

ARTICULO 2.—*Derechos reales inmobiliarios.*

209. El art. 45 distingue dos categorías de bienes sólo susceptibles de hipotecas: «1. ° Los bienes inmobiliarios que están en el comercio; 2. ° los derechos de usufructo, de enfiteusis y de superficie establecidos en los mismos bienes durante el cargo de estos derechos.» El número 1 comprende los bienes inmuebles por su naturaleza é implícitamente los accesorios inmobiliarios; el núm. 2 se refiere á los inmuebles por el objeto á que se aplican según la terminología del Código Civil. El art. 526 no los menciona á todos; como lo vamos á decir sólo hay ciertos derechos inmobiliarios que pueden ser hipotecados.

Tal es desde luego el usufructo de las cosas inmobiliarias. El usufructo puede ser vendido, según el art. 595, ó cedido á título gratuito; siendo enajenable es por esto mismo susceptible de ser hipotecado. La ley dice que el *derecho de usufructo* puede ser hipotecado porque el usufructo de un inmueble está considerado como un inmueble. El usufructuario no puede hipotecar el inmueble gravado con usufructo, el inmueble pertenece al propietario y sólo éste tiene el derecho de hipotecarlo. La constitución del usufructo tiene por efecto desmembrar el inmueble; el goce y la nuda propiedad forman dos propiedades distintas, cada una inmobiliar, y, por consiguiente, susceptibles de ser hipotecadas. Estas dos hipótesis difieren. La de la nuda propiedad es perpetua como la propiedad, mientras que la hipoteca es temporal como el uso de usufructo (t. IV, núms. 474 y 475; t. VII, núm. 36).

209 *bis*. El usufructo se puede establecer por convención, por testamento ó por ley. No se presenta ninguna dificultad en el usufructo convencional ó testamentario: es el usufructo propiamente dicho. Hay un usufructo legal, el que los padres tienen en los bienes de sus hijos menores (artículo

los 579 y 384) ¿Se puede enajenar ó hipotecar? Se admite generalmente la negativa. Sin embargo, hay duda si se atiene uno al texto. La ley califica de usufructo el goce legal de los padres y dice en términos generales que el usufructuario puede enajenar ó ceder su derecho. Esto nos parece decisivo. ¿Se permite distinguir donde la ley no distingue? Se contesta que la distinción resulta de la naturaleza del usufructo que la ley da al padre y á la madre; este goce se liga estrechamente á la administración de los bienes que la ley confía al padre como un atributo; digamos mejor, como una obligación inherente á la potestad paternal; y es evidente que el padre no puede descargarse de un deber; si, pues, se le permitiera enajenar su usufructo ó hipotecarlo siempre estaría obligado á administrar los bienes cuyo goce hubiera vendido ó hipotecado; y ¿cómo conciliar esta obligación con el derecho que tiene el cesionario de gozar por sí? Además, el goce legal del padre está sometido á ciertos cargos: entre otros, el de manutención y educación de los hijos según su fortuna. ¿Pasaría este cargo al cesionario? Esto se comprende difícilmente, puesto que se trata de un atributo y de un deber de la potestad paternal. El padre no puede ceder una obligación que le pertenece por su calidad. ¿Cómo llenaría el cargo de educar á sus hijos conforme á su fortuna si enajenaba sus haberes? Hay una última consideración que explica el sistema de la ley tal como generalmente se interpreta. El hijo está muy interesado en que el padre conserve el goce no sólo como medio para llenar el cargo de la educación sino también como garantía de un buen goce; un cesionario gozaría en su interés personal muy amenudo en oposición con el interés del hijo, mientras que el padre tendrá presente el interés del hijo más que el suyo. (1)

210. Estos motivos son de gran influencia. Pero se debe

1 Compárese Martou, t. II, p. 341, núm. 736; Pont, t. I, p. 404, núm. 379.

confesar que se dirigen al legislador más bien que al intérprete. Hay un vacío en el Código, la doctrina lo ha llenado teniendo en cuenta el espíritu de la ley: estableció una excepción que no le tocaba crear. Pasa lo mismo con el usufructo que corresponde al marido en los bienes de la mujer bajo el régimen de la comunidad y bajo el dotal. Hemos dicho que este goce tiene los caracteres del usufructo; es un usufructo convencional más bien que legal, puesto que resulta de las convenciones matrimoniales expresas ó tácitas de los esposos. En la opinión general el marido no puede enajenar ni hipotecar su goce. Se dan motivos análogos á los que acabamos de exponer (núm. 209 bis). El usufructo de los bienes de la mujer es un dote que ésta aporta al marido para ayudarlo á soportar los cargos del matrimonio (art. 1540). Es, pues, un cargo al mismo tiempo que un derecho; y ¿cómo llenaría sus cargos el marido si enajena los frutos y entradas que le dan para llenarlos? No se puede dividir un goce que en realidad es un cargo tanto como un derecho. Bajo el régimen de la comunidad esto es verdad porque el usufructo pertenece no al marido sino á la comunidad. No sucede lo mismo con los regímenes bajo los que los intereses de los esposos están separados; las economías que hace el marido en el aporte de la mujer llegan á ser de su propiedad. Pero siempre es verdad decir que en el espíritu de la ley el dote debe emplearse en los cargos del matrimonio y que entonces no se concibe la enajenación de un goce que es esencialmente de su cargo. (1) Sin embargo, debió decidirlo el legislador.

211. ¿Puede el propietario hipotecar el usufructo de los bienes de los que tiene plena propiedad? Generalmente se admite que lo puede. Hay, sin embargo, una duda. La ley define el usufructo como el derecho de gozar de las cosas *cuya propiedad pertenece á otro*. No se puede, pues, decir

1 Durantón, t. IV, p. 431, núm. 486. Pont, t. I, p. 406, núm. 380.

que el propietario es usufructuario, el usufructo de su propia casa no se concibe: *res sua nemini servit*. Esto es verdad en la sutileza del derecho. Pero no se puede decir que el propietario es libre de desprender de su derecho de disposición uno ú otro atributo y que este derecho de disposición es absoluto (art. 544). Si puede desprender al usufruto enajenándolo, ¿por qué no podrá hipotecándolo? Del propietario no se puede decir que no tiene este derecho porque la ley no se lo da; al contrario se debe decir que tiene el derecho de hacer todo lo que la ley no le prohíbe. (1) Se diría que el propietario no puede hacer lo imposible y que es imposible tener una servidumbre en su propia cosa. Contestaremos que el propietario tiene el derecho de gozar del modo más absoluto, que este derecho le puede ceder; si puede enajenarlo todo ¿por qué no podría cederlo parcialmente ó hipotecándolo por la duración de su vida?

212. El usufructo es un derecho temporal; la hipoteca que lo grava se extingue cuando acaba el usufructo. Esto es lo que dice el art. 45; el usufructo no puede ser hipotecado más que durante el tiempo de su duración. La aplicación del principio sufre una dificultad en el caso en que el usufructo se extinga por voluntad del usufructuario, su renuncia, por ejemplo, ó por venta que hiciera del usufructo al nudo propietario. Generalmente se enseña que la hipoteca subsiste porque no puede depender del deudor nulificar el derecho que ha concedido al acreedor. El argumento no es decisivo; en efecto, la ley prevee el caso en que el inmueble hipotecado perece por el hecho del deudor; decide que en este caso el acreedor tiene el derecho de reclamar el reembolso de su crédito (art. 79; Código Civil, artículo 2131). Después de todo cuando la cosa hipotecada no existe la hipoteca no puede subsistir. Aquí está el ver-

1 Pont, t. I, p. 406, núm. 381. En sentido contrario, Martou, t. t. II, p. 341 núm. 735.