protege ese interés debe extinguirse.

Si bien en materia de Arrendamiento, no se consigna un artículo como el 1024° que dice:

"Si el bien sujeto a usufructo se destruye o se pierde en parte, el usufructo se conserva sobre el resto", creemos que la mención de "destrucción total" que hace

el 1705° inciso 3, llevaría a aplicar ese criterio al Arrendamiento, en tanto subsista el bien de tal modo que no se desnaturalice la relación.

6. "Abuso que el usufructuario haga de su derecho, enajenando o deteriorando los bienes o dejándolo parecer por falta de reparaciones ordinarias.

En éste caso el juez declara la extinción".

Nos preguntamos que diferencia sustancial puede encontrarse en éste caso, entre la sentencia que declara resuelta una relación de Arrendamiento por incumplimiento de obligaciones del arrendatario en ese supuesto y la norma de éste inciso; funcionalmente, si el Usufructo fue creado por contrato, ninguna.

Por el lado del Arrendamiento, existen reglas con la misma función y presupuesto que extinguen el Arrendamiento, pero que son aplicables al Usufructo.

El artículo 1705' dice: "... concluye el Arrendamiento sin necesidad de declaración judicial en los siguientes casos" :

1. "Cuando el arrendador sea vencido en juicio sobre el derecho que tenía": Puede tratarse de que el propietario o usufructuario que arrendó, sólo lo era aparentemente, lo que extingue el Arrendamiento, pero en el mismo supuesto es obvio que el Usufructo se

extingue, por aquello de que resuelto el derecho del otorgante, resuelto el del adquirente.

De hecho, la extinción del Usufructo, por cualesquiera causales pone fin a los Arrendamientos que hubiere concertado el usufructuario. Por cierto que en los casos previstos y en tanto se cumplen sus requisitos, es aplicable el artículo 2014° protegiéndose al usufructuario o arrendatario de buena fe que haya adquirido protegiéndose en el Registro.

Resulta interesante que nuestro Código a diferencia de otras legislaciones no regula las vicisitudes de la relación arrendaticia establecida por el usufructuario. Así, el Código Alemán, en su artículo 1056° dice:

"Si el usufructuario ha arrendado una finca, excediendo la duración del Usufructo, con un contrato de arrendamiento de uso o de arrendamiento de uso y disfrute se aplican oportunamente después de la terminación del Usufructo las disposiciones existentes para el caso de enajenación ..."

Es decir la sustitución del propietario en los derechos y obligaciones derivados del contrato. Dice WOLFF (49) que al principio "la transmisión no expulsa al arrendatario es correlativo el principio: "el fin del Usufructo no expulsa inmediatamente al

arrendatario". Otro ejemplo es el artículo 999° del Código italiano: "los arrendamientos concluidos por el usufructuario, en curso al tiempo de la cesación del Usufructo, siempre que resulten de acto público o de escritura privada de fecha cierta anterior, continúan por la duración establecida, pero no más allá de los cinco años a contar de la cesación del Usufructo.

Si la cesación del Usufructo tiene lugar por el vencimiento en término establecido, los arrendamientos no duran en cada caso si no por un año y tratándose de fundos rústicos de los cuales la principal cosecha sea bienal o trienal, por el bienio o trienio que se encuentra al tiempo en que cesa el Usufructo".

Estas normas sólo reconocen la mayor importancia de la función social del Arrendamiento, frente al carácter casi exótico e inusual del Usufructo. En nuestro caso, no tenemos normas que autoricen una aplicación de las normas en materia de enajenación del bien arrendado, no siendo viable la analogía por su carácter excepcional. A lo más *podría* aplicarse, en nuestra opinión por analogía el artículo 1695°: "El subarrendamiento no termina si el Arrendamiento cesa por consolidación en la persona del arrendatario y del arrendador".

El inciso 4 del artículo 1705° declara extinguido el Arrendamiento por expropiación. En materia del Usufructo la solución es distinta por cuanto el artículo 1003°, es un caso de modificación de Usufructo a Cuasiusufructo sobre la indemnización, al igual que el supuesto del artículo 1023°, figura peculiar de Usufructo del que ya nos ocupamos.

### 3.9. PROPUESTA PERSONAL Y PERSPECTIVA DE INNOVACION

Un célebre filósofo, WITTGENSTEIN, decía: "el método pragmático es primordialmente... para resolver disputas metafísicas que de otra manera podrían ser interminables... consiste, en tales casos, en tratar de interpretar cada noción buscando sus consecuencias prácticas respectivas... si no se puede hallar ninguna diferencia. entonces las alternativas significan prácticamente lo mismo y toda la disputa es vana... es sorprendente advertir cuantas disputas filosóficas se reducen a la insignificancia tan pronto como se las somete al simple test de tratar de hallar una consecuencia práctica (50).

Pese a que ese fue nuestro propósito a lo largo de toda la tesis, creemos que es posible realizar una reconstrucción o propuesta personal del problema

jurídico de la diferencia entre Arrendamiento y Usufructo;

a) Respecto a los Usufructos creados contractualmente. es inevitable su confusión, cuando se constituyen a título oneroso, con el Arrendamiento. Esto genera distorsiones, por ejemplo, posibilitando la burla de disposiciones tutelares como las de legislación de inquilinato, pero además crea disfunciones en el mercado al trabar el intercambio que se supone el Derecho debe lubricar. Pensemos si no, en una discusión judicial para determinar si lo estipulado en un contrato fue un Arrendamiento o un Usufructo, factible aún las partes hayan calificado el contrato. En concreto, se desvirtúa la función informativa del Derecho de Contratos, en tanto las partes podrían encontrarse ante vínculos imprevistos y no convenientes a sus intereses, debido al posible mismo origen contractual de ambas instituciones, como cauce del intercambio. De otro lado, factores histórico-sociales, han llevado a los agentes económicos a preferir la estructura del Arrendamiento, lo que nos lleva a postular la eliminación del Usufructo contractual oneroso, pero además del gratuito - que al no propender al intercambio puede descartarse sin mayores problemas - así como sus variables de constitución por detracción

o reserva - va que en esencia, mantienen el problema. En éste punto concreto, existe el antecedente del proyecto de SOLE y MURO con motivo de la elaboración del Código Civil de 1936 quien planteaba algo similar, propuesta que no prosperó, alegándose razones como el respeto a la tradición y la necesidad lógica de mantenerlo, si se mantenía el Usufructo testamentario (51).

En materia de Usufructos creados por testamento, es cierto que éste permite cierta elasticidad en las disposiciones. Ejemplo: Usufructo del cónyuge viudo sobre los bienes con carácter vitalicio, legado de Usufructo de un bien determinado, etc. Sin embargo, es claro que su relevancia atañe sobre todo al ámbito familiar, siendo más resistida la posibilidad de un legado de Usufructo en favor de un extraño en desmedro de los herederos, por lo que su mantención o eliminación ni beneficia ni perjudica al tráfico económico. Sobre los Usufructos legales creemos que son los únicos cuya función justifica plenamente su permanencia.

Creemos que el problema social del uso y disfrute temporales de bienes ajenos requiere en esencia del Arredamiento y del Comodato, sea a título oneroso o gratuito respectivamente. En cuanto a la diferencia

entre Arrendamiento y Usufructo, no existe, porque como ya se vió, éste no tiene valor funcional y porque su eliminación no acarrea consecuencias sociales nocivas.



## NOTAS AL CAPITULO 3

- (1) REZZONICO, Luis María, "Estudio de los Contratos en nuestro Derecho Civil. Tomo 2, pag. 145
- (2) REZZONICO, Luis María, op.cit Tomo 2 pags. 150-151
- (3) REZZONICO, op.cit Tomo 2 pag. 146
- (4) Cita y observaciones en REZZONICO op.cit Tomo 2 pag. 148
- (5) VENEZIAN, Giácomo "Usufructo, uso y habitación" Madrid, Librería General de V. Suarez 1928. Tomo 1 pag. 3
- (6) DIEZ PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. "Sistema de Derecho Civil". Tomo 3 pag. 376
- (7) DIEZ PICAZO y GULLON. op.cit Tomo 3 pag. 376
- (8) ARIAS SCHREIBER, Max. "Código Civil Peruano de 1984. Exégesis". Lima, San Jerónimo, 1988 Tomo 2 pag. 294
- (9) REZZONICO, op.cit Tomo 2 pag. 52
- (10) BARBERO, Doménico. "Sistema de Derecho Privado". Tomo 1 pag. 441

- (11) VALENCIA ZEA, Arturo. "Derecho Civil". Volumen 4  
pag. 229
- (12) ENNECCERUS, Ludwig. "Tratado de Derecho Civil".  
Tomo 1 Volumen 1 pag. 290
- (13) DIEZ PICAZO y GULLON op.cit Tomo 3 pag. 375
- (14) FUBINI, Renato. "El Contrato de Arrendamiento de  
Cosas" pag. 144
- (15) WOLFF, Martín, en : ENNECCERUS op.cit Tomo 3  
Volumen 2. pag. 77
- (16) BARBERO, op.cit Tomo 4 pag. 112
- (17) DIEZ PICAZO y GULLON op.cit Tomo 2 pag. 419
- (18) ibid. Tomo 3 pag. 386
- (19) BARBERO, op.cit. Tomo 2 pag. 368
- (20) DIEZ-PICAZO y GULLON, op.cit Tomo 2 pag. 419
- (21) DIEZ-PICAZO, Luis. "Fundamentos de Derecho Civil  
Patrimonial" Tomo 2 pag. 699
- (22) REZZONICO, op.cit Tomo 2 pag. 51
- (23) LAFAILLE, Héctor, "Curso de Contratos". Tomo 2  
pag. 169.
- (24) FUBINI op.cit pag. 143
- (25) WOLFF op.cit pag. 81
- (26) BARBERO, op.cit Tomo 4 pag. 106
- (27) MAISCH, Lucrecia. "Exposición de Motivos y  
Comentarios del libro de Derechos Reales del  
Código Civil" en.- "Código Civil. Exposición de

- Motivos y Comentarios"; Delia REVOREDO de DEBAKEY, compiladora. Lima, Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil 1985 Tomo V pag. 219
- (28) TRABUCCHI, Alberto. "Instituciones de Derecho Civil" Madrid. Revista de Derecho Privado 1967 Tomo 2 pag. 298
- (29) ibid Tomo 1 pag. 60
- (30) VENEZIAN, op.cit. Tomo 1 pag. 21
- (31) HEDEMANN, J.W. en: LEHMAN, Heinrich. "Tratado De Derecho Civil". Volumen 2 pag. 360; WOLFF op.cit pags. 87-89.
- (32) BARBERO op.cit Tomo 2 pags. 373-374
- (33) ARIAS SCHREIBER, op.cit Tomo 2 pag. 294
- (34) Así; SANTOS BRIZ, Jaime. "Derecho Civil" Teoría y Práctica". Tomo 2 pag. 389 y pag. 425; PEÑA BERNALDO DE QUIROZ. Manuel. "Derechos Reales Derecho Hipotecario". Madrid. Universidad de Madrid. Sección de Publicaciones 1986 pag. 279
- (35) Como lo hace SANTOS BRIZ, op.cit. Tomo 2 pag. 390.
- (36) Citada por SANTOS BRIZ, op.cit. Tomo 2 pags. 675-676.- DIEZ PICAZO y GULLON, op.cit. Tomo 3 pags. 552-556; PEÑA BERNALDO DE QUIROZ, op.cit pag. 476.
- (37) Parece que éste modo de entender el Derecho, a partir de una concepción egoistica del hombre proviene de HOLMES : "La gente desea saber en que

circunstancias y hasta que punto correrá el riesgo de hallarse enfrentada con una fuerza tan superior a la propia; ésto sólo, justifica la consecuente tarea de determinar los límites más allá de los cuales habrá que temer la materialización de aquél peligro. El objeto de nuestro estudio es pues, predicción, la predicción de la incidencia de la fuerza pública por mediación de los tribunales de justicia (...). Si queréis conocer el Derecho y nada más, mirad el problema con los ojos del mal hombre a quien sólo le importa las consecuencias materiales que gracias a ese conocimiento puede predecir; no con los del buen hombre que encuentra razones para su conducta - dentro o fuera del Derecho - en los mandamientos de su conciencia". HOLMES Oliver Wendell: "La Senda del Derecho", pags. 15-18 (El análisis de un Código Civil como el nuestro que responde a premisas liberales, debería responder a éstos asertos).

- (38) BULLARD Alfredo. "La Relación Jurídico Patrimonial", pags. 116-122.
- (39) BULLARD op.cit pags. 278-279
- (40) El ejemplo citado sólo implica la permanente inestabilidad en la adquisición de los derechos, que ha sido puesta de manifiesto por BULLARD.

op.cit pag. 327 y sgtes., quien la achaca a la exigencia de buena fe subjetiva en artículos como el 1135° y el 2014° del Código Civil, lo que crea círculos viciosos. Se trata de rezagos dice, relacionados con aquello de que nadie puede transmitir mayor derecho del que tiene. No basta la apariencia. sino que repugna a ciertos contenidos valorativos incorporados en el sistema jurídico que aquél que conoce una operación de transferencia anterior y que a pesar de ello, celebra otra referida al mismo bien, pueda mantener su titularidad. Entonces, el signo de reconocibilidad es efectivo mientras que el conocimiento subjetivo no lo prive de efectos". Es decir que el Código traiciona la óptica holmesiana que teóricamente debía seguir.

- (38) CANTUARIAS Fernando. "Critica al Sistema de Transferencia de la Propiedad Inmueble en el Código Civil de 1984". Tesis para optar el grado de bachiller en Derecho. Lima PUCP 1989 pags. 214-215.
- (39) BULLARD op.cit. pag. 311
- (40) "Exposición de Motivos Oficial del Código Civil".  
Publicada en el diario "El Peruano", Lima 19 de Julio de 1987, pag. 24.

- (44) CORNEJO CHAVEZ, Héctor "Derecho Familiar Peruano",  
Lima, Studium S.A. 1987 Tomo 2 pag. 199.
- (45) **Ibidem. pag. 200.**
- (46) WOLFF op.cit. pag. 70. El Derecho Alemán distingue terminológicamente y conceptualmente el derecho de Usufructo y el disfrute legal, distinción aplicable entre nuestro Usufructo común y Usufructos legales.
- (47) PEÑA BERNALDO DE QUIROZ op.cit. pag. 278, quien hace éstas observaciones sobre lo que es un propio Usufructo de un patrimonio ( constituido por actos intervivos ) tipificado en el Código Civil Español en su artículo 506°, al cual sin embargo, no considera un genuino Usufructo de ese tipo. Sus observaciones son empero, atinadas para arrojar luces sobre el Usufructo legal del patrimonio de los hijos nuestro; DIEZ PICAZO y GULLON op.cit Tomo 3 pag. 415, refiriéndose al caso del artículo 506° del Código Español señala como criterio distintivo, que se reduce a los bienes que en él existan al momento de la constitución.
- (48) BARBERO, op.cit Tomo 1 pag. 444 y Tomo 3 pag. 319.
- (49) WOLFF, op.cit. pag. 94.
- (50) Citado por COHEN. "El Método Funcional en el Derecho", pag. 57.

(51) ACTAS DE LAS SESIONES DE LA COMISION REFORMADORA  
DEL CODIGO CIVIL PERUANO. Lima La Editorial S.A.  
1929 Tomo 6 pag. 55-64. Tomo. 7 pags. 66-73



### CONCLUSION

Luego de finalizar éste trabajo y con la conciencia de haber realizado el máximo esfuerzo para alcanzar los objetivos propuestos, hemos llegado al convencimiento que la conclusión debe ser eso : el resultado final de una investigación: no debe ser, sin embargo, una enumeración más o menos detallada de los resultados parciales obtenidos de cada párrafo, ya que para eso son los capítulos y sus divisiones y se rompe la unidad del razonamiento que pretendimos desarrollar.

Se impone por el contrario, una recapitulación del proceso seguido a fin de mostrar frontalmente ese resultado final.

En el inicio del proceso nos encontramos con un juez, quien debe resolver, ante las posiciones opuestas de dos partes, si un contrato, nominado o no, ha generado una relación de Arrendamiento o una relación de Usufructo lo cual definiría la regulación a aplicar.

pero además marcaría una serie de consecuencias materiales para cada parte.

Aparte del problema primario de interpretación (calificación) el juez se preguntaba, ¿Cómo se diferencia el Arrendamiento del usufructo? He aquí el problema que nuestra tesis debía resolver o la pregunta que se suponía debía contestar. ¿Cuál es la diferencia entre el Arrendamiento y Usufructo? lo cual suponía, de una u otra forma atender a su regulación. Antes de eso fuimos claros en deslindar dos opciones. O "buscar" cual era la diferencia, o preguntarse si necesariamente tenía que haber diferencias. La primera implicaba sólo una duda; elegir cual de todas las diferencias que nuestro legislador y nuestra literatura jurídica consignan, era la "verdadera" diferencia. La segunda, significaba dos, no sólo la duda natural de cual era la diferencia, sino dudar además que el problema estuviese bien planteado, con lo cual el trabajo se hacía mayor pero más seguro, por lo que elegimos la segunda opción.

Esta opción significaba no tomar las categorías conceptuales jurídicas (en éste caso instituciones jurídicas) como verdades inmutables, existentes per se, como lo implicaba la primera opción, sino considerarlas

como producto del intelecto humano, por lo tanto, con dimensiones temporales, espaciales e ideológicas, que eran respuestas históricamente condicionadas por problemas sociales típicos, que valían en función de los resultados que buscaban o de la lógica material que querían imprimir. Su naturaleza o existencia se determinaba no por cualidades inherentes que le pudiesemos atribuir sino por la función o rol que en una determinada sociedad debiesen desarrollar. Su carácter era por tanto tipológico, instrumental, y servían para nominar, comprender y regular nuestra sociedad, sociedad que diseñamos también con ese carácter para que según sus necesidades, intereses y valores específicos se evaluase su utilidad. En ese derecho Moderno y en esa Sociedad de Mercado, basada en el intercambio de bienes, ambos Arrendamiento y Usufructo debían ser sometidos a un juicio valorativo. A partir de la utilización de modelos y la búsqueda de sus implicancias o consecuencias materiales podríamos eliminar las categorías y problemas desprovistos de significado y sólo conservar los que si tuviesen sentido práctico.

El análisis de la lógica material que guiaba al Arrendamiento y el Usufructo desde una perspectiva evolutiva, nos arrojó como resultado que la categoría

"Usufructo", producto de la influencia, que la evolución de la función económica había ejercido en el, se encontraba en una grave crisis. La categoría englobaba realidades muy heterogéneas, que desbordaban la sistematización que dogmática y legislativamente se había impuesto. Por el contrario, la función del intercambio era mejor desarrollada por el Arrendamiento de tal modo que el Usufructo deambulaba por el Código como un fantasma, una estructura sin función que cuando era utilizada, principalmente era para crear disfunciones en la dinámica económica, trabándola por su posibilidad de confusión. Tan es así que podría estipularse un Arrendamiento con todas las características doctrinarias y legislativas del Usufructo y un Usufructo con las características de un Arrendamiento y no serían incompatibles. El mismo resultado obtuvimos al confrontar la regulación del uso y disfrute temporales de los bienes, que ambas relaciones presentaban. El Usufructo solo se mantenía por un respeto irreflexivo a la tradición. El problema tal como se planteó (y el título de la tesis) era falso: para comparar se necesitan dos entidades subsistentes a nivel práctico, no al nivel normativo u objetivo en que las diferencias siempre se presentan sujetas a excepciones.

En vista que las categorizaciones y clasificaciones jurídicas son sólo instrumentales, no teníamos que sentirnos atados a ellas si ya no establecían consecuencias prácticas por lo que nos atrevimos a proponer la eliminación del Usufructo y la subsistencia del Arrendamiento. Y es que, como recalcamos, las categorías jurídicas tratan de imponer igualdad allí donde todo es matices y se halla en cambio constante. Cuando esos matices son demasiados, las categorías se ven rebasadas. Nuestro amigo el juez debía, en nuestra opinión, por lo menos sopesar éstas consideraciones en su resolución final lo que por cierto, significa regresar al principio, pero ésta vez con un nuevo punto de partida para otros cuestionamientos.

De modo que, ante el título de nuestra tesis, la única conclusión que podemos ofrecer, es que no hay diferencia entre el Arrendamiento y el Usufructo.

**BIBLIOGRAFIA**

ACTAS de las Sesiones de la Comisión Reformadora del Código Civil Peruano. Lima. La Editorial S.A. 1929

ARANGIO RUIZ, Vincenzo. "Instituciones de Derecho Romano" Buenos Aires. Ediciones Depalma 1952

ARIAS SCHREIBER. Max "Código Civil Peruano de 1984 Exégesis" Lima Editora - San Jerónimo 1988

BARBERO, Doménico. "Sistema de Derecho Privado" Buenos Aires E.J.E.A. 1967

BETTI, Emilio. "Teoría General de las Obligaciones". Madrid Revista de Derecho Privado. 1969

BULLARD, Alfredo "La Relación Jurídico - Patrimonial" Lima Lluvia Editores 1990

CANTUARIAS, Fernando. "Critica al Sistema de Transferencia de la Propiedad inmueble en el Código Civil de 1984" Tesis para optar el grado de bachiller en Derecho. Lima PUCP 1989

CASTAN TOBRÑAS José. "Derecho Civil Español. común y Foral" Madrid. Editorial Reus 1964.

CODIGO CIVIL ALEMAN. Apéndice del Tratado del Derecho Civil de Enneccerus, Kipp y Wolff

CODIGO CIVIL ITALIANO. Tomo 1 del Manual del Derecho Civil y Comercial de Francesco Messineo.

CODIGO CIVIL. Edición Publicada en el Diario Oficial "El Peruano"

COHEN, Felix S. "El Método Funcional en el Derecho" Buenos Aires, Abelendo - Perrot 1965

CONSTITUCION POLITICA DEL PERU. Edición Oficial. Ministerio de Justicia.

CORNEJO CHAVEZ Héctor "Derecho Familiar Peruano" Lima. Studium S.A 1987

DI MAJO. Adolfo. "Le Promese Unilaterali". Milano Dott A. Giuffré Editore 1989

DIEZ PICAZO, Luis. "Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial" Madrid Tecnos 1983.

DIEZ PICAZO, Luis y GULLON Antonio "Sistema de Derecho Civil" Madrid, Tecnos 1986

EGUIGUREN. Francisco (director): "La Constitución Peruana de 1979 y sus problemas de aplicación. Lima. Cultural Cusco S.A. Editores 1987

ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, Buenos Aires. Editorial Bibliográfica Argentina. 1954

ENNECCERUS, Ludwig, KIPP. Teodor y WOLFF. Martin. "Tratado de Derecho Civil". Barcelona Bosch 1953.

EXPOSICION DE MOTIVOS OFICIAL DEL CODIGO CIVIL.  
Publicada en el diario "El Peruano" Lima, 19 de Julio  
de 1987

FUBINI, Renato. "El Contrato de Arrendamiento de  
Cosas" Madrid, Revista de Derecho Privado. 1930

GIORGIANNI, Michele. "La Obligación" La Parte General  
de las Obligaciones. Barcelona. Bosch Casa Editora  
1958

GOMEZ ORBANEJA. Emilio. "El Ejercicio de los Derechos"  
Madrid. Civitas, 1975

HERNANDEZ GIL. Antonio. "Derecho de Obligaciones"  
Madrid, CEURA, 1983.

HOLMES, Oliver Wendell. "La Senda del Derecho". Buenos  
Aires. Abelendo-Perrot 1959

IGLESIAS, Juan. "Derecho Romano" Barcelona Imprenta de  
la Casa Provincial de Caridad 1950

JOSSERAND, Louis. "Derecho Civil" Buenos Aires. Bosch y  
Cía Editores 1951

LAFAILLE, Héctor. "Curso de Contratos" Buenos Aires  
Talleres Gráficos Ariel 1928

LARENZ, Karl. "Derecho Civil". Parte General. Madrid.  
Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho  
Reunidas. 1978

LEGAZ y LACAMBRA, Luis. "Filosofía del Derecho"  
Barcelona. Bosch. Casa Editora S.A. 1979

LEHMAN, Heinrich. "Tratado de Derecho Civil". Madrid. Revista de Derecho Privado. 1956.

MESSINEO, Francesco. "Manual de Derecho Civil y Comercial". Buenos Aires. E.J.E.A., 1971.

PEÑA BERNALDO DE QUIROZ, Manuel. "Derechos Reales. Derecho Hipotecario" Madrid. Universidad de Madrid. Sección de Publicaciones. 1986

PEREZ LASALA, José Luis. "Derecho Reales y Derechos de Crédito. Consideración Especial del Arrendamiento". Buenos Aires, Ediciones Depalma 1967

PUIG PEÑA, Federico. "Tratado de Derecho Civil Español" Madrid. Revista de Derecho Privado. 1972

REVOREDO, Delia (compiladora) "Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios. Lima OKURA Editores S.A. 1985

REZZONICO, Luis María. "Estudio de los Contratos en nuestro Derecho Civil. Buenos Aires. Ediciones Depalma. 1970

RODRIGUEZ PANIAGUA, Jose María. "Derecho y Sociedad". Madrid. Tecnos. 1979

SANTOS BRIZ, Jaime. "Derecho Civil. Teoría y Práctica" Madrid. Revista de Derecho Privado 1977

TORRES LOPEZ, Juan. "Análisis Económico del Derecho" Madrid, Tecnos S.A. 1987

TRABUCCHI Alberto. "Instituciones de Derecho Civil"  
Madrid. Revista de Derecho Privado 1967

TRAZEGNIES, Fernando, "Introducción a la Filosofía del  
Derecho y a la Teoría General del derecho". Materiales  
de Enseñanza. P.U.C.P. Facultad de Derecho 1987

TRAZEGNIES, Fernando, "La Transformacion del Derecho de  
Propiedad" en: Revista Derecho. Lima No. 33 Programa  
Académico de Derecho de la P.U.C.P. 1978

VALENCIA ZEA. Arturo. "Derecho Civil". Bogotá Temis  
1985.

VASSALLI. Filippo (directore) "Trattato di Diritto  
Civile Italiano". Torino U.T.E.T. 1972.

VENEZIAN, Giácomo: "Usufructo, uso y habitación".

Madrid. Librería General de V. Suarez, 1928.