

331. El art. 581 dice que el usufructo puede establecerse en toda clase de bienes. Conforme al rigor de los principios habría que exceptuar las cosas consumibles. La definición misma del usufructo que da el código, prueba que el usufructo no puede estribar sobre cosas que necesariamente se consumen por disfrutarlas. ¿Cómo había de conservar el usufructuario la substancia, cuando al ejercer su derecho destruye la cosa? Sólo por una derogación de los principios es por lo que se admite, en derecho romano, un usufructo ficticio de las cosas consumibles. Se le dió el nombre de cuasi-usufructo. Como en un usufructo que consiste en la universalidad de los bienes, puede suceder, y casi siempre sucede, que se encuentran cosas consumibles, era útil mantener el derecho del usufructuario resolviendo de qué manera podría ejercerlo, á la vez que consumiendo la cosa. Más adelante insistiremos.

### § III.—CONSTITUCION DEL USUFRUCTO.

#### Núm. 1. De las diversas maneras de constituir el usufructo.

332. Según los términos del art. 569, el usufructo se establece por la *ley* ó por la *voluntad del hombre*. Ordinariamente se cita como el único usufructo establecido por la ley, el que el art. 754 concede al padre ó á la madre superviviente que concurre con algunos colaterales en la sucesión abierta por la muerte del hijo. La ley les atribuye, además, de su parte hereditaria, el usufructo de la tercera parte de los bienes en los cuales no suceden en propiedad. ¿Y es cierto que el art. 579 no haya tenido más mira que ese usufructo? Podemos, al contrario, afirmar que el legislador no lo tuvo en mientes, por la sencillísima razón de que en los momentos en que se votó el art. 570, nada había todavía de

decidido sobre el sistema de sucesión por cuyo motivo se creyese deber conceder una ventaja particular al padre ó á la madre superviviente. ¿Cuál es el ejemplo que citan los oradores del gobierno y del Tribunal? Citan ellos el usufructo legal de los progenitores (1). Y sin embargo, hay quien pretenda que este goce no es un usufructo legal. Nosotros ya hemos examinado la cuestión en el título de la *Patria potestad*. (2). Una sola palabra añadiremos á lo que ya tenemos dicho. Ordinariamente se objeta que el código da el nombre de *goce* al derecho que otorga á los progenitores en los bienes de sus hijos, aunque también lo califica algunas veces de usufructo; ahora bien, se encuentra que esta palabra *goce* es precisamente el término de que se sirve la ley, para designar el usufructo, en el primer artículo en que se trata de los diversos derechos reales que pueden establecerse sobre los bienes (art. 543). A nuestro juicio, el goce legal de los progenitores es un verdadero usufructo.

El art. 1403 dice que todos los frutos, rentas, réditos y alcances, de cualquiera naturaleza que sean, *vencidos ó percibidos* durante el matrimonio, y que provengan de los bienes libres de los cónyuges, entran en el activo de la comunidad legal. ¿Este goce es un usufructo? Trataremos la cuestión en el título del *Contrato de matrimonio* y en el de las *Hipotecas*, porque lo que sobre todo se debate, es el punto de saber si el goce de la comunidad puede hipotecarse. En cuanto á los derechos y obligaciones de la comunidad, con motivo de ese goce, no hay duda alguna, son los derechos y las obligaciones del usufructo; esto resulta de los artículos 1401, 1403 y 1409, 4º. Puede decirse que no es un usufructo *legal*, porque la comunidad que se llama *legal* resulta no de la voluntad de la ley, sino de la convención tá-

1 Galli, Exposición de motivos, núm. 4; Gary, Discurso, núm. 3 (Loeré, tomo 4º, ps. 127-137).

2 Tomo 5º, núm. 328.

cita de los cónyuges futuros, los cuales al casarse sin contrato de matrimonio, se someten por eso mismo al régimen de la comunidad tal como el código la organiza. Pero poco importa, esto no es más que un debate de palabras, estando el usufructo sometido á las mismas reglas, legal ó convencional, al menos en lo que concierne á los derechos y obligaciones del usufructuario.

Cuando los cónyuges declaren en su contrato que se casan sin comunidad, el marido tiene igualmente la administración y el goce de los bienes de la mujer. ¿Es esto un usufructo? Se pretende que no es más que un goce con administración, como el de la comunidad (1), del mismo modo que el goce que el marido tiene en los bienes dotales de la mujer bajo el régimen dotal. Insistiremos en la cuestión en el título del *Contrato de matrimonio*. Por el momento, nos contentaremos con hacer notar que la distinción que se hace entre las diversas especies de goce es enteramente arbitraria. La ley la ignora, lo que ya sería suficiente para rechazarla. Según la definición que el código da del usufructo, hay que decir que este derecho existe en todos los casos en que una persona goza, á título de derecho real, de los bienes que pertenecen á otra persona. ¿Y cómo negar que el marido tenga el derecho de gozar de los bienes libres de la mujer bajo el régimen exclusivo de comunidad, y de sus bienes dotales en el régimen dotal, y en uno y otro caso á título de derecho real? La misma ley le da los derechos de un usufructuario (art. 1530), y lo somete á cargas que le están impuestas (arts. 1533, 1562). Así, pues, el código repudia la distinción que quiere hacerse. Queda por saber si hay diferencia entre el usufructo del marido y el usufructo ordinario: ¿puede ser hipotecado? ¿puede ser em-

1. Demolombe, tomo 10, p. 208, núm. 236.

bargado inmobiliariamente? Aplazamos estas cuestiones para examinarlas en su propio lugar.

333. El usufructo se establece también por la voluntad del hombre (art. 579). Esto implica que el hombre es libre de organizarlo como se le ocurra, sin estar estorbado por las disposiciones del código civil acerca de esta materia. Es claro que, en principio, el usufructo no es de orden público. Con los derechos reales pasa lo que con las obligaciones: las partes interesadas deben tener plena libertad para establecerlos y modificarlos como se les ocurra, porque su exclusivo interés es por lo que el legislador ha sancionado esos derechos y obligaciones. Si éste se cuida de formular los principios que rigen los desmembramientos de la propiedad y los contratos, no es para imponer su voluntad á las partes, sino para preveer cuál es su voluntad; por esto mismo les permite que manifiesten una voluntad contraria. ¿Quiéreme decir esto que, en materia de derechos reales, nada sea de interés público? Ciertamente que nó, sea cual fuere la latitud que el legislador deje á las partes interesadas, no les permite que deroguen las disposiciones que se han establecido por interés general: tal es la necesidad de la transcripción para que las escrituras constitutivas de derechos reales inmobiliarios puedan oponerse á terceros.

El código consagra este principio para las servidumbres. Permite que los propietarios establezcan en sus propiedades, ó á favor de sus propiedades, las servidumbres que les parezcan, con tal que nada tengan de contrario al orden público. En seguida agrega que el uso y la extensión de las servidumbres establecidas de esta manera se rigen por el título que las constituye (artículo 686). Así es que todo depende de la voluntad de las partes interesadas. Únicamente á falta de títulos es cuando se aplican las reglas consagradas por el código, porque en el silen-

cio del contrato, se supone que las partes se han atendido á lo que la ley presume que es su voluntad. Lo que el código dice de las servidumbres en general recibe su aplicación al usufructo, así como al uso y á la habitación, puesto que éstas, son también servidumbres, y porque los motivos para decidir son los mismos. Podría decirse que hay una diferencia, y es que la libertad de las partes es mayor en materia de servidumbres reales, porque la ley las ve con mayor favor que á las servidumbres que se llaman personales. Hay, en efecto, disposiciones que no se podrían derogar en materia de usufructo, porque su objeto es limitar la duración de un derecho que, si fuese ilimitado reduciría á la nada el derecho del propietario y embargaría las transacciones civiles; presto diremos que no está permitido establecer un usufructo perpétuo. Pero allí donde no hay interés general en debate ya no hay razón para limitar la libertad de las partes interesadas; por poco favorable que sea el usufructo, á los propietarios atañe ver cuál sea su interés; el legislador no tiene la pretensión de conocer mejor los intereses de los particulares que las partes interesadas (1).

El mismo código consagra estos principios. Si hay un usufructo que parece ligarse al orden público, es el goce legal de los progenitores, puesto que se les otorga con motivo del ejercicio de la patria potestad la cual es de orden público. No obstante, la ley permite que se derogue el usufructo de los progenitores en el sentido de que el donador ó testador puede donar ó legar bienes al hijo, con la condición de que los padres no disfrutarán de ellos (art. 387). El legislador respeta ante todo la libertad de los ciudadanos y el poder que tiene para disponer de sus bienes como se les ocurra.

1 Compárese, Proudhon, tomo 4º, p. 221, núm. 1782; Demolombe tomo 10, p. 234, núms. 264 y 265.

La jurisprudencia está en armonía con esta doctrina. Ella hace válidas las derogaciones que las partes interesadas imponen á los derechos y obligaciones del usufructuario ó del nudo propietario. Por contrato de matrimonio uno de los cónyuges da al otro el usufructo de un bien, añadiendo que el usufructuario quedará dispensado de hacer ninguna reparación, ni aun las de simple conservación. La prohibición de hacer las reparaciones concierne á una obligación esencial del usufructuario; sin embargo, no se suscitó ninguna discusión acerca de la validez de la cláusula; se discutió únicamente acerca del punto de saber si el usufructuario podía forzar al nudo propietario á hacer dichas reparaciones. Insistiremos acerca de esta cuestión que, á nuestro juicio, fué mal fallada por la corte de Caen (1).

334. Al decir que el usufructo se establece por la voluntad del hombre, el código da á entender que el usufructo puede establecerse ó por acta de postrera voluntad ó por escritura entre vivos. El testador puede legar el usufructo como le plazca, es decir, dando la nuda propiedad, lo que reserva el usufructo al heredero, ó dando á uno el usufructo y al otro la nuda propiedad. Esta última manera de disponer está expresamente consagrada por la ley, porque en ella se habría podido ver una substitución fideicomisaria, por más que en realidad no presente ninguno de los caracteres de las substituciones prohibidas (art. 899). El testador puede también legar el usufructo de todos sus bienes, ó de una cierta porción de ellos, ó bienes particulares. En los dos primeros casos, el legado es en apariencia universal ó á título universal. Si ha de decirse la verdad, el legado del usufructo, aun cuando abarcase todos los bienes, es siempre un legado á título particular; en efecto, no se refiere

1 Caen, 15 de Marzo de 1850 (Daloz, 1852, 2, 282).

sino á un desmembramiento de la propiedad, de suerte que el legatario jamás puede tener la propiedad de los bienes cuyo goce se le otorga, lo que excluye la idea de un legado universal ó á título universal.

El usufructo puede establecerse por acto entre vivos. Hay que distinguir si es á título gratuito ó á título oneroso. En el primer caso, el usufructo es un contrato solemne, supuesto que la donación es un contrato solemne. Muy presto veremos una consecuencia de este principio. Los actos á título oneroso no son solemnes, salvo el contrato de matrimonio, que la ley considera como un contrato á título oneroso, por más que el usufructo que en él está constituido sea siempre una liberalidad hecha en provecho del superviviente. Este usufructo convencional hace veces del usufructo de costumbre conocido con el nombre de rentas de viudedad, que existía en la mayor parte de las costumbres en favor de la viuda. Este es el único usufructo que haya permanecido en nuestras costumbres. Es raro que se legue un usufructo, salvo entre cónyuges, en el silencio del contrato de matrimonio; más raro es todavía que el usufructo se establezca por una escritura de venta ó de partición. En definitiva, si no se considera como usufructo el usufructo legal de los padres y el usufructo de la comunidad y del marido, pocos casos habrá de usufructo en nuestro derecho moderno. Por esto es que la jurisprudencia ofrece pocos monumentos sobre nuestro título. La mayor parte de los autores suplen á esto recurriendo al derecho romano. ¿Pero para qué preveer casos usados en Roma, si son ignorados en nuestra práctica? El derecho es una faz de la vida; nuestra ciencia debe evitar las abstracciones, porque el jurisconsulto corre, ¡sobre todo, el riesgo de extraviarse en sutilezas cuando discute cuestiones de pura teoría. Nosotros nos quedaremos dentro de los lí-

mites de los principios generales y de las aplicaciones que se han presentado en la jurisprudencia.

335. El código no dice cuáles son las condiciones que se requieren en la persona del que constituye el usufructo. No se explica más en el título de las *Servidumbres*. Esto era inútil; los principios más sencillos de derecho son suficientes para contestar la pregunta. El usufructo es un desmembramiento de la propiedad; luego el que establece un usufructo sobre su cosa, la enajena. Si se da aquí que el constituyente deberá ser propietario. ¿Debe tener la propiedad entera? No; hay desmembramientos de la propiedad que pueden gravarse con usufructo: tal es el mismo usufructo; tales son también los derechos de enfiteusis y de superficie. Luego basta con ser usufructuario, enfiteuta ó superficiario. Hay propietarios que no pueden enajenar, porque son incapaces. Los menores, los incapacitados, las mujeres casadas incapaces de enajenar, son por lo mismo incapaces de constituir un usufructo; no podrían hacerlo sino observando las condiciones y las formalidades que prescribe la ley para las enajenaciones hechas por un incapaz (1).

336. Hay también condiciones que se requieren en la persona del usufructuario. Varían según que el usufructo se establece á título gratuito ó á título oneroso. Hay condiciones especiales de capacidad que se exigen para recibir á título gratuito: el que es incapaz de recibir la propiedad por donación ó testamento es por lo mismo incapaz de recibir un usufructo á título gratuito. ¿Cuáles son esas incapacidades? En el título de las *Donaciones y Testamentos* es en donde está el asiento de la materia, y á él remitimos al lector. En cuanto á los actos á título oneroso, se aplica el derecho común; hay que tener la capacidad de contratar,

1 Genty, *Del usufructo*, p. 18, núms. 27-28, Duranton, tomo 4º, núms. 478 y 480.

lo que nos obliga á remitir de nuevo al título de las *Obligaciones*.

337. En derecho romano, el usufructo se establecía también por fallo. Es decir que, en las particiones judiciales, el juez tenía el derecho de adjudicar el goce del fundo á uno de los co-partícipes y la propiedad nuda al otro, cuando una heredad no era susceptible de partición sin deterioro, ó cuando era necesario establecer la igualdad de los lotes. Se pregunta si los tribunales tienen también este derecho bajo el imperio del código civil. Maleville y Zachariæ lo creen así. A veces se veía uno tentado á reducir la tradición romana, al ver con que falta de inteligencia se la aplica. ¿Concíbese que los jueces tengan el poder de desmembrar la propiedad sin que un texto les conceda ese derecho? El silencio del código es suficiente para decidir la cuestión, si es que hay cuestión. Pero hay más. La ley prevee el caso en qué una heredad es irrepartible, y ¿qué es lo que el derecho decide? Que sea rematada (art. 827). La ley prevee el caso en que haya lugar á compensación y ¿qué decide? Que se restablezca la igualdad entre los co-partícipes por una vuelta, sea en renta sea en dinero (art. 833): Así es que, hay textos que dicen al juez lo que tiene que hacer. Nos apartamos, pues, de la ley, lo que quiere decir que la violamos, para volver hacia el derecho romano. ¡Si el derecho romano fuese al menos más racional! Pero en el caso que tratamos, en verdad que no merece el hermoso nombre de razón escrita que le han dado. El usufructo es un derecho incierto, aleatorio por esencia, supuesto que depende de la vida del usufructuario. Luego adjudicar el usufructo á uno y la nuda propiedad á otro, es hacer un contrato aleatorio. ¡Y se pretende que, á su pesar, los co-partícipes jueguen su fortuna ó una parte de ella! Los tribunales han sido más prudentes que los autores; jamás les ha ocurrido la idea de crear un

usufructo por vía de adjudicación. Esta es una de esas cuestiones ociosas que se haría muy bien en hacerla á un lado.

338. ¿Puede adquirirse el usufructo por la prescripción? Acerca de este punto la doctrina y la jurisprudencia están unánimes (1); bajo el punto de vista de los principios, la afirmativa no es dudosa. La prescripción es una manera general de adquirir la propiedad, luego también el usufructo, supuesto que el usufructo es un desmembramiento de la propiedad (arts. 712 y 2219). Se necesitaría una disposición expresa que derogara los arts. 712 y 2219 para que se pudiera admitir que, por excepción, el usufructo no es susceptible de adquirirse por prescripción. Basta que haya silencio en la ley, para que quedemos dentro del derecho común. Podría decirse que el art. 579, al mencionar la ley y la voluntad del hombre como fuentes del usufructo, excluye la prescripción. Esto sería razonar muy mal, porque la prescripción se funda también en actos del hombre. Los arts. 690 y 691 procuran una objeción un poco más especiosa; disponen formalmente que las servidumbres reales se adquieren por la prescripción cuando son continuas y aparentes: si el legislador, se dice, hubiera querido admitir la prescripción en materia de usufructo, ¿no se habría explicado, como lo hace para las servidumbres reales? Nosotros reproducimos la objeción, por más que haya sido perentoriamente refutada, para mostrar qué poco valor tienen los argumentos llamados *a contrario*. El legislador ha debido explicarse sobre la prescripción de las servidumbres, porque no todas se adquieren por la prescripción; mientras que nada obligaba al legislador á hablar de la prescripción del usufructo, puesto que bastaba el derecho común.

¿Cuál es este derecho común? Hay que distinguir entre

1 Véanse las autoridades en Dalloz, *Prescripción*, núms. 93 94, y en Aubry y Rau, tomo 2º, p. 446, nota 12.