

salvo el comprar nuevas mercancías á medida de las necesidades. En este sentido hay una universalidad en el legado de un fondo de comercio, pero esto nada tiene de común con las deudas y los créditos; el activo y el pasivo del testador pasan á su heredero, y se necesitaría una declaración de voluntad explícita para que los créditos y las deudas pasen á un legatario particular, porque el legado en propiedad de un fondo de comercio no es más que un legado á título particular, y un legado semejante jamás está cargado de deudas, salvo la intención contraria del testador; no abrazando el pasivo, no puede abrazar el activo.

420. ¿El usufructuario debe continuar el comercio? ¿ó puede renunciar á él? Proudhon contesta que es árbitro absoluto, que puede, por consiguiente, mantener el comercio si así lo apetece, y que puede también enagenar en totalidad el fondo de comercio ó cambiarlo y desnaturalizarlo (1). Esto es una consecuencia del principio aceptado por Proudhon de que el fondo de comercio se compone únicamente de mercancías, por tanto, de cosas consumibles ó mensurables de las que el usufructuario se vuelve propietario y de que dispone á discreción. Este excelente jurisconsulto no ve que esté en contradicción consigo mismo. El dice que el fondo de comercio es una universalidad, un *nomen juris*, hasta el punto de que abraza los créditos y las deudas. ¿Acaso una *universalidad de derecho* es una cosa consumible? La cuestión sola es una herejía jurídica. Nosotros no vamos tan lejos como Proudhon; no admitimos que haya un *nomen juris*; pero es incontestable que el fondo de comercio es una universalidad, luego una cosa no consumible; ¿acaso la clientela que es un elemento esencial se consume por el uso? Luego hay que hacer á un lado el artículo 587 para atenerse á la naturaleza particular de este usufructo.

1 Proudhon, tomo 3º, p. 19, núm. 1022.

Hay un principio que domina en todo usufructo, salvo el usufructo, y es que el usufructuario goza como el propietario, pero que debe conservar la substancia de la cosa. Ahora bien, ¿cómo el testador que lega el usufructo de un fondo de comercio disfrutaba de él? El lo disfrutaba comerciando: él compraba para revender. Luego el usufructuario disfrutará también comerciando, vendiendo y comprando de nuevo para volver á vender; esto equivale á decir que el legado comprende el derecho de continuar el comercio. Pero este derecho es al mismo tiempo una obligación. En efecto, el usufructuario debe conservar la substancia de la cosa, ¿y qué es lo que constituye la substancia de la cosa en el caso de qué se trata? El establecimiento comercial. Precisa que al extinguirse el usufructo, el usufructuario devuelva al propietario un establecimiento de comercio: lo que implica la obligación de continuar la explotación del fondo que se le ha legado (1). Luego si el usufructuario hiciere lo que Proudhon le permite que haga, incurriría en una grave responsabilidad. En lugar de usar, abusaría. El podría ser declarado prescrito en su derecho; en todo caso, quedaría obligado á daños y perjuicios, sea por haber destruido, sea por haber desnaturalizado ó alterado la cosa de la que tenía derecho de gozar, pero no tenía el derecho de consumir. Aun cuando continuase el comercio, sería todavía responsable, si por sus malas gestiones perdiese la clientela ó si la disminuyese.

421. ¿Cuáles son los derechos del usufructuario? Todos están de acuerdo en que el usufructuario puede vender las mercancías. Pero debe verse en qué sentido y en virtud de qué principio. Los que dicen que el fondo de comercio consiste en cosas consumibles y mensurables dan al usufructuario un poder absoluto de disposición, aun el de des-

1 Aubry y Rau, tomo 2º, p. 527, nota 8.

truir el fondo de comercio (1); este es el derecho del cuasi-usufructuario, es decir, del propietario. En nuestra opinión, que es la de la última jurisprudencia de la corte de casación, el fondo de comercio no es una cosa mensurable. ¿No debe inferirse de ahí que el usufructuario no puede vender? Si hacemos á un lado el art. 589, tampoco aplicamos el 587. Esta última disposición supone que el usufructuario goza él mismo de la cosa, y que la devuelve al propietario después de haberla disfrutado. Ahora bien, tal no es en verdad la posición del usufructuario que disfruta de un fondo de comercio. Acabamos de probar que él tiene el derecho y la obligación de continuar el comercio; ahora bien, comerciar es comprar para vender; luego él puede y debe vender, no porque las cosas son consumibles ó mensurables, sino porque está obligado á conservar el establecimiento de comercio cuyo usufructo tiene y que no puede conservar sino vendiendo.

422. ¿Quiere decir ésto que el usufructuario de un fondo de comercio es propietario? La cuestión es equívoca. Hay que precisarla y preguntar de qué es propietario el usufructuario. Si se admite que el fondo de comercio consiste en cosas consumibles y que el usufructo es un cuasi-usufructo, es evidente que el usufructuario es propietario y dueño absoluto de la cosa. En la opinión consagrada por la corte de casación, la cuestión no es tan sencilla. Nosotros negamos que haya un cuasi-usufructo, lo que equivale á negar que el usufructuario sea propietario. Y no obstante, nosotros le reconocemos el derecho y la obligación de vender las mercancías. ¿Es esto contradictorio? No hay contradicción aparente, sino cuando se ciñe uno á las disposiciones literales del código, es decir, cuando se quiere aplicar al usufructo de un fondo de comercio al art. 587 ó el 589,

1 Proudhon, tomo 3º, p. 10, núm. 1011.

siendo así que estas disposiciones no son concernientes más que á objetos determinados, consumibles ó nó. El art. 587 no es aplicable, supuesto que una universalidad no es una cosa consumible. El art. 589, tampoco lo es; ¿puede decirse de un fondo de comercio «que se deteriora poco á poco por el uso?» Esto carece de sentido. Lejos de deteriorarse, es decir, lejos de perder valor, el fondo de comercio, bien administrado, aumenta de valor. Prueba evidente de que estamos fuera de los textos y del derecho común.

Ateniéndose á la definición del usufructo y á la naturaleza especial del fondo de comercio, la respuesta á nuestra cuestión es muy fácil. Hay que distinguir el fondo de comercio y las mercancías que están almacenadas. El fondo de comercio es un establecimiento comercial. Es de toda evidencia que el usufructuario no se torna propietario, supuesto que, al contrario, está obligado á conservarlo, para devolverlo, al término del usufructo, al nudo propietario. En cuanto á las mercancías, están destinadas á venderse; luego el usufructuario tiene derecho á venderlas. ¿Quiere decir esto que él se vuelve propietario de ellas á título de cuasi-usufructuario? Hay que apartar toda idea de cuasi-usufructo. El usufructuario se vuelve propietario de las mercancías en cierto sentido, en que tiene derecho á venderlas. Pero en realidad no adquiere su propiedad. En efecto, el fondo de comercio, incluso las mercancías, sigue siendo la propiedad del nudo propietario; tan cierto es esto que, al extinguirse el usufructo, el propietario recobra las mercancías como que le pertenecen, y como que jamás ha cesado de ser su propietario. Si el usufructuario tiene el derecho de vender, es menos como propietario que como administrador encargado por su título de comerciar, es decir, obligado á vender. Así es que vende sin ser propietario. Esto parece contradictorio, y es, no obstante, muy ju-

rídico. El marido, administrador y usufructuario de los bienes de su mujer, ¿acaso no vende las cosas mobiliarias propias de la mujer, cuando están destinadas á venderse? El, sin embargo, no es propietario. Lo mismo sucede con el usufructuario de un fondo de comercio. El propietario a legarle el usufructo de las cosas que deben venderse, le da por este hecho el poder de vender (1).

423. El usufructuario de un fondo de comercio debe conservar y devolver. ¿Qué es lo que debe devolver? Acerca de esta cuestión, como respecto de todas las concernientes al fondo de comercio, hay disenso entre los autores. Si se admite que hay cuasi-usufructo, debe aplicarse el art. 587 y resolver que el usufructuario es deudor, sea de una suma de dinero cuando ha habido estimación, sea de mercancías de la misma cantidad y calidad cuando no se ha estimado el fondo de comercio. Tal es sobre poco más ó menos la opinión de Proudhon. Decimos que sobre poco más ó menos, porque no es consecuente en la doctrina que enseña. Es inútil entrar en las distinciones que él hace, porque son puramente arbitrarias (2). ¿Hay que atenerse á la estimación, en el sentido de que equivaliendo ésta á venta, el usufructuario es deudor del precio y no debe devolver más que éste? La corte de París así lo ha resuelto, y la de casación ha mantenido esta decisión como fundada en la intención de las partes y escapándose por ello á la apreciación de la corte suprema (3).

1 Compárese, Marcadé, tomo 2º, p. 445 (art. 581, núm. 11); Aubry y Rau, tomo 2º, p. 627, notas 6 y 7. Demolombe, como de costumbre, se deja dominar por los hechos y las circunstancias (tomo 10, p. 270, núm. 307).

2 Proudhon, tomo 3º, p. 2, núms. 1012-1018. En sentido contrario, Demolombe, tomo 10, p. 270, núm. 307. Aubry y Rau, tomo 2º, p. 528 y nota 10.

3 Sentencia de París, de 17 de Marzo de 1841, confirmada por una de denegada apelación, de 14 de Diciembre de 1842 (Dalloz, *Usufructo*, núm. 208).

Quando las partes interesadas han manifestado su voluntad, nada tiene ya que decirse, supuesto que su voluntad tiene fuerza de ley. Pero si únicamente ha habido estimación, ciertamente que no es llegado el caso de aplicar el proverbio de que la estimación equivale á venta. ¿Acaso el que lega el usufructo de un fondo de comercio, da á entender que el usufructuario, en lugar de mercancías, en lugar de una clientela, devuelve una suma de dinero? ¿Es esto devolver la substancia de la cosa? ¿es devolver al propietario un goce igual al que el usufructuario ha recibido? Nó, al estimar el fondo de comercio, no han querido dar á entender que hacían una venta. Ellos han querido que él tuviese una base para la obligación de restituir que incumbe al usufructuario, y un límite á la obligación de conservar. El debe continuar el comercio; si él administra con inteligencia, con actividad, dicho fondo de comercio podrá duplicar su valor; ¿es el fondo de comercio aumentado lo que el usufructuario debe devolver al terminarse el usufructo? Nó, porque él está obligado, no á mejorar, sino á conservar. Luego no debe devolver sino un fondo de comercio que tenga el valor del que ha recibido. Por lo mismo, hay que hacer una doble estimación, una al comenzar el usufructo, y la otra á su fin: la diferencia entre las dos estimaciones constituirá al usufructuario acreedor ó deudor, según que el fondo de comercio haya aumentado ó disminuido de valor. Así es que, siempre es la universalidad, objeto del usufructo, lo que el usufructuario debe devolver, y no una estimación, ni mercancías de la misma cantidad y calidad, salvo que las partes comparen en seguida el valor del fondo que él devuelve con el del fondo que ha recibido. Si en el fondo de comercio se encuentran otras cosas que no sean mercancías, instrumentos, planchas, se tendrá en

cuenta la obligación que incumbe al usufructuario de conservar la cosa. Aquí también la estimación al abrirse y al cerrarse el usufructo determinará los derechos y las obligaciones del usufructuario.

Núm. 1. Del usufructo de una renta vitalicia.

424. El usufructo puede establecerse sobre una renta vitalicia como sobre todo crédito. Pero la dificultad consiste en saber lo que en la renta vitalicia es lo que constituye la substancia de la cosa. El código decide que es el derecho á la renta; y que las cuotas vencidas son el producto ó los frutos civiles de ese derecho. De aquí el art. 588 deduce la consecuencia de que «el usufructo de una renta vitalicia da al usufructuario, mientras dure su usufructo, el derecho de percibir las cantidades vencidas, sin estar obligado á ninguna restitución.» En el antiguo derecho, la cuestión era muy debatida, y dudamos que el código haya consagrado los verdaderos principios. El usufructuario tiene derecho á los intereses á título de frutos civiles; él debe restituir el capital. Pues, bien, las rentas vencidas de una pensión vitalicia son en parte intereses, en parte un capital. Por un capital de diez mil francos, tengo regularmente un rédito de quinientos francos; en vez de imponer este capital á 5 p^o, yo lo impongo en pensión vitalicia y me pagan, supongamos, una renta anual de setecientos francos; los doscientos francos que me pagan más allá del interés legal son una porción del capital.

Síguese de aquí que el usufructuario recibe, en la forma de rentas vencidas, frutos civiles, más una parte del capital; ahora bien, como usufructuario, él no tiene derecho al capital; luego no debería ganar las rentas caídas sino hasta la concurrencia del rédito legal y usual de 5 p^o.

Esto es lo que Rousson sostiene en el antiguo derecho, y proponía, en consecuencia, que se dejaran las rentas vencidas al propietario, salvo que éste pagara los intereses del usufructuario (1). El derecho á la renta, que el código considera como la substancia de la cosa, es las más de las veces irrisorio, porque la renta vitalicia se extingue con la muerte del que la disfruta; luego cada día que la aprovecha disminuye esa pretendida substancia, lo que es contrario á la naturaleza de las cosas tanto como á la esencia del usufructo.

Y aun hay un caso en el cual el derecho á la renta, esa pretendida substancia de la renta vitalicia, no retorna jamás al propietario, y esto es cuando la renta se halla establecida en cabeza del usufructuario. Hé aquí el caso que Pothier supone. Yo tengo una renta vitalicia de mil francos; me caso bajo el régimen de la comunidad; la renta cae en el activo á título de derecho mobiliario. Si yo soy usufructuario de todos los bienes de mi mujer, sea por contrato de matrimonio, sea por testamento, tendré el usufructo de la mitad de la renta vitalicia constituida á mi favor. Esta renta se extingue con mi muerte; luego es imposible que alguna vez vuelva al propietario de la renta. Hé aquí ciertamente un derecho irrisorio. Por esto es que Pothier quería que en este caso se estimase la renta al abrirse el usufructo y que el usufructuario devolviese la estimación al terminar el usufructo (2). A nuestro juicio, el sistema de Renusson es el más jurídico. Pero el código ha resuelto esto de una manera bien diferente; luego hay que admitir como un principio general que el derecho de percibir la renta es lo que constituye la substancia de la cosa.

1 Véanse las diversas opiniones que sostienen los antiguos juristas, en Marcadé, *Revista crítica*, 1851, 1, p. 444.

2 Pothier, *Del derecho de viudedad*, núm. 25, *Donación entre marido y mujer*, núm. 219.

425. Supuesto que el art. 588 es la aplicación de un principio general, hay que aplicar este principio á todos los casos que puedan presentarse. Si el usufructo se establece en un usufructo, ¿cuál será el derecho del segundo usufructuario? El tendrá el derecho de percibir los frutos y los ganará; en efecto, dichos frutos son el producto del derecho de usufructo que se le ha concedido, y este derecho es lo que constituye la substancia de la cosa y lo que él debe devolver, suponiendo que todavía exista; porque el usufructo se extinguirá, no á la muerte del segundo usufructuario, sino á la del primero que ha constituido un usufructo sobre su usufructo. El art. 1568 consagra formalmente esta opinión: él establece que «si se ha constituido un usufructo en dote, el marido ó sus herederos no están obligados, al disolverse el matrimonio, es decir, al extinguirse el usufructo del marido, más que á restituir el derecho de usufructo y no los frutos vencidos durante el matrimonio.»

No hay que confundir el usufructo de una renta con el derecho á las anualidades ó entregas anuales. Estas anualidades constituyen no un usufructo, sino un capital; en efecto, en este caso no hay derecho que produzca frutos; de suerte que el que lega anualidades lega sumas capitales. Infírese de esto que si dichas anualidades están gravadas de usufructo, el usufructuario tiene únicamente el derecho de disfrutarlas como otro cualquier capital; él percibe los réditos, pero debe devolverlos al término del usufructo (1).

426. ¿Debe aplicarse el principio consagrado por el artículo 588 al usufructo de un derecho de arrendamiento? La cuestión es debatida. De antemano la hemos contestado (núm. 379). Las rentas son el producto del derecho de arrendamiento, como las rentas vencidas lo son de una pen-

1 Demolombe, tomo 10, p. 294, núm. 330 bis. Aubry y Rau, tomo 2º, p. 483 y nota 21.

sión vitalicia. Luego la analogía es completa; y en donde hay idénticas razones, debe haber la misma decisión.

427. Los préstamos con prima dan lugar á una dificultad más seria. Si las acciones de un empréstito semejante están gravadas de usufructo, ¿gana el usufructuario la prima á título de interés, ó solamente tiene su goce, y debe restituirla al término del usufructo? En principio, la prima es un interés; esto nos parece incontestable; la prima no es más que una parte de los intereses, atribuida por lotería á uno ó á varios de los accionistas. Supóngase que una administración, tal como los hospicios ó la oficina de beneficencia compra todas las acciones, ella ganará todas las primas; pues bien, todas estas ganancias reunidas al interés, no representarán todavía el interés de 5 por ciento. El empréstito con prima aprovecha en definitiva al que lo emite y no á los que compran las acciones. Pero esto no decide nuestra cuestión. Si un accionista, que no tiene más que un lote, gana una prima de 25,000 francos, es evidente que recibe mucho más que los intereses de su acción de cien francos. ¿Lo que gana de más es un capital del que debe cuenta al usufructuario de la acción? Este, al comprar un lote de cien francos, juega á la lotería. Gana, ¿esta ganancia es un producto de su acción? Nó, es el producto del mecanismo del empréstito con prima. El gana lo que otros pierden. Su ganancia es un dón de la fortuna. Ahora bien, el usufructuario no tiene derecho á los dones que la fortuna hace al nudo propietario. Luego él no puede ganar la prima. ¿Tiene al menos derecho al goce de la prima? Esto mismo es dudoso. Podría decirse que él no tiene derecho más que al interés de su acción, y no al goce del dón que la fortuna hace al propietario con motivo de esta acción. No obstante, nosotros preferiríamos la opinión contraria. El usufructuario goza como el propietario; es así que éste