

so de expropiación á diligencias de un acreedor hipotecario. En este caso no hay retroactividad, supuesto que la adjudicación no es más que una venta. Pero cuando la confusión cesa, la imposibilidad de ejercer el usufructo cesa, y por consiguiente, el usufructuario puede ejercitar su derecho como si nunca se hubiese extinguido, y en realidad nunca hubo extinción (1).

59. Se pregunta si el fiador queda obligado cuando cesa la consolidación. Cuando ésta cesa en virtud de un efecto retroactivo, no hay duda alguna; la confusión se tiene por no haber tenido nunca lugar, y por consiguiente, jamás ha habido extinción del usufructo; así, pues, el fiador jamás ha sido exonerado. Pero si la causa que pone término á la confusión no tiene acción en el pasado, hay alguna duda. Puede decirse que según el art. 607, el usufructo se extingue por la consolidación; que por consiguiente, el fiador queda libre y que su obligación no puede revivir. El razonamiento sería justo si la extinción por consolidación fuere definitiva; pero lo es tan poco, que el usufructo existe en realidad, luego la caución subsiste también; luego no es necesario que la ley lo haga revivir, porque nunca se ha extinguido. Proudhon enseña que, en todos los casos, desde el momento en que hay consolidación, se extingue la caución, y es de principio que un derecho extinto no puede revivir sino en virtud de una disposición formal de la ley (2). Este proverbio no es aplicable sino en los casos en que una obligación se extingue definitivamente; y puede decirse que la caución se extingue cuando hay consolidación? El usufructo no está extinto, luego la caución subsiste; la imposibilidad en que se halla el usufructuario no concierne al fiador, luego subsiste el

1 Esta es la doctrina de Pothier, *Derecho de viudedad*, núm. 254. Compárese, Duranton, t. 4º, p. 642, núms. 667 y 670. Demolombe, tomo 10, p. 634, núm. 685.

2 Proudhon, t. 4º, p. 469, núms. 2083-2088.

compromiso de éste; no debe decirse que revive cuando cesa la consolidación, hay que decir que jamás se ha extinguido.

*Núm. 4. El no-uso.*

60. "El usufructo se extingue por el no-uso del derecho durante treinta años" (art. 617). ¿Cuál es el fundamento jurídico de este modo de extinción? El no-uso durante treinta años no es otra cosa que la prescripción extintiva del art. 2262, por cuyos términos todas las acciones, tanto reales como personales, prescriben á los treinta años. El código aplica esta prescripción á los derechos reales que son un desmembramiento de la propiedad, en el sentido de que, si estos derechos no se ejercitan durante el período de los treinta años, se extinguen. Por esto el artículo 706 dice que la servidumbre se extingue por el no-uso durante treinta años. No sucede lo mismo con la propiedad. A la verdad que, naciendo la acción real de la propiedad, la reivindicación debe intentarse dentro de los treinta años, como toda acción; pero la extinción de un derecho por el no-uso es cosa distinta de la prescripción de la acción real ó personal que la ley otorga para la conservación del derecho. La reivindicación supone que el fundo reivindicado lo posee un tercero; este tercer poseedor adquiere la propiedad por el lapso de treinta años, si el propietario no reivindica la cosa contra él. Pero si no poseo el fundo un tercero, el propietario no pierde su derecho de propiedad por el hecho solo de que no lo ejerza durante treinta años; puede estar cincuenta años y cien sin ejecutar acto de posesión, y no obstante, conserva su derecho. Mientras que el que tiene un derecho real lo pierde por no haberlo ejercido durante treinta años. Se pregunta cuál es la razón de esta diferencia.

Los autores no están de acuerdo en sus respuestas

Proudhon dice que, en el caso en que se trata de un usufructo, el propietario tiene también la posesión del fundo, y que, poseyéndolo por treinta años, libre de servidumbre, ha adquirido por la prescripción la emancipación de su propiedad (1). La razón no es concluyente. Es verdad que el propietario posee, pero el usufructuario posee igualmente, en el sentido que estamos suponiendo de que ha principiado por poseer: ¿por qué ha de ser que él continúe ejecutando actos de posesión para conservar su derecho, mientras que el propietario conserva el suyo sin que esté obligado á hacer, sea lo que fuere? Demolombe, por analogía, aplica á los derechos reales lo que el código dice de los derechos de obligación. Cuando el acreedor no promueve contra su deudor durante treinta años, éste queda exonerado; ahora bien, la cosa gravada de servidumbre realmente es deudora de la carga que sobre ella pesa; así es que, cuando el usufructuario, acreedor de ese derecho, no promueve contra el fundo deudor, éste queda libre á los treinta años (2).

Esta explicación, que es también la de Marcadé, está muy lejos de ser satisfactoria. Confunde los derechos reales con los derechos de crédito; en los derechos reales no puede ser cuestión de deudor ni de acreedor, no hay relación sino entre el dueño y la cosa, el dueño ejerce directamente su derecho en el fundo que le pertenece, sea á título de usufructo, sea á título de servidumbre, no le ejerce por vía de acción, porque no se promueve contra una cosa. Así, pues, es pagarse de vanas palabras trasladar á los derechos reales expresiones é ideas que no tienen sentido allí en donde no hay lugar á obligación. Ducaurroy y sus eruditos colaboradores dicen que los derechos reales, simples desmembramientos de la propiedad, no siendo á los

1 Proudhon, t. 4º, p. 492, núm. 2106.

2 Demolombe, t. 10, p. 638, núm. 689. Marcadé, t. 2º, p. 514, artículo 617, número 7.

ojos del legislador más que derogaciones del derecho común, no se conservan sino por el ejercicio del derecho (1). Esto no es todavía muy claro; ¿por qué no aplicar el mismo principio á todos los derechos reales? La propiedad es también un derecho real, y ¿por qué está regida por otro principio que las servidumbres y el usufructo? Nosotros no preguntamos por qué la propiedad no se extingue por el no-uso: esto es muy jurídico. Pero si esto es cierto para un derecho real, ¿por qué no lo es para todos? Se dice que esas son derogaciones del derecho común, es decir, excepciones; sea. Nosotros preguntamos la razón por la cual esos derechos excepcionales no están regidos por el mismo principio que el derecho común. Es porque la ley favorece la vuelta al derecho común. En otros términos, tanto como la propiedad es favorable, tanto así las cargas ó los derechos que la embarazan son vistos con malos ojos; por esto la ley favorece su extinción. Los acepta por causa de utilidad, pero no son útiles sino en tanto que se ejercitan, porque si no se ejercitan carecen de razón de ser; por consiguiente, la ley los declara extintos. Esto es sobre todo cierto del usufructo, el más considerable de esos desmembramientos de la propiedad, pero también el más embarazoso (2).

Pedimos perdón al lector por haber insistido tanto en el motivo de un principio muy elemental. Ha sido porque es importante que las nociones de derecho, y precisamente las que son elementales, sean de una evidente claridad; y porque, sobre todo, es preciso no contestar con vanas palabras cuando se piden razones.

61. El usufructo se extingue, pues, por el hecho solo de que el usufructuario no disfrute durante treinta años. No se requiere que durante este plazo un tercero se haya

1 Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, p. 150, núm. 220

2 Moulon, *Repeticiones*, t. 1º, p. 735.

apoderado del goce que el usufructuario ha descuidado ejercitar, la simple inacción es suficiente para que se extinga el usufructo. El usufructo puede extinguirse también, como más adelante lo veremos, por la prescripción adquisitiva, pero en este caso todas las condiciones son diferentes; á veces basta la posesión de un solo instante para que la prescripción adquisitiva se cumpla. Tal es, en la opinión común, la prescripción que se cumple por efecto de la posesión de los muebles: el usufructuario pierde su derecho en éstos desde el momento en que un tercero los posee, porque, en materia de muebles, la posesión equivale á título (art. 2279). Pero si los muebles no están poseídos por un tercero, el usufructo mobiliario está regido por el mismo principio que el inmobiliario; se necesitará un no-uso de treinta años para extinguirlo. El no-uso es, pues, una prescripción extintiva; síguese de aquí que deben aplicársele los principios que rigen la suspensión de la prescripción. No corre contra los menores y los incapacitados. Hay, además, otra causa de suspensión particular á la mujer; sus inmuebles dotales son imprescriptibles, y lo mismo sería del usufructo de un inmueble dotal; la mujer no puede perder el usufructo como tampoco la propiedad de un fundo constituido en dote (1).

62. La condición esencial para que haya no-uso, es que el usufructuario no haya usado de su derecho, es decir, que no lo haya ejercitado. Ejercitar el derecho de usufructo, es disfrutar, porque el usufructo no es más que el goce. El usufructuario puede gozar por sí mismo ó ceder su derecho. No se requiere que el usufructuario goce en persona, también disfruta dando en arrendamiento. Se entiende que disfruta si hace que un mandatario administre sus bienes; y como la gestión de negocios equivale al man-

1 Demolombe, t. 10, p. 646, núm. 699. Proudhon, t. 4º, p. 493, número 2107. Durantou, t. 4º, p. 646, núms. 671 y 672.

dato, el usufructuario disfrutará si, en su ausencia, un amigo posee por él y en su nombre. Cuando el usufructuario vende su derecho ó lo dona, disfruta de él, supuesto que, conforme á los términos del art. 595, el usufructuario puede disfrutar por sí mismo, dar á otro en arrendamiento, ó aun vender ó ceder su derecho á título gratuito. Todos estos actos son actos de goce, y por consiguiente, conservan el derecho del usufructuario (1).

Cuando el usufructuario vende su derecho, ¿se necesita para que haya uso, que el comprador lo ejerza, ó basta con que el usufructuario disfrute del precio? La misma cuestión cuando el usufructuario da la cosa en arrendamiento. En derecho romano, se decidía que el usufructo se conservaba por el hecho solo de que el usufructuario gozase del precio ó de la renta, aun cuando el comprador ó el arrendatario no disfrutara. Pothier enseña la misma doctrina y Proudhon la ha reproducido bajo el imperio del código civil; la mayor parte de los autores la rechazan. Nosotros nos adherimos á la opinión de Pothier y de los jurisconsultos romanos. El art. 595 decide la cuestión, á lo que parece; admite que el usufructuario puede disfrutar de dos maneras: por sí mismo, ó dar en arrendamiento á otro, ó vender ó donar su derecho. Dar en arrendamiento es, pues, disfrutar tanto como cuando se disfruta por sí mismo; ¿qué importa, después de esto, lo que el arrendatario hace ó no hace? Las rentas que paga son para el usufructuario un fruto civil que percibe, es decir que disfruta. La misma razón para decidir existe en caso de venta (2).

1 Proudhon, t. 4º, p. 494, núm. 2109. Genty, *Del usufructo*, p. 223, números 276 y 277.

2 LL. 38 y 39, D., *de usufr.* (VII, 1). Pothier, *Del derecho de viudedad*, núm. 251. Proudhon, t. 4º, p. 494, núm. 2110. En sentido contrario, Bugnet acerca de Pothier, t. 6º, p. 423, nota 3. Demolombe, t. 10, p. 641, núm. 695. Marcadé, t. 2º, p. 513, art. 617, núm. 7. Gary, p. 224, núm. 278. Aubry y Rau, t. 2º, p. 513, nota 11.

63. El usufructuario debe disfrutar para conservar su derecho. ¿Se necesita que perciba todos los frutos? Ciertamente que nó; el mismo código supone que él no puede recoger los frutos que tenía derecho de percibir; todo lo que de ello resultará, es que no tendrá derecho á una indemnización por este capítulo (art. 590); pero al percibir ciertos frutos ha usado de su derecho; luego no existe el no-uso. Lo mismo sería si el usufructuario no disfrutase más que de una parte de los bienes gravados de usufructo; se necesita un no-uso completo, absoluto, para que haya extinción del derecho. No obstante, si el usufructo recayese en varios fundos distintos, y si el usufructuario no disfrutase más que de uno de los fundos, habría una extinción parcial, porque en este caso, hay tantos derechos distintos como fundos (1). Pothier agita una singular cuestión. El usufructuario se sirve de la cosa de que disfruta para usos á la que no estaba destinada; él perderá su usufructo como si del todo no se hubiese servido de la cosa. En efecto, dice Pothier, el derecho de usufructo que tiene en esta cosa siendo el derecho de servirse de ella para los usos á que está destinada, debe decirse que no usa de su derecho de usufructo cuando se sirve de ella para otros usos, luego perderá su derecho por el no-uso (2). Nos llama la atención que Pothier que no gusta de las sutilezas romanas, haya abrazado esta opinión en la fe de textos en los que ni siquiera está escrita en términos formales. ¿Puede decirse del que disfruta que no disfruta? Si él no disfruta como debía ser, habrá goce abusivo, pero no habrá el no-uso; ahora bien, una cosa es el abuso de goce, y otra la falta de goce. El usufructuario que abusa afirma su derecho y quiere mantenerlo, mientras que el que no usa,

1 Aubry y Rau, t. 2º, p. 54, notas 12 y 14, y las autoridades que se citan.

2 Pothier, *Del derecho de viudedad*, núm. 249. En sentido contrario, Demolombe, t. 10, p. 644, núm. 696.

parece como que reconoce que no tiene derecho ó lo abdica.

64. Para que el usufructo se extinga, es preciso que el no-uso dure treinta años. Este plazo comienza á contarse desde el último acto de posesión que ha ejecutado el usufructuario. La aplicación del principio al usufructo de los bosques da lugar á una dificultad. Se verifica un corte cada veinticinco años; el usufructuario se espera treinta años para verificarlo: ¿se había cumplido la prescripción? La razón para dudar es que sobre esos treinta años hay veinticinco durante los cuales el usufructuario no podía hacer cortes; se vería uno tentado á creer que el no-uso realmente no ha durado más que cinco años. A esto Proudhon contesta, y la respuesta es perentoria, que pueden ejecutarse otros actos de posesión en un bosque que no sean los cortes de madera; el usufructuario podía, debía aun tener un guarda, podía recoger los productos anuales que los árboles rinden (art. 593); si no ha ejecutado ninguno de esos cortes de posesión, realmente hay no-uso (1).

#### *Extinción del usufructo.*

65. "El usufructo se extingue por la pérdida total de la cosa en la cual está establecido." ¿Cuándo hay pérdida total de la cosa? La cuestión es controvertida; el desacuerdo sube hasta Pothier y Domat; hay que escucharlos, para decidir cuál es la doctrina consagrada por el código civil. Cuando la pérdida es total, en el sentido material de la palabra, no hay duda alguna; si una pradera contigua á un río es arrebatada por la corriente de las aguas, es evidente que el usufructo se extingue, supuesto que no puede haber derecho real sin una cosa en la cual se ejecute. ¿Pero qué debe decidirse cuando la cosa gravada de usufructo ha cambiado de forma? Los jurisconsultos romanos deci-

1 Proudhon, t. 4º, p. 506, núm. 2121.

dian que como la forma, en materia de usufructo, constituía la substancia de la cosa, había pérdida de ésta cuando se destruía la forma. Una casa gravada de usufructo se incendia; el usufructo se extingue, por más que queden el suelo y los materiales, porque el usufructuario tenía el goce de una casa, y no el de un suelo desnudo y materiales de construcción; habiendo perecido la casa, el usufructo se ha extinguido. Pothier critica la resolución de los jurisconsultos romanos. En nuestro derecho francés, dice él, no se fija uno en tales sutilezas; cuando la cosa gravada de usufructo ha cambiado de forma y se ha convertido en otra cosa, el usufructo no se extingue, subsiste en la cosa en su nueva forma. El aplica este principio á la casa que fuese destruida por un rayo; el usufructuario disfrutará del sitio y podrá alquilarlo (1) Domat, al contrario, decide que el usufructo de una casa destruida por un incendio de tal manera concluye, que el usufructuario ya no tiene derecho al sitio que queda (2). ¿El código ha adoptado la doctrina de Pothier ó la de Domat?

Acerca de la cuestión especial del usufructo de una casa no hay duda alguna, el art. 524 consagra formalmente la opinión de Domat. "Si, dice el artículo, el usufructo no está establecido sino sobre un edificio, y éste es destruido por un incendio ú otro accidente, ó se derrumba por los años, el usufructuario no tendrá derecho á disfrutar ni del suelo ni de los materiales." ¿El art. 624 no contiene más que una decisión aislada? ¿ó es la aplicación de los principios enseñados por los jurisconsultos romanos y reproducidos por Domat? La cuestión es muy debatida; creemos nosotros que el texto y el espíritu de la ley la deciden. No se pueden separar los arts. 617 y 624. Esta última disposición enumera las diversas causas que ponen término

1 Pothier, *Del derecho de viudedad*, núm. 255.

2 Domat, *Leyes civiles*, libro 1º, tit. 11, sec. 4º, art. 7.

al usufructo: es una enunciación de principios. Vienen después de esto artículos que explican algunas de las causas de extinción. Así es que los arts. 619 y 620 son relativos á los dos primeros casos previstos por el art. 617. Del mismo modo el art. 624 explica la última causa aplicándola á la hipótesis más usual. Según el art. 617, la pérdida debe ser total para que se extinga el usufructo. El art. 624 no dice lo que el legislador entiende por pérdida total. Cuando se ponen estas disposiciones en relación con la tradición, no queda ninguna duda. Los autores del código se hallaban en presencia de dos sistemas contrarios profesados por los dos autores que son la fuente principal en la cual han tomado los principios de la nueva legislación: estando Pothier en desacuerdo con Domat, era preciso escoger. Pues bien, el artículo 624 prueba que ellos han escogido; han dado la preferencia á la opinión de Domat (1). Esta interpretación es tan natural que se la puede llamar evidente. Se apoya, además, en los trabajos preparatorios; la encontramos con todas sus letras en el discurso de Gary, el orador del Tribunalado. Después de haber dicho que el usufructo se extingue por la pérdida total de la cosa, agrega: "No es posible conservar derecho en una cosa que ya no existe; por otra parte, el proyecto de ley explica con ejemplos, en los arts. 623 y 624, los caracteres en los cuales se debe reconocer que la cosa está totalmente perdida" (2). Esto contesta perentoriamente al argumento de texto que se invoca en pró de la opinión contraria. El art. 617, dice Marcadé, ha puesto fin á las sutilezas romanas, exigiendo que la *pérdida* sea total para que el usufructo se extinga; quien dice *pérdida total*, dice pérdida material, absoluta, y nó un simple cambio de for-

1 Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, p. 155, núms. 232 y 235. Aubry y Rau, t. 2º, p. 54 y nota 16.

2 Gary, Discurso núm. 24, 5º (Loché, t. 4º, p. 141).

ma (1). Sí, tal sería el sentido del art. 617, si estuviese solo, sin tradición y y sin aplicación. Pero aislándolo, se desconocen las más elementales reglas de la interpretación de las leyes; no puede separarse el art. 617 del 624, y tampoco se le puede separar de la tradición á la que se liga.

Distinta es la cuestión de saber si los autores del código han hecho bien en dar la preferencia á Domat sobre Pothier. Bajo el punto de vista de la teoría, la doctrina romana es la verdadera; se deriva lógicamente de la esencia misma del usufructo. Este es un derecho real; pero hay gran diferencia entre este derecho y el de propiedad. La propiedad es un derecho absoluto que da al dueño un poder ilimitado en la cosa; si ésta perece, los últimos escombros pertenecen al propietario. No pasa lo mismo con el usufructo; en éste la forma representa un gran papel, porque en derecho la forma es la substancia de la cosa, y el usufructuario debe conservar la substancia; es decir, que su derecho es inherente á la forma y que con ésta perece. Agréguese que el usufructo no se ve con favor, luego la extinción del usufructo es favorable, porque es el retorno á la propiedad lo que el legislador favorece particularmente, como que es la base del orden civil y social (2).

La doctrina del código es, pues, la doctrina jurídica. A pesar de ésto, nosotros daríamos la preferencia á la de Pothier, porque es más equitativa. Si el usufructo fuera una creación de la ley, se comprendería el rigor romano; se podría no tener en cuenta la voluntad de las partes interesadas. Pero ¿cuál es el usufructo más frecuente? El usufructo legado ó donado por contrato de matrimonio. Pues bien, nosotros preguntamos: ¿el cónyuge que quiere asegurar á su consorte todo lo que puede darle en usufructo,

1 Marcadé, t. 2º, p. 516, art. 517, núm. 10.

2 Elvers, *Die römische Servitutenlehre*, pfo. 70, ps. 158 y siguientes.

da á entender que privará al donatario del uso del fundo si la cosa cuyo usufructo le dona llega á perecer? Ciertamente que nó. Luego Pothier tiene razón. Porque lo que debe considerarse ante todo es la voluntad del constituyente. Esto es tan cierto que si el testador ó el donador hubiesen manifestado claramente su intención, habría que seguirla, porque se les permite que deroguen el art. 624, como todas las disposiciones que atañen al orden público.

66. Hemos insistido demasiado en una cuestión que casi es de pura teoría, pues poca importancia tiene en la práctica. En la aplicación, la doctrina romana, tal como fué interpretada por Domat, no es tan absoluta como pudiera creerse. Los jurisconsultos romanos estaban dominados, como á pesar suyo, por la lógica á la que habitualmente obedecen. Ellos decidían, pues, que si un estanque se seca, si una tierra labrantía se vuelve pantano, el usufructo se extingue. Domat no acepta solución absoluta en esta materia (1). “Si acaece algún cambio de la cosa sujeta á usufructo, dice Domat, como si se seca un estanque, si una tierra de labranza se vuelve pantano, si de un bosque se hace una pradera ó tierra de labranza, ú otros semejantes, el usufructo termina ó no termina, según la calidad del título del usufructo, la intención de los que lo han establecido y las demás circunstancias.” Se ve que la cuestión se vuelve una cuestión de hecho. Por lo mismo, es inútil detenerse en los varios casos como lo hacen los autores, puesto que la decisión varía de un caso al otro. Este debate es, además, inútil, por otro concepto, porque las aplicaciones son tan raras, que ni una sola sentencia encontramos sobre esta materia. Y se comprende. Las más de las veces el usufructo es universal; el legal lo es siempre; y el usufructo legado por testamento ó donado por

1 Compárese, Demolombe, t. 10, p. 659, núms. 708 y 709; Genty, páginas 231-235.