

TITULO III.

DEL USUFRUCTO, DEL USO Y DE LA HABITACION (1).

CAPITULO PRIMERO.

DEL USUFRUCTO.

SECCION I.—Principios generales.

§ I.—DEFINICION DE CARACTERES DEL USUFRUCTO.

323. El art. 578 dice que: el «usufructo es el derecho para disfrutar de las cosas propias de otro, como éste mismo, pero con la obligación de conservar la substancia de aquéllas.» Se lee en el informe presentado al Tribunado que: «esta definición es de aquellas que en número reduciendo dan una idea perfecta del objeto definido, y de aquellas

1. Salvat, "Tratado del usufructo, del uso y de la habitación," 2 vol. 1817. Prodhon, "Tratado de los derechos de usufructo, de uso de habitación y de superficie," 8 vol. (1824). Genty, "Tratado del usufructo, del uso y de la habitación," 1 vol. 1869.

cuyo sentido se obscurecería tratando de explicarlas (1). Toullier, por el contrario, reprocha esta definición, tomada al jurisconsulto Paulo, que no da á conocer suficientemente la naturaleza del usufructo. Dice él que en rigor la definición podría aplicarse al arrendamiento. ¿Acaso el arrendatario no tiene derecho á disfrutar de las cosas que el arrendador posee en propiedad? El tiene tal derecho mientras dura su contrato de arrendamiento, el cual puede prolongarse tanto como el usufructo. El arrendatario tiene también el derecho de disfrutar de las cosas como el mismo propietario, y es evidente que debe conservar su substancia (2). ¿Quiere decir esto, que no exista diferencia alguna entre el arrendamiento y el usufructo? Hay una que es capital y que debería encontrarse en la definición; los romanos lo expresaban en una sola palabra, al decir que el usufructo es una servidumbre mientras que el arrendamiento es un derecho de obligación.

El código civil no dice que el usufructo es una servidumbre; hasta parece que dice lo contrario; porque los romanos añadian que el usufructo es una servidumbre personal, es decir, una servidumbre establecida en favor de la persona del usufructuario, mientras que el art. 686 prohíbe que se establezcan servidumbres á favor de la persona. ¿Debe inferirse de ésto, que el usufructo no es una servidumbre personal? El art. 686, no tiene el sentido absoluto que aparenta. Ciento es que, á pesar de esa disposición y á pesar del silencio del código en la definición que da del usufructo, éste es en nuestros días lo que siempre ha sido, una servidumbre de las que se llaman personales. En el antiguo derecho, Pothier no vacilaba en llamar al usufructo una servidumbre personal (3).

¹ Faure, Dictamen núm. 2 (Locré, tomo 4º, p. 130).

² Toullier, tomo 2º, p. 149 (edición de Duverger), núm. 487.

³ Pothier *Costumbre de Orleans*, Introducción al tit. 13, núm. 2.

Esto resulta del mismo texto de la ley. Por los términos del art. 637, «la servidumbre es una carga impuesta en una heredad para el uso y utilidad de una heredad perteneciente á otro propietario.» Esto no es más que la definición de la servidumbre real. ¿En qué difiere ésta de la personal? En que la carga se había establecido en provecho de una heredad en la servidumbre real mientras que en la personal se había establecido en provecho de una persona. Tal es el usufructo. Es una carga impuesta para uso y utilidad del usufructuario. Luego es una servidumbre personal. Lo que del usufructo estamos diciendo es cierto también de los derechos de uso y de habitación. Pero si hay aún servidumbres personales ¿por qué los autores del código no les dan tal nombre? Y ¿por qué, dicen ellos, en el art. 686, que las servidumbres no pueden establecerse en provecho de la persona?

En la época en que se discutió y adoptó el código civil, la Francia salía de una revolución que se había llevado á cabo, á nombre de la libertad y de la igualdad, contra lo que quedaba del régimen feudal. El feudalismo avasallaba á las personas avasallando las tierras; para emancipar á la nación, era preciso emancipar el suelo á la vez que á todos los que lo ocupaban. Tal fué el objeto de los decretos expedidos en la noche inmortal del 4 de Agosto. Están resumidos en el magnífico preámbulo del código rural de 1791. «El territorio de Francia, en toda su extensión, es libre así como las personas que lo habitan; así es que ninguna propiedad territorial no puede estar sometida á los particulares sino es en lo relativo á los tributos y á las *cargas* cuya convención no prohíbe la ley (1).

¿Qué son estas *cargas* reservadas por la ley de 1791? Las establecidas en una heredad para uso ó utilidad de otra heredad ó de otra persona, es decir, las servidumbres reales

1 Ley de 23 de Septiembre, 6 de Octubre de 1791, tit. 1, art. 1.

y personales. Esta palabra servidumbre sonaba mal en oídos de un pueblo que acababa de conquistar la libertad. Por más que no hubiese de común más que el nombre entre las servidumbres del derecho civil y la servidumbre feudal, los autores del código trataron de reemplazar aquella expresión odiosa por otra nueva. El art. 543, que enumera los derechos reales, califica al usufructo, al uso y á la habitación de *derecho de goce*, y á las servidumbres las llama *servicios prediales*, para sentar que un fundo las debe y se deben á un fundo. Volveremos á encontrar la misma expresión en el rubro del título IV, allí están reunidos los dos términos, el antiguo y el nuevo: *servidumbres ó servicios prediales*. No obstante esto, el lenguaje tradicional fué el que predominó. Desde el primer artículo del título, ya no se trata de *servicios prediales*; el código emplea constantemente la expresión consagrada por un uso secular, pero tiene cuidado de agregar qué «la servidumbre no establece ninguna preeminencia de una heredad sobre la otra,» es decir, ninguna dependencia, y prohíbe que se estipulen cargas contrarias al orden público, es decir, á los principios proclamados en 89 (arts. 683 y 686). La expresión servidumbre personal sonaba todavía peor, porque parecía que recordaba la servidumbre de las personas. Basta conocer los elementos del derecho para saber que nada de esto es cierto; lejos de implicar una dependencia de la persona, la servidumbre personal otorga un derecho á una persona, este derecho no lo tiene sobre otra persona, sino sobre una heredad, y sin que de ello resulte una dependencia de esa heredad y de su poseedor. Así es que audazmente se podía mantener una expresión usada hacia tantos siglos; si los autores del código Napoleón la repudiaron, fué para prevenir susceptibilidades que son fáciles de comprender después de 89 (1).

1 Durauton, tomo 4º, p. 407, núm. 467. Demaute, tom. 2º, p. 493,

Por otra parte, los términos de usufructo, de uso y de habitación son suficientes para las necesidades de la legislación y de la ciencia; y esas son las únicas servidumbres personales que el código civil ha conservado.

Esto es una innovación. En el antiguo derecho, toda servidumbre podía estipularse en provecho de una persona, con tal que fuese propia para procurar alguna utilidad á la persona, mientras que el art. 686 prohíbe que se establezcan servidumbres en favor de la persona. ¿Cuál es la razón de esta prohibición? No se refiere á un motivo de orden público; el objeto del legislador ha sido prevenir las dificultades, y por consiguiente, los pleitos judiciales á que daba lugar la antigua jurisprudencia. Se podía estipular un derecho de tránsito, sea como servidumbre personal, sea como servidumbre real. Grande era la diferencia, puesto que en uno de los casos se extinguía con la muerte de aquél á quien pertenecía, mientras que en el otro era perpetua. No obstante, era muy difícil distinguir las dos servidumbres, pudiéndose entenderse muy á menudo los términos de las convenciones de una servidumbre real como como de una personal. El código cortó la dificultad prohibiendo las servidumbres personales (1).

Debe inferirse de esto que ya no hay más que servidumbres reales? Así se dice (2), y esto es cierto de toda evidencia en el sentido de que las servidumbres reales ya no pueden estipularse á título de servidumbres personales; pero esto es demasiado absoluto, porque igualmente evidente que el usufructo, el uso y la habitación han sido mantenidos por el código con los caracteres que tales derechos han tenido siempre; lo que equivale á decir, que existen todavía, art. 474, *bis*. Demofolard, tomo 1^o, p. 130, númer. 24; Toullier, tomo 2^o, p. 146, número 384.

¹ Toullier, tomo 2^o, p. 148, número 385.

² Dalloz, *Diccionario*, en la palabra *servidumbres*, números 5 y 21.

vía tres servidumbres personales. Hay que agregar que si las servidumbres reales no pueden ya estipularse en provecho de una persona, nada impide qué se estipulen esos derechos de obligación. Volveremos á insistir acerca de este punto cuando expongamos los principios sobre las *Servidumbres*.

324. Luego el usufructo es una servidumbre. Toda servidumbre es un desmembramiento de la propiedad. Cuando una cosa está gravada con servidumbre, la propiedad de aquella cosa está desmembrada, en el sentido de que de ella se ha separado un atributo esencial. Según los términos del art. 544, la propiedad es el derecho de disfrutar y disponer de las cosas de la manera más absoluta. Cuando la cosa que me pertenece se halla gravada con usufructo, el usufructuario es el que tiene derecho á gozar de ella; á mí no me queda más que una propiedad sin goce, lo que en derecho se llama nuda propiedad. Así, pues, mi derecho se haya desmembrado. Hay más todavía, mi derecho de nuda propiedad no es ya ese derecho absoluto que los jurisconsultos llaman el derecho de usar y de abusar. El propietario nudo conserva, en verdad, el derecho de disponer, pero éste derecho está limitado por los que el usufructuario tiene en la cosa: «El propietario, dice el art. 599, no puede por sus actos, ni por otra causa, lastimar los derechos del usufructuario;» luego no puede ejecutar acto ninguno de disposición que dañe al usufructuario.

Resulta de esto que una sola y misma cosa pertenece á dos personas con diferentes títulos: puede decirse que uno y otro son propietarios bajo ciertos respectos. Para el nudo propietario, esto no da lugar á duda ninguna, supuesto que la ley le da el nombre de propietario, y es claro que á la espiración del usufructo, la propiedad entera, absoluta, volverá á él, porque el desmembramiento no es más que tem-

poral. Lo cierto es de todos modos que, en tanto que subsista, la propiedad está dividida entre el nudo propietario y el usufructuario y cada uno tiene una porción. Esto es una especie de comunidad, dice Proudhon (1). No es esto exacto; la comunión supone que dos personas tienen en la misma cosa, iguales derechos pero indivisibles. Mientras que cuando una cosa está gravada de usufructo, la misma cosa pertenece ciertamente al usufructuario y al propietario, pero ellos tienen derechos diferentes, es decir derechos divididos; en consecuencia, no hay indivisión, luego tampoco comunidad propiamente dicha. El código ni siquiera da alguna vez al usufructuario el nombre de propietario. En efecto, su derecho difiere considerablemente del del dueño. Este se halla privado sólo de un modo transitorio del disfrute de la cosa, pero volverá á tenerlo; luego es él el verdadero propietario. El usufructuario no tiene más que un goce temporal que termina con su muerte.

325. El usufructo es una servidumbre personal. ¿Debe inferirse de esto que el derecho del usufructuario sea un derecho personal? La expresión de derecho personal tiene dos sentidos que se prestan á confusión. Opónense desde luego los derechos personales á los reales. En este sentido, derecho *personal* es sinónimo de derecho de *obligación* ó de crédito. No se necesita decir que el usufructo no es un derecho personal en ese sentido, siendo el usufructo una servidumbre, es, por esto mismo, un derecho real. Hay además otra confusión en la expresión de derecho personal; significa que está afecto un derecho á la persona de aquél que de él disfruta. Esto puede tener dos sentidos. En primer lugar, el derecho es personal cuando se extingue con la muerte del que lo ejercita: así es el usufructo. Se dice, además, que un derecho es personal cuando es incómunica-

1 Proudhon, *Del usufructo*, tomo Iº, p. 7, núm. 7.

ble. El uso es un derecho personal en este sentido, puesto qué el que usa no puede ceder ni alquilar su derecho á otro (art. 631). ¿El usufructo es también un derecho incomunicable? Así lo dicen (1), y en cierto sentido puede decirse, pero como el código permite al usufructuario, á diferencia del que usa, que arriende su derecho y hasta qué lo venda ó lo ceda á título gratuito (art. 393), no puede decirse que el usufructo esté exclusivamente afecto á la persona del usufructuario. Luego hay qué conformarse con decir que el usufructo es una servidumbre personal. De aquí se deducen algunas importantes consecuencias. El usufructo se extingue á la muerte del usufructuario. Esto es esencial en el usufructo. ¿Por qué es vitalicio el usufructo, mientras que las servidumbres reales son perpetuas por naturaleza? Un usufructo perpetuo equivaldría á que fuese inútil la propiedad para el nudo propietario, como ya lo dijeron los jurisconsultos romanos (2). Inútil al propietario, el usufructo perpetuo será al mismo tiempo poco provechoso al usufructuario, supuesto que nunca podría disponer de la cosa, y ni siquiera cambiar el modo de explotación, lo que está en oposición directa son el interés público (3).

Hay otras diferencias entre la servidumbre personal de usufructo y las servidumbres reales. La ley ve á éstas con favor; por más que limiten el derecho de uno de los propietarios, procuran una utilidad al otro: tal es la condición de la coexistencia de los hombres en el estado de sociedad. El mismo legislador establece restricciones al derecho de propiedad con el nombre de reivindicaciones legales. No sucede lo mismo con el usufructo: no teniendo el usufructuario más que un derecho temporal, no está interesado en

1 Prudhon, *Del usufructo*, tomó 1º, p. 9, núm. 9.

2 L. 3, pfo. 2, de usuf. (VÍL, I). *Ne in universum inutiles essent propietatio.*

3 Hennequin, *Tratado de legislación y de jurisprudencia*, t. 2º, p. 67.

hacer mejoras, y las hay que, legalmente, ni siquiera puede emprenderlas. Tal estado de cosas es contrario al interés general. Por esto es que el legislador favorece la extinción del usufructo, adhiriéndose, en caso necesario, á la sutileza del derecho. Cuando un usufructo se halla establecido en un edificio, se extingue por la destrucción total de la cosa, y no revive, aun cuando se reconstruyese el edificio; mientras que la servidumbre real revive en la misma hipótesis (art. 704).

El usufructo es divisible, porque consiste en la percepción de los frutos, los cuales son cosa divisible; mientras que las servidumbres son indivisibles, según lo diremos en el título que les concierne. Infiérese de aquí que el usufructo pueda extinguirse por parte, si muere aquél cuyos bienes están gravados de usufructo, dejando varios herederos, el derecho puede conservarse respecto á unos, por la interrupción de la prescripción, y puede perderse respecto de los otros si no está interrumpida la prescripción. La suspensión de la prescripción tiene lugar por el todo, cuando se trata de servidumbres; sólo tiene lugar en parte, cuando se trata de usufructo, arts. 409, 410 (1).

Hay otro orden de consecuencias que se derivan del principio de que el usufructo es una servidumbre. La servidumbre es un derecho real, luego el usufructo lo es también. Toullier reprocha á la definición que el código da del usufructo que confunde á éste con el arrendamiento; lo que equivaldría á confundir el derecho real con el derecho de obligación. Es exagerado el reproche. No se tiene más que comparar la definición del usufructo (art. 578) con la del arrendamiento para convencerse de ello. El art. 578 dice que el usufructo es el «derecho de gozar.» El art. 1719 no dice que el arrendatario tenga el derecho de gozar; dice que

¹ Duranton, tomo 4º, p. 409, núm. 468.

el arrendador se obliga á hacerlo gozar. Esto equivale á decir que el tomador es un acreedor, que tiene un derecho contra la persona del deudor y que no tiene ninguno en la cosa. Mientras que el usufructuario tiene un derecho directo en la cosa, que está en parte sometida á su imperio. Nosotros veremos en el título del «Arrendamiento,» las importantes diferencias que existen entre el arrendamiento y el usufructo, diferencias que dimanan todas de la realidad del derecho del usufructo y de la personalidad del derecho del tomador.

Puesto que el usufructo es un derecho real, toma la naturaleza de la cosa en la cual se ejerce; luego es mobiliario ó inmobiliario. No obstante, la realidad del derecho no tiene la misma importancia cuando se trata de un usufructo mobiliario que cuando es inmobiliario. Cuando el usufructo estriba en un inmueble tiene el derecho de prosecución. El usufructo mobiliario no da en principio el derecho de prosecución, porque los derechos en las cosas mobiliarias no engendran acción real contra el tercer poseedor, en razón del principio de que en materia de muebles la posesión equivale á título. En los casos en que por excepción la reivindicación de una cosa mobiliaria se admite, el usufructuario también puede hacer valer su derecho por medio de una acción real.

En otro lugar hemos dicho que los derechos reales tienen, además, otro carácter que los distingue de los derechos de crédito. Si se han establecido sucesivamente dos derechos reales en una misma cosa, el primero en fecha es el predominante. Insistiremos acerca de este principio al tratar de la constitución del usufructo. El código lo aplica, en el art. 621, al disponer que «la venta de la cosa sujeta á usufructo no opera cambio ninguno en el derecho del usufructuario,» como tampoco la venta de la cosa hipotecada

daña al acreedor hipotecario, salvo la aplicación de la ley hipotecaria sobre la transcripción de las escrituras que establecen un usufructo inmobiliario, y la inscripción de las hipotecas. Del mismo modo, el usufructuario debe respetar los derechos establecidos anteriormente. Si son hipotecas, el usufructuario puede hacerlas desaparecer llenando las formalidades prescritas para el expurgo (art. 2181).

Hágamos notar en este punto una diferencia entre el usufructo y la servidumbre real. Esta es una cualidad activa ó pasiva de la heredad, y no se concibe separada del fundo; mientras que el usufructo inmobiliario es un inmueble distinto de la nuda propiedad. Estas son dos propiedades, hemos dicho. Así, pues, cuando se establece el usufructo en un inmueble, el usufructuario goza, en principio, de todos los derechos que pertenecen al propietario de un inmueble. El puede expurgar, puede también hipotecar (art. 2148, 2º). Así, pues, los acreedores del usufructuario pueden apoderarse del usufructo y mandarlo vender separadamente de la nuda propiedad: la hipoteca no es un derecho eficaz sino con esta condición. Mientras que para las servidumbres reales no puede ser cuestión de expurgo ni de hipoteca, ni de embargo inmobiliario, sino cuando el fundo mismo está expurgado, hipotecado ó embargado.

Salvo estas restricciones, se aplican al usufructo los principios que rigen á las servidumbres. Así es que el nudo propietario está obligado únicamente á dejar gozar al usufructuario, pero no á hacerlo gozar. Propietario del fundo sirviente, él no está personalmente obligado, sino que el fundo cuya propiedad tiene él, es el que se halla gravado con una carga. Más adelante veremos algunas consecuencias de este principio. Resulta de aquí que, lógicamente, el código habría debido tratar en primer lugar de las servidumbres reales, supuesto que hay principios generales á estas

servidumbres y á las personales. Pero el intérprete debe seguir en esta materia, más que en otra cualquiera, el orden del código, supuesto que el legislador francés no da al usufructo el nombre de servidumbre.

326: El art. 578 dice que el usufructo es el derecho de *gozar* de las cosas que otro tiene en propiedad. No habla del derecho de *usar*, por más que el *uso* y el *goce* estén comprendidos en la expresión misma de *usufructo*. Al definir la propiedad, el código se contenta también con mencionar el derecho de *gozar*, sin hablar del derecho de *usar*. Esta es una diferencia de lenguaje, como ya lo hemos dicho (núm. 100), pero de ello no resulta ninguna diferencia en los principios: el usufructuario y el propietario tienen en nuestros días absolutamente los mismos derechos, que tenían entre los romanos, supuesto que la expresión *gozar* comprende á la vez el uso y el goce. Por esto el art. 543 califica el usufructo de *derecho de goce*. Sin embargo, no debe inferirse de esto que los que gozan de una cosa son por esto mismo usufructuarios; para que haya usufructo, se necesita que el goce constituya un derecho real. El arrendatario goza y no es usufructuario. Del mismo modo hay una diferencia fundamental entre el legado de usufructo y el legado de las rentas de un fundo. En apariencia, los derechos de los dos legatarios son idénticos, supuesto que uno y otro aprovechan los frutos durante su vida; pero el legatario del usufructo tiene un derecho real en el fundo; goza por sí mismo, tiene un derecho inmobiliario que puede ceder ó hipotecar. Mientras que el legatario de las rentas no tiene más que una acción personal contra el deudor del legado, la propiedad íntegra del fundo, sin ningún desmembramiento, pertenece al heredero, el cual puede, en consecuencia, vender esa íntegra propiedad ó hipote-

car; el legatario tiene más que un derecho de crédito (1).

327. El art. 578 agrega que el usufructuario tiene el derecho de gozar como *el mismo propietario*. Esta expresión es equívoca y se presta á confusión. Si se tomasse al pie de la letra, podria creerse que la ley coloca al usufructuario y al propietario en la misma linea, en cuanto al derecho de goce. Son, sin embargo, grandes las diferencias entre el derecho del usufructuario para gozar y el derecho del propietario. Al hablar del propietario, el código dice, que él tiene el derecho de gozar de las cosas de la manera más absoluta: lo que implica el derecho de abusar, es decir, de consumir y de destruir (art. 544, y antes, núm. 101). ¿Pasa lo mismo con el usufructuario? Ciertamente que no. El art. 578 después de haber dicho que el usufructuario tiene derecho á gozar como el propietario, se cuida de agregar esta restricción *pero con la obligación de conservar la substancia*. Que el usufructuario no tenga el derecho de *abusar*, es elemental. Hay que ir más lejos. Esta reserva parece implicar que, salvo el derecho de abusar que el usufructuario no tiene, tiene el derecho de gozar con la misma extensión que el propietario. Sin embargo, no es así. Y cosa singular, los términos que parecen dar al usufructuario el mismo derecho de goce que al propietario se han insertado en la ley para marcar que él no tiene los mismos derechos: lo que equivale á decir, que las expresiones *como el propietario* implican una restricción á la vez que un derecho. Escuchemos en primer lugar al Tribunado, á cuya instancia se escribieron dichas expresiones en el código.

El proyecto, tal como se había acordado en el consejo de Estado, decía que el usufructuario tiene el derecho de gozar

1 Proudhon, tomo 1º, núms. 50-52; Demolombe, tomo 10, número 299.

con la misma ventaja que el mismo propietario. Cuando oficiosamente se comunicó al Tribunado, la sección de legislación propuso que se dijera: *como el propietario.* De esta manera motivó ese cambio: «Las expresiones empleadas en el proyecto de ley han parecido presentar *demasiada latitud.*» Hay varios casos en los cuales el usufructuario no goza con «la misma ventaja que el mismo propietario,» y notablemente en lo concerniente á las minas, las canteras, las ulleras.» El Tribunado habría podido, además, citar los bosques, de los cuales disfruta el propietario como se le ocurre; mientras que el usufructuario no goza en principio de los bosques de árboles corpulentos. Al decir que el usufructuario tiene el derecho de gozar «como el propietario,» la ley quiere dar á entender únicamente una analogía en cuanto á la percepción de los frutos, pero no que hubiese identidad de derechos⁽¹⁾.

Hay que ir todavía más lejos. La diferencia entre el goce del usufructuario y el del propietario no consiste únicamente en esto, sino que el propietario tiene derecho á todas las ventajas que puede procurar la cosa, mientras que hay ventajas de las que no goza el usufructuario. Aun en cuanto al goce que pertenece al usufructuario como al propietario, los derechos del usufructuario son mucho menos extensos que los del dueño. El usufructuario tiene obligaciones que el propietario no tiene: uno de ellos debe gozar como buen padre de familia, mientras que el otro disfruta como se le ocurre. Hay más. Podría creerse que el usufructuario en tanto que procede como buen padre de familia, tiene el mismo derecho que el propietario; y nada de esto hay. En este punto tocamos una última diferencia entre el goce del propietario y el del usufructuario, diferencia capital, y es

⁽¹⁾ Observaciones de la sección de legislación del Tribunado, número 2 (Looré, tomo 4º, p. 123).

que aquél está obligado á disfrutar como disfrutaba el propietario á quien reemplaza. No puede él introducir innovaciones en la manera de disfrutar, aun cuando al innovar, ejecutase un acto de buen padre de familia. Transformar una tierra labranta en pradera, desmontar una selva, son actos que pueden ser muy provechosos y que, sin embargo, el usufructuario no tiene derecho de ejecutar, el no puede cambiar la manera de goce que encuentre establecida al abrirse el usufructo. ¿Cuál es la razón de esas restricciones? ¿Por qué debe disfrutar como el propietario?

El orador del Tribunado nos explica el espíritu de la ley. Gary dice que un principio fecundo y luminoso domina toda esta materia. Este principio es el uso de los antiguos propietarios. «No basta, en efecto, que el usufructuario disfrute como buen padre de familia, se necesita además que siga el destino del padre de familia. El que ha constituido el usufructo se tiene, á menos que haya estipulación contraria, por haber querido que el usufructuario goce como él y sus autores han gozado; y esto nos hace volver á la definición del usufructo, que es el derecho de gozar *como el propietario*» (1). Así es que esos términos que habitualmente se citan para definir los derechos del usufructuario, marcan también el límite de sus derechos. Gary no dice cuál es el fundamento del principio que él invoca. Es muy sencillo ese fundamento. El usufructuario sólo tiene un goce temporal; cuando cesa su derecho, el propietario vuelve á entrar á la plenitud del suyo, por lo que es preciso que halle un goce igual al que tenía cuando comenzó el usufructo. Mientras dura el usufructo, su derecho está únicamente suspendo y recobra todo su poder al extinguirse el usufructo. Esto implica que él vuelva á recobrar su cosa tal como estaba antes de establecerse el usufructo.

1 Gary, Discurso núm. 13 (Looré, tomo 4º, p. 139).

328. Esto résultta de la definición misma del código. El usufructuario, dice el art. 578, debe conservar la «substancia de la cosa.» Estas expresiones tomadas á la definición romana han dado lugar á controversias interminables; no seguiremos á los intérpretes del derecho romano en tales discusiones, porque el debate no tiene ningún interés para el derecho moderno. El art. 578 es muy claro; después de haber asimilado en cierto sentido al usufructuario con el propietario en cuanto al derecho de gozar, la ley agrega una restricción que indica una diferencia profunda entre el derecho del usufructuario y el del propietario; y ésa que aquél debe conservar la substancia de la cosa para devolverla, mientras que el otro puede destruirla. Queda por saber lo que debe entenderse por *substancia de la cosa*. Acerca de este punto, hay acuerdo unánime. No se trata de la substancia filosófica, ni aún de la física. En derecho, entendemos por substancia, no solamente el ser en sí mismo, no solamente la materia de que se compone la cosa, sino también la forma. La forma es la que la hace propia para el destino particular que el dueño le asigna: él quiere que tal terreno sea un prado, tal otro un campo de labranza, tal otro una huerta ó un bosque. Conservar la substancia es, pues, conservar la forma (1). Se preguntará qué es lo que nos autoriza á dar esa significación á la palabra substancia. Respondemos: la naturaleza misma del usufructo y la intención del que lo constituye. El constituyente entrega al usufructuario un bosque. ¿Cuál es su intención? Que el usufructuario disfrute de ese bosque, como tal, y que al terminar su derecho lo devuelva; y no sería ciertamente conservar el bosque desmontarlo, aun cuando con esto se diese mayor valor al fundo; el usufructuario debe conservar

1 Marcadé, tomo 2º, p. 442, art. 538, núm. 111. Genty, p. 6, número 10.

y devolver lo que ha recibido: un bosquè se le ha entregado y debe devolver un bosque.

El código, siguiendo el derecho ròmano, ha admitido una excepción al rigor de este principio: permite que se establezca un usufructo sobre cosas consumibles, lo que da al usufructuario el derecho de destruir la substancia de la cosa. Esto es lo que se llama un «cuasi-usufructo.» Más adelante insistiremos.

§ II.—SOBRE QUÉ BIENES PUEDE ESTABLECERSE EL USUFRUCTO.

329. Según los términos del art. 581, el usufructo puede establecerse en todo género de bienes muebles ó inmuebles. Como los derechos están también comprendidos entre los muebles é inmuebles, debe decidirse, por aplicación del art. 581, que el usufructo puede establecerse así en las cosas corporeas como sobre las incorporeas. Síguese de aquí que un derecho de arrendamiento puede gravarse con usufructo; hay dificultades en este caso, en cuanto á los efectos que produce el usufructo, nosotros las examinaremos al tratar de los derechos del usufructuario. Del mismo modo, el usufructuario puede establecer un usufructo sobre su derecho. Hay, sin embargo, un requisito para que un derecho pueda gravarse con usufructo: se necesita que tenga una existencia distinta; siendo el usufructo un derecho real, no se concibe sino cuando estriba sobre una cosa existente. Síguese de esto que una servidumbre real no puede gravarse con usufructo, porque la servidumbre no es más que una calidad de la heredad; separada del fundo, deja de existir; el fundo, incluso la servidumbre, puede ser el objeto del usufructo; pero no se concibe el usufructo sobre una servidumbre separada del fundo (1).

1. Mareadé, tomo 2º, p. 447, art. 551, númer. 3.

330. El art. 526 coloca el usufructo de las cosas inmobiliarias entre los inmuebles, porque se ejerce en un inmueble. Por idéntica razón, el usufructo de una cosa inmobiliaria es un derecho mobiliario. El usufructo está regido por los mismos principios, que sea mueble ó inmueble; hay, sin embargo, excepciones que se desprenden de la naturaleza de las cosas. Que sea mobiliario ó inmobiliario, el usufructo es siempre un derecho real; pero las consecuencias de la realidad no son las mismas. Hemos dicho ya que el usufructo mobiliario da el derecho de persecución, es decir que el usufructuario tiene una acción real contra el tercer detentador de la cosa gravada de usufructo; mientras que el usufructo mobiliario no da el derecho de persecución, como tampoco la propiedad mobiliaria ó los privilegios mobiliarios; el poseedor puede oponer la máxima de que en materia de muebles, la posesión equivale á título. Al tratar de *Prescripción*, insistiremos acerca de esta máxima que hace gran papel en derecho francés.

Los principios diferentes que rigen la transmisión de la propiedad, según que la cosa es mobiliaria, ó inmobiliaria, ejercen también su influencia en el usufructo. Cuando se trata de una cosa mobiliaria, la propiedad se transmite respecto á los terceros como entre las partes, por el solo efecto de la perfección del contrato, salvo la aplicación de la disposición excepcional del art. 1141, que explicaremos en el título de las *Obligaciones*. El mismo principio se aplica naturalmente al usufructo mobiliario, y por consiguiente, también la misma excepción del art. 1141. No insistiremos acerca de estas aplicaciones porque no es éste el asiento de la materia. Bajo el imperio del código civil, la propiedad de los inmuebles se transfería también, entre las partes y respecto á terceros, por el efecto solo de los contratos; no había excepción más que para la donación inmobiliaria. La

regla y la excepción se aplicaban al usufructo inmobiliario. Desde la publicación de la ley hipotecaria de Diciembre de 1851, la excepción se ha vuelto la regla: toda acta translativa de derechos reales inmobiliarios debe ser transcrita, luego también la escritura que constituye un usufructo inmobiliario; no hay excepción sino para los testamentos, los actos entre vivos están únicamente sujetos á la transcripción.

El usufructo inmobiliario permanece propio al cónyuge común en bienes; mientras que el usufructo mobiliario entra en el activo de la comunidad. Como la comunidad es usufructuaria de los propios, ella tendrá el goce del usufructo inmobiliario perteneciente á los cónyuges; mientras que ella misma será usufructuaria cuando los cónyuges, al casarse, tienen un usufructo mobiliario que transmiten á la comunidad. En el título de la *Comunidad*, veremos las consecuencias que se deducen de estos principios.

El usufructo inmobiliario puede hipotecarse; el mobiliario no puede serlo, supuesto que los muebles no son susceptibles de hipoteca en derecho francés (ley hipotecaria, art. 45, núm. 2). De aquí toda una serie de consecuencias que hallarán su lugar en el título de las *Hipotecas*.

En materia de prescripción también, sea adquisitiva, sea extintiva, la distinción de los muebles é inmuebles representa un papel. Aquí mismo volveremos á esta cuestión, al hablar de la constitución del usufructo y de su extinción.

La distinción entre el usufructo mobiliario y el inmobiliario es, además, importante bajo el punto de vista del derecho fiscal. Se sabe que la cuota del impuesto varía según que las mutaciones son mobiliarias ó inmobiliarias. Las escrituras que constituyen un usufructo inmobiliario son naturalmente causantes del derecho proporcional establecido para las mutaciones inmobiliarias. Siendo esta materia extraña al objeto de nuestro trabajo, no insistimos.

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 habría 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 quasi-usufructo. Como en un usufructo que consiste en la universalidad de los bienes, puede suceder, y casi siempre sucede, que se encuentren 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.—CONSTITUCIÓN 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. 734 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 el uso del 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 (Looré, 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 prever cuál es su voluntad; por esto mismo les permite que manifiesten una voluntad contraria. ¿Quiére decir esto que, en materia de derechos reales, nada sea de interés público? Ciertamente que no, 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 atenido 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 lá 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 rednciría á la nada el derecho del propietario y embargaría las transacciones civiles; presto diremos que no está permitido establecer un usufructo perpétuo. Pero allíen 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, náms. 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 1856 (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 sé 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. Esté 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 prever 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, ¡sobretodo, 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 enagenta. Siguese de 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 enagenar, porque son incapaces. Los menores, los incapacitados, las mujeres casadas incapaces de enagenar, son por lo mismo incapaces de constituir un usufructo; no podrían hacerlo si no observando las condiciones y las formalidades que prescribe la ley para las enagenaciones hechas por un incapaz(1).

336. Hay también condiciones que se requieren en la persona del usufructuario. Varian 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 vería uno tentado á reducir la tradición romana, al ver con que falta de inteligencia se la aplica. ¿Concibese 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 que 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, luégo 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.

los muebles y los inmuebles. En materia de muebles, no hay más prescripción que la que se opera instantáneamente, por aplicación de la máxima de que en materia de muebles, la posesión equivale á título. Si el vendedor de una cosa mobiliaria no es propietario de ella, el comprador adquiere inmediatamente su propiedad, con tal que sea de buena fe (art. 2279). Por la misma razón, el usufructo se adquiriría por la posesión instantánea. No sucede lo mismo con los inmuebles. El código civil admite dos prescripciones adquisitivas: la que supone buena fe y título, es decir, usucapión por una posesión de diez ó veinte años; y la de treinta años que no exige más que la posesión sin título ni buena fe. En materia de usufructo, hay lugar á la prescripción trentenaria y al usucapión. Sólo que la primera será muy rara; el que possee sin título ni buena fe poseerá casi siempre como propietario, y adquirirá, por consiguiente, la propiedad entera.

Número 2. Formas.

I. Entre las partes.

339. ¿La constitución del usufructo es un acto solemne, es decir un hecho jurídico para cuya existencia se necesitan observar ciertas formas ó solemnidades? Hay qué distinguir si se establece á título gratuito ó á título oneroso. El derecho francés no conoce más que dos títulos gratuitos, la donación y el testamento, y uno y otro son actos solemnes. Luego si el usufructo está constituido por donación ó por testamento, por este hecho se vuelve un acto solemne; luego el usufructo no existirá sino cuando se hayan llenado las formalidades prescritas por la ley. ¿Cuáles son estas formalidades? ¿y cuál es la consecuencia de su inobservancia? Esto será lo que veamos en el título de las «Donaciones y Testamentos.»

Entre los títulos onerosos, hay también uno que es un acto solemne, y es el contrato de matrimonio; y como lo hemos dicho, ordinariamente por contrato de matrimonio es como se establece el usufructo en nuestras costumbres. Es una liberalidad hecha en provecho del superviviente de los cónyuges. Si no se han observado las formas prescritas por la ley, no habrá contrato de matrimonio, y por consiguiente, ni usufructo; los cónyuges no tendrán más derechos que los que tienen bajo el régimen de la comunidad legal. Los otros actos á título oneroso no son solemnes. Es decir que existen por el hecho solo de que hay concurso de consentimiento de las partes contrayentes; el escrito, si es que alguno se redacta, no sirve más que de prueba. Por consiguiente, la nulidad del escrito ninguna influencia tiene en el hecho jurídico que en él consta. El usufructo existirá y producirá todos sus efectos entre las partes, con tal que el contrato exista. ¿Cuáles son, en los contratos no solemnes, las condiciones que se requieren para la existencia de la convención? Esto lo diremos en el título de las *Obligaciones*.

340. Por aplicación de estos principios, se ha fallado que la constitución del usufructo puede probarse por testigos y por presunciones, cuando hay un principio de prueba por escrito. En efecto, las presunciones del hombre, que el código abandona á la prudencia é ilustración de los magistrados, se admiten como prueba, en los casos en que la ley admite la prueba testimonial (art. 1353). Ahora bien, la prueba por testigos se admite, sea cual fuere el monto del litigio, cuando hay un principio de prueba por escrito (artículo 1347). Esto decide la cuestión de prueba. Esta cuestión es independiente de la de saber si el hecho jurídico mismo es válido. Podría haber prueba, sea literal, sea testimonial, de que un usufructo se ha establecido á título one-

roso, y, no obstante, el usufructo podría no ser válido, si no se hubiese cumplido con uno solo de los requisitos para la validez ó para la existencia del hecho jurídico. Si en el caso juzgado por la corte de casación, el que constituya el usufructo hubiese sido incapaz para consentir, por causa de demencia, el usufructo habría sido inexistente, como nosotros decíamos, ó radicalmente nulo, como otros dicen. Si el consentimiento hubiese estado viciado por el error, la violencia ó el dolo, el contrato habría existido, en verdad, pero habría sido anulable, á pesar de la prueba literal y las presunciones invocadas por la corte. Esto es la aplicación elemental de los principios que expondremos en el título de las *Obligaciones*.

341. La forma da lugar á otro orden de dificultades. En derecho francés no existen términos sacramentales. Así es què no se requiere que las partes se sirvan de la palabra *usufructo*; el mismo legislador se sirve á veces de la palabra *goce* (art. 343). Y aun cuando las partes no hubiesen empleado ni una ni otra de estas expresiones, no por esto sería menos cierta su voluntad de constituir un usufructo, si hubiesen declarado con claridad que el derecho de gazar está concedido á título de derecho real, ó está desmembrado de la propiedad. En cambio, no es suficiente que exista un goce cualquiera para que se constituya un usufructo. Muy á menudo sucede que el vendedor se reserva el goce del fundo vendido por una especie de tiempo más ó menos largo. Que el vendedor ó el donador puedan reservarse el usufructo de la cosa vendida ó donada, ni necesita decirse; el mismo código prevé el caso y dispensa á este usufructuario de dar caución (art. 601). ¿Pero basta con una reserva cualquiera de goce ó de posesión para que haya usufructo? Ciertamente que no. Aute todo, hay que ver, si toda la propiedad del fundo se ha donado ó vendido. En este

caso es evidente que no hay reserva de usufructo. Esto será una venta ó una donación con un término para la liberación. Este término se encuentra en casi todas las ventas de inmuebles; es raro que la tradición se haga inmediatamente. Provisionalmente, el vendedor permanece en posesión. ¿Cuál es el carácter de esta posesión y del goce que la acompaña? En el silencio del contrato, la cosa es dudosa. Demolombe dice que es un arrendamiento tácito (1).

Esto es difícil admitirlo. No hay arrendamiento sin precio, y en el caso de que se trata, ¿en dónde está el alquiler ó el arrendamiento? Se ve uno obligado á buscarlo en una diminución supuesta del precio de venta. Si tal hubiese sido la voluntad de las partes ¿no se habrían explicado? Creemos que el simple término agregado para la liberación no da ningún derecho al vendedor; él cesa de ser propietario, luego deja de tener derecho á los frutos; si los percibe, debe rendir cuentas al comprador; en cambio, él puede repetir las reparaciones de conservación, él no tiene el derecho de hacer gastos extraordinarios de mejoras, supuesto que su detención no es más que provisional y precaria. Y si el contrato reserva al vendedor el goce de la cosa durante un tiempo más ó menos largo, él tendrá el derecho de percibir los frutos. ¿No será éste un verdadero usufructo? La definición del art. 578 sería aplicable á este goce. Habría que resolverlo así, sobre, todo si el goce debe durar toda la vida del vendedor. Hé aquí un caso que se ha presentado.

El acta de venta establecía: «Los adquirentes entran en propiedad y en posesión de dichos bienes desde ese día, y no entrarán en goce sino desde el dia del fallecimiento del que viva más de los vendedores, los cuales se reservan su

1. Demolombe, tomo 10, p. 203, núm. 230, bis. En sentido contrario, Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *usufructo*, núm. 123.

goce hasta dicha época, con la condición de disfrutar como buen padre de familia, pagar todas las cargas y reparaciones, que corresponden á los *usufructuarios*.» En el caso de que se trata, no había duda, era una venta con reserva de usufructo. Cierto es que los vendedores declaraban que los compradores entraban en *propiedad y posesión*; pero la continuación de la escritura prueba que éstas expresiones eran demasiado absolutas: en realidad ellos no vendrían más que la nuda propiedad. Uno de los vendedores murió, al otro se le impuso muerte civil. Según el art. 617, el usufructo se había extinguido. La corte de Angers, resolvió, no obstante, que no habiendo sometido las partes sus convenciones á las reglas generales del usufructo, el goce de los vendedores debía durar hasta su muerte natural, como lo habían estipulado (1). Esta interpretación es muy dudosa. Desde el momento en que las partes establecían un usufructo, las reglas generales del usufructo se hacían aplicables. Ellas pueden, en verdad, derogarlas; pero podía permitirse derogar los efectos de la muerte civil? Las penas y sus consecuencias no son esencialmente de orden público?

342. Las expresiones que las partes, ó por mejor decir, los redactores de las actas emplean, son á veces contradictorias, lo que prueba cuan necesario es que los que tienen por misión redactar las actas hayan hecho estudios jurídicos. Lo que se debe consultar es la intención de las partes, más bien que atenerse á los términos inexactos que se hallan en las escrituras notariadas. Una acta levantada por los padres de un sacerdote, dice que ellos conceden á su hijo, á título presbiteral, el usufructo de una casa, con la condición de que el usufructo cesaría si el usufructuario estuviese provisto de un beneficio que produjese una renta igual

1 Angers 3 de Julio de 1847 (*Dalloz, Usufructo*, núm. 124).

al valor del usufructo cedido. Por escritura posterior se suprimió dicha condición. La segunda escritura habla de *plena propiedad*, según esto, debía creerse que la cesión del usufructo se había transformado en cesión de propiedad; pero la continuación de la escritura probaba que la intención de los constituyentes era la de mantener la cesión á título de usufructo; porque se había dicho q.e el cesionario *gozaría y aprovecharía durante su vida, de los frutos y rentas* (1).

Al contrario, un legado que el testador hace en términos que parecen marcar un usufructo puéde interpretarse como un legado de propiedad. La testadora lega á su hermana una casa diciendo «que su voluntad es que inmediatamente después de su muerte, su hermana entre en el goce de su casa que le pertenece.» Se falló que este legado comprendía la propiedad de la casa. Como lo expresa muy bien la corte de Gante, la testadora no dijo que ella legaba el goce de su casa á su hermana, lo que habría sido un legado de usufructo. Ella dijo que la legataria entraría inmediatamente en goce, lo que implica que entra como heredera, como propietaria. La corte invoca, además, otras cláusulas del testamento, así como las circunstancias de la causa, que todas confirmaban la disposición concerniente á la casa (2).

Sin embargo, el nombre que las partes dan á su convención es decisivo cuando las cláusulas de la escritura concuerdan con el título que lleva. Una persona se compromete con el propietario de un terreno á mandar construir en él un edificio, con la condición de disfrutarlo durante cincuenta años á título de «contrato de alquiler,» mediante un cierto precio anual, pero con la carga para el tomador de entregarlo á la espiración de aquel plazo sin indemniza-

1 Lieja, 23 de Diciembre de 1841 (*Pasierisia*, 1842, 2, 282).

2 Gante, 10 de Diciembre de 1836 (*Pasierisia*, 1836, 2, 261).

ción por mejoras, y con la condición de no poder subarrendarlo sin la autorización del propietario. Se sostuvo que este contrato estaba impropiamente calificado de arrendamiento; que era una enfeusis ó un usufructo; se invocaba la duración del arrendamiento, la carga impuesta al pretendido tomador de construir y de mejorar, si poder reclamar una indemnización, por este capítulo. La corte de casación decidió que no había derecho real. La duración del arrendamiento nada probaba; si excedia de la duración ordinaria de los arrendamientos, era precisamente porque el tomador, obligado á construir, debía también gozar de sus construcciones. La cláusula que le prohibía subarrendar atestiguaba que se trataba de un verdadero arrendamiento, puesto que el enfeusita y el usufructuario pueden no sólo subarrendar, sino ceder su derecho.

343. Los gastos considerables de registro á que dan lugar los actos translativos de derechos reales inmobiliarios inducen á las partes á disfrazar la verdadera naturaleza de sus convenciones para eludir el pago de los derechos de mutación. Cierto es que no es la forma que las partes han dado á sus actos lo que determina sus efectos; y sin decirlo se comprende que jamás está permitido defraudar la ley. Una persona vende la totalidad de los inmuebles que le pertenecen, y que consisten en campos, praderas, estanques, bosques, casas, molinos, etc., con la cláusula de «que el vendedor se reserva formalmente el *goce de la superficie de los inmuebles* enagenados, para usarla como bien le parezca, salvo el dar á los adquirentes las facilidades necesarias para gozar y aprovechar los fundos.» Los jueces de primera instancia decidieron que había en esto reserva, no del *usufructo* sino de la *propiedad de la superficie*. Esta decisión fué casada; los mismos términos del acta se referían al *goce*, y si el acta estaba tan obscuramente redacta-

da, era para defraudar al fisco; la corte comprobó, además, que había habido actos ocultados al registro público, siempre con una tendencia al fraude (1).

Por contrato de matrimonio, la madre del futuro constituye una renta perpetua á su hijo, para darle sus derechos de sucesión en la herencia paterna y el exceso, si lo hay, como anticipo en la sucesión futura de la madre; por su parte, el hijo consiente en dejar á su madre el goce, durante su vida, de los bienes de dicha herencia. Se pretendió que en estas convenciones no había más que un anticipo en los bienes de la herencia y en el abandono del exceso de los bienes ó en el abandono del exceso de la renta sobre el valor real de la parte hereditaria, más que una simple donación de usufructo por parte del hijo á su madre, ó de valores mobiliarios de la madre á su hijo. La corte de casación decidió que el acta contenía un abandono del usufructo de los bienes de la herencia hecha á título oneroso, es decir, una transmisión de derechos reales inmobiliarios.

344. Según nuestras antiguas costumbres, el superviviente de los cónyuges era usufructuario universal de los bienes que el difunto había dejado. Este usufructo se consideraba no como un derecho de sucesión, sino como una convención tácita de matrimonio (2). ¡Tierna suposición que habla en favor del sentido moral de nuestros abuelos! Ellos estaban tan convencidos de que en la intención de los cónyuges el superviviente debía continuar hasta su muerte gozando de los bienes de que ellos habían disfrutado juntos en su vida, que les parecía inútil que el contrato de matrimonio estipulase algo á este respecto; la communalidad de vida, en cuanto á los bienes materiales, continuaba aun des-

1 Sentencia de casación del 21 de junio de 1829 (*Daloz, Registro*, núm. 4581, 1).

2 Bruselas, 15 de Mayo de 1833 (*Piganiol*, 1833, 2, 130).

pués de la muerte de uno de los cónyuges, lo mismo que continúa, en cuanto al vínculo moral, cuando hay un verdadero efecto, y nuestras costumbres no dudaban de que dicho efecto fuera la regla general. Lamentamos que este usufructo matrimonial, que tan bien corresponde al íntimo lazo que el matrimonio crea, no haya sido mantenido por el código civil; los contratos de matrimonio y los testamentos suplen, pero con imperfección, á la ley.

Muy á menudo se presenta una dificultad en la interpretación del usufructo donado ó legado por uno de los cónyuges al otro. El usufructo regularmente abarca todos los bienes del que lo constituye; pero si entre estos bienes los hay de los cuales sea propietario nudo únicamente al morir, como el usufructo pertenece á un tercero, las más de las veces al padre ó á la madre ¿está comprendido este usufructo en el usufructo de todos los bienes donados ó legados al cónyuge? Si ésta no fuese más que una cuestión de intención, no habría duda alguna. Ciertamente que el donador, ó el testador, quiere que su consorte goce de todos los bienes de los que habrían gozado juntos, si la muerte no hubiese venido á romper los vínculos contraídos para siempre. Ahora bien, si los dos cónyuges hubieran seguido viviendo, el usufructo se habría reunido á la nuda propiedad, y ambos se habrían aprovechado de esa consolidación. Luego, en la intención del que dispone, el donatario ó el legatario debe también aprovecharlos. Esto es claro. Pero hay un motivo para dudar que depende de los principios de derecho. El disponente no puede dar sino lo que tiene, y á su muerte, él no tiene más que la nuda propiedad del bien gravado de usufructo; si se atribuye éste al cónyuge donatario ó legatario ¿no equivale á permitir al disponente que dé las cosas agenas? Nó, el donador ó el testador no disponen de las cosas agenas, porque lo que está gravado de usufructo se halla

en su dominio; es verdad que el usufructo se halla desmembrado; pero no es de este usufructo de lo que dispone el donador ó el testador; él constituye un nuevo usufructo en un fundo que le pertenece en nuda propiedad por el tiempo en que el usufructo existente llegue á extinguirse. No hay ningún principio de derecho que á ello se oponga. El propietario puede, como vamos á decirlo, conceder un usufructo en provecho de varias personas, de modo que el derecho del segundo usufructuario no se ejerza sino al extinguirse el derecho que al primero pertenece. Pues bien, la donación ó el legado del usufructo de un bien que está ya gravado con usufructo no es otra cosa. ¿Por qué el propietario no había de poder ejecutar sus actos separados, lo que se le permite por medio de un solo y mismo acto? La doctrina y la jurisprudencia se hallan en el mismo sentido.

345. La aplicación de la ley fiscal ha provocado una cuestión concerniente del mismo modo al derecho civil. Un tío abuelo instituye heredera universal á su sobrina, y lega al marido de ésta el usufructo de todos sus bienes, cuyo usufructo no ha de comenzar sino desde el día en que su esposa fallezca: Se pregunta si la legataria universal está llamada á toda la propiedad de los bienes ó únicamente al usufructo. Bajo el punto de vista del derecho civil, no hay duda alguna. El legado comprende todos los bienes dejados por el testador, es decir, la propiedad íntegra de los bienes. No se desmembrará la propiedad sino á la muerte de la legataria universal; en este momento se abrirá el usufructo en provecho de su marido. De aquí una importante consecuencia concerniente á los derechos de mutación. La legataria universal debe pagar el derecho de mutación en su nombre por la íntegra propiedad de lo que se ha hallado inmediatamente en posesión; luego ella paga ese derecho por cuenta propia y no por anticipación y por cuenta del

usufructo del marido, cuyo usufructo se ha abierto á la muerte de éste; en ese momento, la propiedad se desmembra, y por consiguiente, hay lugar á pagar el derecho de mutación para la nuda propiedad y para el usufructo.

II. Respecto á terceros.

346. Según el código civil, la propiedad, y en consecuencia, el desmembramiento de la propiedad, tales como el usufructo, se transmiten por el efecto de las obligaciones (artículo 711); es decir, que los contratos que tienen por objeto transferir la propiedad producen ese efecto, desde el momento en que el contrato ha recibido su perfección por el curso del consentimiento, aún cuando no se haya operado la tradición de la cosa (art. 1138). Este principio se aplica respecto á los terceros tanto como entre las partes. El código no exige tradición ni transcripción para la transmisión de la propiedad y de los derechos reales inmobiliarios. No hay más que una sola excepción; las donaciones de bienes susceptibles de hipotecas deben transcribirse para que tengan efecto respecto á terceros; la falta de transcripción puede oponerse por toda persona que tenga algún interés (artículos 939 y 941). Luego cuando el usufructo inmobiliario estuviése constituido por donación, el acta debía transcribirse; á falta de transcripción, el usufructo existía entre las partes, pero no podría oponerse á los terceros. En cuanto á la propiedad mobiliaria, el principio de la transmisión por el efecto de los contratos no recibía restricción sino en el caso previsto por el art. 1141, en el cual es inútil por ahora detenernos; volveremos á insistir en el título de las *Obligaciones*.

347. La ley hipotecaria de 16 de Diciembre de 1851 ha puesto una grave derogación al código civil al decretar

(art. 1) que todas las actas entre vivos, á título gratuito ú oneroso, transláticas de derechos reales inmobiliarios, se transcribirán íntegras en un registro destinado á este efecto, en la oficina de la conservación de las hipotecas en cuyo departamento estén ubicados los bienes. Hasta entonces, dice la ley, no podrán oponerse á los terceros que hayan contraido sin fraude: lo que quiere decir, como más adelante lo explicaremos, que las actas no transcritas se tendrán como inexistentes respecto á terceros, y no tendrán efecto sino entre las partes. Una ley francesa de 23 de Marzo de 1855 establece el mismo principio. ¿Este principio se aplica al usufructo? La afirmativa no es dudosa, por más que haya una ligera dificultad de texto. En la ley belga se dice así como en la ley francesa, que las actas transláticas de derechos reales deben transcribirse. Ahora bien, el acta que establece un usufructo inmobiliario es una acta constitutiva, porque hasta entonces el usufructo no existía como derecho distinto de la propiedad y se confundía con ella. Pero el acta que constituye el usufructo es también translativa de propiedad, puesto que la constitución del usufructo es una enagenación parcial; ahora bien, las enagenaciones inmobiliarias son las que la ley ha querido hacer públicas por interés de los terceros que contratan con los poseedores de inmuebles; ella quiere que los terceros conozcan no sólo la transacción de la propiedad, sino también los derechos reales que la gravan; ésto es lo que la ley belga indica, sirviéndose de la expresión *derechos reales inmobiliarios*, y añadiendo, *distintos de los privilegios e hipotecas*, porque las hipotecas y los privilegios inmobiliarios se publican por vía de inscripción. El interés de los terceros es conocer los derechos inmobiliarios que se desmembran de la propiedad, es evidente, y el interés de los terceros es lo que el legislador ha querido resguardar.

348. Sin embargo, el acta constitutiva de un usufructo inmobiliario no está sujeta á la transcripción sino cuando es acto entre vivos. Los testamentos no deben transcribirse; luego si se lega un usufructo, éste tendrá efecto respecto á terceros, sin ninguna publicidad. La ley belga es expresa; en otro lugar diremos los motivos. Resulta, además, de los términos de la ley, que el usufructo legal no está sometido á la transcripción tanto como las servidumbres que se llaman legales. En efecto, el texto de la ley habla de *actos* entre vivos translativos de derechos reales inmobiliarios, lo qué excluye el usufructo del art. 754, el cual es un derecho de sucesión, lo mismo que el usufructo legal de los padres que, en nuestra opinión, es un verdadero usufructo, pero como no se ha establecido por un *acto entre vivos*, no hay lugar á transcripción (1). Este es un vacío en nuestro sistema de publicidad. Ciento es que la ley advierte á los terceros de la existencia del usufructo legal pero esto no es suficiente; también los terceros están advertidos por la ley de la existencia de la hipoteca legal, lo que no impide que la ley la someta á la publicidad tanto como á la hipoteca convencional. Hay en ésto una verdadera anomalía. Los que enseñan que el usufructo legal de los padres no puede hipotecarse, dicen que era inútil la publicidad no pudiendo el padre usufructuario ni enagenar ni hipotecar. En el sistema de la ley francesa, esto es cierto, supuesto que ella no prescribe la transcripción sino de los derechos reales susceptibles de hipoteca. Pero la ley belga no contiene esa restricción. El acta què transcribe un derecho de servidumbre debe transcribirse, por más que la servidumbre no pueda hipotecarse. Los terceros tienen interés en conocer los desmembramientos de la propiedad; luego hay siempre un motivo para exigir la más completa publicidad.

1 Compárese, Flandin, *De la transcripción*, tomo 1º, n.º 357.

349. ¿El usufructo que resulta de las convenciones matrimoniales, expresas ó tácitas, está sometido á la transcripción? En cuanto al usufructo que la comunidad tiene sobre los bienes libres de los cónyuges, no hay duda alguna cuando la comunidad es legal. Considerésele como un verdadero usufructo ó no, si no hay lugar á transcripción. No porque sea un usufructo legal, lo que sería pésima razón; porque, á decir verdad, el usufructo es convencional, resultando la comunidad legal de la convención tácita de los futuros cónyuges. Suponiendo, como nosotros lo creemos, que séa un verdadero usufructo, debería publicarse, puesto que es un usufructo convencional. Pero el texto de la ley no es aplicable; en efecto, no habiendo acta, no hay que transcribir. Este motivo deja de subsistir cuando hay un contrato de matrimonio que establece la comunidad convencional. Los cónyuges ceden en este caso, el usufructo de sus bienes libres á la comunidad; nosotros creemos que el acta debería transcribirse. En vano se diría que este goce no presenta todos los caracteres del usufructo; esto no impide que haya en esto una transmisión inmobiliaria, un desmembramiento de la propiedad; los cónyuges ya no tienen el goce de sus inmuebles libres, este goce pertenece á la comunidad; los terceros que contraen con los cónyuges tienen interés en saber que los cónyuges no tienen ya más que la nuda propiedad de sus bienes libres. Esto es suficiente para que haya lugar á transcripción. Se enseña generalmente la opinión contraria (1).

La misma cuestión se presenta para el régimen exclusivo de comunidad y para el régimen dotal, bajo los cuales el marido tiene el goce de los bienes de la mujer. ¿Es éste un verdadero usufructo? Se dice que no, y por consiguiente,

1. Aubry y Rau, tomo 2º, 70, nota 8. En sentido contrario, Rivière y Huguet, "Cuestiones sobre la transcripción," náms. 143 y siguientes.

sé resuelve que no hay lugar á transcripción. Esta es la misma cuestión que acabamos de discutir. Los autores franceses están de acuerdo en enseñar que la transcripción es inútil (1). Su autoridad no es decisiva bajo el punto de vista del derecho belga; porque hay una diferencia de redacción, que ya hemos señalado, entre la ley francesa sobre la transcripción y la ley hipotecaria belga. No sometiendo á la transcripción más que los actos translativos de derechos reales *susceptibles de hipotecas*, la ley francesa parece limitar el número de los *terceros* que pueden invocar la falta de transcripción; mientras que la ley belga admite á todo tercero á que se prevalga de ella, es decir, á toda persona que tuviese interés en conocer el hecho jurídico, cuya ignorancia lo induce al error y le causa un perjuicio. ¿Qué importa, pues, que el marido pueda ó no hipotecar el goce que el contrato de matrimonio le da sobre los bienes de la mujer? No por esto es menos cierto que la mujer no tiene ya el goce de sus bienes, sino únicamente la nuda propiedad; los terceros, simples acreedores quirografarios, tienen interés en saberlo, y los terceros acreedores personales pueden prevalerse de la falta de transcripción en el sistema de la ley belga; esto será lo que establezcamos más adelante, y lo que, á nuestro entender, resuelve la cuestión.

350. El usufructo convencional debe transcribirse. Tal es la donación de usufructo inmobiliario hecha por contrato de matrimonio en provecho de uno de los futuros cónyuges. La aplicación del principio ha dado margen á un debate jurídico. Se supone que el contrato de matrimonio no se ha transcritito. El cónyuge usufructuario no puede, pues, oponer su derecho á terceros. Si es la mujer, y si el marido enagenta el inmueble gravado de usufructo, la mu-

1 Mourlon, *De la transcripción*, tomo 1º, núms. 50-51; Troplong, *De la transcripción*, núms. 84-88; Aubry y Rau, tomo 2º, p. 471, nota 9.

jer no podrá ejercitar su derecho de usufructo sobre ese inmueble. Todo esto es elemental. ¿Pero no tiene la mujer un recurso contra el marido, por el capítulo de la no transcripción? El art. 942 le da un recurso. ¿No está garantido este recurso por la hipoteca legal de la mujer, como todo derecho que ella tiene contra su marido? ¿Y ésta hipoteca legal no grava el inmueble mismo que el marido ha vendido? Estas pretensiones han sido rechazadas por la corte de Bruselas. Los términos *si cabe*, del art. 912 prueban que el recurso de la mujer no es un derecho absoluto. Ella misma puede pedir la transcripción sin autorización (art. 940). Si rada le impide usar de ese derecho, ¿de qué se quejará? ¿Puede ella ejercer un recurso contra su marido por un acto que á éste se le imputa? Luego queda en pie la aplicación rigurosa de la ley que ordena la transcripción.

331. Se pregunta si el usufructo que el vendedor ó el donador se reserva en el inmueble vendido ó donado ¿debe transcribirse especialmente? La negativa no nos parece dudosa. Basta en estos casos que el acta de venta ó de donación se transcriba. En efecto, no hay dos actos en este caso, sino uno solo; este acto comprueba dos hechos jurídicos que deben hacerse públicos por la vía de transcripción, la venta ó la donación y el establecimiento de un usufructo. La transcripción del acta satisface el deseo de la ley respecto de uno y otro, supuesto que el acta está copiada literalmente. Pero puede suceder que el acta, tal como se ha transcrita en los registros del conservador de las hipotecas no haga mención de la reserva de usufructo. Nace entonces la cuestión de saber si el usufructo podría oponerse á los terceros. Hay alguna duda. En realidad, la constitución del usufructo no se ha hecho pública; luego los terceros podrán prevalerse de la falta de transcripción. Se objeta que no se necesita transcripción especial, que la transcripción del

acta de venta ó de donación es suficiente. No nos parece decisiva la objeción. En verdad que el acta ha sido sometida á la transcripción, pero la copia no es entera como la ley lo quiere. Queda por saber cuál será la consecuencia de esta irregularidad. Una inscripción irregular, incompleta, perjudica al acreedor que ha requerido la inscripción, en el sentido de que el tercero puede prevalerse de la irregularidad, salvo el recurso de daños y perjuicios del acreedor contra el conservador de las hipotecas. Lo mismo debe ser de una transcripción incompleta; el tercero no puede nunca sufrir por ello; á su respecto, hay que mantener el principio de que no puede oponérsele una transmisión inmobiliaria que no se ha hecho pública, salvo que el usufructuario promueva daños y perjuicios contra el conservador, si le es imputable la falta de transcripción, ó contra el notario si ha entregado una copia incompleta (1).

Núm. 5. Duración del usufructo.

352. ¿El usufructo puede establecerse á perpetuidad? Se gún los términos del art. 617, el usufructo se extingue con la muerte del usufructuario. ¿Es ésta una disposición que sea de la esencia del usufructo, ó las partes interesadas pueden derogarla? Los jurisconsultos romanos dicen que el usufructo es inherente á la persona del usufructuario y que se extingue con la muerte de éste, á fin de que la propiedad no se vuelva en derecho inútil en manos del propietario. Esto no decide todavía nuestra cuestión, ¿no puede decir el propietario que si no se trata de su interés, á él le corresponde vigilarlo, y que si le conviene establecer un usufructo perpetuo, no hace más que usar de su derecho de

1 Le Senne, *De la transcripción*, núm. 47. En sentido contrario, Aubry y Rau, tomo 2º, p. 169, nota 6.

propiedad que le permite disponer de la cosa de la más absoluta manera? ¿La máxima romana no tiene, además, otro sentido? Sin duda que el propietario tiene un poder absoluto para disponer de su cosa, y aun para destruirla; pero si la conserva, no puede hacer de ella un uso contrario al orden público. El art. 686 lo dice de las servidumbres en general; esto, por otra parte, es un principio absoluto aplicable á todas las relaciones civiles (art. 6), y ya se sabe que lo que la ley dice del orden público se aplica también al interés público. En este terreno, nuestra cuestión deja de ser dudosa. La propiedad del usufructo, como lo hemos dicho, pondría la cosa gravada de usufructo fuera del comercio, no pudiendo el usufructuario enagenar, y el nudo propietario no encontrando para enagenar un derecho inútil. Ahora bien, la ley quiere que los bienes permanezcan en el comercio. Esto es decisivo. El mismo texto del código da fe de que la ley no quiere que el usufructo exceda la vida de un hombre. Cuando el usufructo se concede á una de esas personas ficticias que la doctrina llama personas civiles, la ley decide que el usufructo «no dura más que treinta años» (art. 619). Los términos son restrictivos, implican una prohibición. Como no hay duda alguna acerca de este punto, nosotros cremos inútil insistir (1).

353. ¿El usufructo puede establecerse por un término de noventa y nueve años, en el sentido de que si el usufructuario llega á fallecer antes de la expiración de ese largo término, el usufructo continuará en provecho de su heredero? La cuestión es controvertida. Lo que la hace dudosa, es que la enfeusis puede establecerse por un término de noventa y nueve años. ¿No debe ser lo mismo con el usufructo? Proudhon contesta que el usufructo no es una cosa de pura convención; su naturaleza, dice él, está fijada por

1 Compárese, Proudhon, tomo 1º, p. 583, núm. 309.

la ley, al decir que el usufruto es el derecho de gozar, supone que esté derecho lo ejerce el usufructuario, en cuyo provecho se ha establecido; luego es inherente á la persona, y no puede continuar cuando ésta deja de existir. Esto nos parece demasiado absoluto, porque de ello resultaría que todo es de orden público en materia de usufructo, lo que es inadmisible. Lo que nos parece decisivo en favor de esta opinión, es el art. 619: él prueba con toda claridad que la voluntad del legislador es que el usufructo se limite á la duración de una vida de hombre. Cualquiera, pues, que sea el término apropiado al usufructo, se extinguirá por la muerte del usufructuario, si llegá á morir antes del feneamiento del término (1).

354. ¿Puede establecerse el usufructo en varias cabezas, es decir, en favor de dos ó de varias personas que estén llamadas á gozar de los bienes una después de otra? Sí, y sin duda alguna. Esta decisión, en la cual todos están de acuerdo, no está en contradicción con el principio que acabamos de enunciar. Supongamos que el usufructo esté establecido entre tres cabezas, no será un usufructo establecido por tres vidas de hombre; porque, en realidad, el usufructo no durará sino durante la vida del último que muera de los tres usufructuarios. Nada importa que su goce comience después que otras dos personas hayan disfrutado de los bienes: de todos modos la duración de este usufructo no será más larga que si desde el principio, el usufructo hubiese sido constituido en provecho del tercer usufructuario; luego no excede de la vida de un hombre.

Cada uno de estos tres usufructuarios ¿de quién tiene su derecho? Del constituyente. El derecho existe, pues, desde el momento en que se establece el usufructo, sólo que el

1. Véanse las diversas opiniones en Dalloz, *Usufructo*, núm. 107, y en Demolombe, tomo 10, p. 217, núm 245.

goce del segundo y del tercero no comienza ~~sino cuando el~~ del primero y el del segundo hayan cesado. Síguese de aquí que si se dona ó lega el usufructo, todos los usufructuarios deben existir en el momento de la donación ó del testamento; el art. 906 es expreso. Pronto veremos si pasa lo mismo cuando el usufructo se constituye á título oneroso. Síguese del mismo principio que el usufructo es condicional para aquellos de los usufructuarios que están llamados á gozar en segunda ó en tercera línea, en el sentido de que si mueren antes, su derecho se extingue; no pasa á sus herederos, porque no sido á éstos á quiénes el usufructo se ha donado ó legado; no hay más usufructuarios que los que figuran en la escritura de constitución, y el derecho de cada uno se extingue con su muerte, según el derecho común.

¿Debe inferirse de ésto, que no pueda establecerse un usufructo en provecho de una persona y de sus herederos? En estos términos generales, es evidente que la constitución no puede hacerse, porque ella sería un usufructo perpetuo. Pero nada impide que el usufructo se done ó se legue á una persona y á sus herederos vivos ó concebidos en el momento de la donación ó del testamento. Esta es la hipótesis del usufructo sucesivo que acabamos de examinar. ¿Hay que ir más lejos y decidir que el usufructo puede establecerse en favor de una persona y de sus herederos en general, nacidos ó por nacer? Concebida de este modo, la disposición sería contraria al texto formal del art. 906: Para que fuese válida, habría, pues, que limitar á los herederos vivos ó concebidos en los momentos de la donación ó al abrirse el testamento. Entonces volvamos á la hipótesis de un usufructo sucesivo.

Queda un último caso acerca del cual hay duda. ¿Se

puede estipular por contrato un usufructo para sí y sus herederos? El derecho romano admitía esta estipulación (1). Proudhon enseña que lo mismo es en derecho francés; cita el art. 1121, por cuyos términos se tiene á uno por haber estipulado para sí y sus herederos. De aquí infiere que no es necesario que el heredero exista ya al celebrarse el contrato, puesto que el difunto tenía el derecho de estipular en su nombre. Nosotros creemos que debe hacerse á un lado el derecho romano en este debate. El iba mucho más lejos; admitía que esta estipulación aprovechaba á los herederos de los herederos hasta el infinito: lo que ventía á parar en un usufructo perpetuo. En cuanto al art. 1122, no dice lo que se le hace decir. Se tiene á una persona, dice la ley, por haber estipulado para sí y para sus herederos, lo que significa que los derechos que adquirimos al contratar pasan á nuestros herederos. Bien entendido que, con tal que sean transmisibles, y esto es lo que añade el art. 1122; ahora bien, precisamente el usufructo no se transmite á los herederos, supuesto que se extingue á la muerte del usufructuario. Se mejante estipulación sería, además, contraria á un principio fundamental en materia de usufructo, de ello resultaría, en efecto, que el usufructo sobrepasaría la duración de una vida de hombre; el estipulante se aprovecharía durante toda su vida, en seguida los herederos recogerían el beneficio de la estipulación, aun cuando no hubiesen sido concebidos al celebrarse el contrato, lo que equivaldría á un contrato establecido en provecho de varias generaciones (2).

Núm. 4. Modalidades.

I. Del usufructo puro y sencillo.

355. «El usufructo puede establecerse, ó sencillamente,

1 L. 38, pfo. 12, D., XLV, 1 (*de verb. oblig.*)

2 Aubry y Rau, tomo 2º, p. 468 y nota 3; Demolombe, tomo 10, núm. 248, p. 220. En sentido contrario, Proudhon, tomo 1º, p. 398, núms. 326 y siguientes; Duranton, tomo 4º, p. 438, núm. 491.

ó para cierto día, ó con condición,» (art. 580). Estas modalidades son muy importantes, porque determinan el día de la apertura del usufructo. El usufructo se ha establecido sencillamente cuando no hay ni término ni condición. ¿Cuándo se abre el derecho del usufructuario, cuándo se ha establecido pura y sencillamente? Hay que distinguir si el título es entre vivos ó á causa de muerte. Cuando el usufructo se constituye por escritura entre vivos, se aplica el principio general que rige la transmisión de los derechos reales: el usufructuario, comprador ó donatario, adquiere su derecho desde el momento en que la donación ó la venta está perfeccionada. Luego los frutos le pertenecen desde dicho momento. Si la cosa gravada de usufructo no le es entregada y si el propietario percibe los frutos, deberá rendir cuentas al usufructuario, á menos que por una cláusula del contrato no se reserve la tradición hasta el goce. Esto es el derecho común, como acabamos de recordarlo, y ninguna disposición del código, en materia de usufructo, lo deroga. Los arts. 585 y 604 confirman, al contrario, el principio general. Según el art. 585, los frutos fijos á ramas ó raíces «en el momento en que se abre el usufructo,» pertenecen al usufructuario; y conforme á los términos del artículo 604, el retraso para dar caución no priva al usufructuario de los frutos á que puede tener derecho, «se le deben desde el momento en que el usufructo se abre.» Ahora bien, el usufructo se abre inmediatamente después del perfeccionamiento del contrato. No hay duda alguna acerca de este punto (1).

356. Cuando el usufructo se establece por testamento, el principio consagrado por los arts. 585 y 604 recibe una modificación. El art. 1014 prevee el caso de un legado

1 Duranton, tomo 4º, p. 481, núm. 519; Aubry y Rau, tomo 2º, páginas 479, 480 y nota 5.

puro y sencillo; decide que el legatario tiene derecho á la cosa legada desde el día del fallecimiento del testador; pero que no puede ponerse en posesión de la cosa, ni pretender sus frutos ó intereses sino desde el día en que esa liberación se le haya consentido voluntariamente. Este principio especial á los legados está concebido en términos generales; luego se aplica al legado del usufructo tanto como al legado de la propiedad, y los motivos que lo han hecho establecer son igualmente generales, y no permiten que se haga una distinción entre los legados que se refieren á la propiedad y los que se refieren al usufructo. ¿A quién pertenecen los frutos de las cosas legadas? Según el principio de que los frutos pertenecen al propietario, habría que decidir que el usufructuario tiene derecho á ellos desde que se abre al legado, porque él es propietario de su usufructo como el propietario lo es de su propiedad. Pero al lado de los legatarios hay un heredero que tiene la ocupación, es decir, la posesión legal de todo lo que compone la heredad; luego también la posesión de las cosas legadas, como poseedor, debe velar en la conservación de los bienes con toda la solicitud de un buen padre de familia; la ley, en recompensa de esta carga, le da derecho á los frutos de las cosas legadas. No hay que distinguir si las cosas se legan en toda propiedad ó en usufructo, porque el poseedor debe la misma solicitud á unas que á otras; luego tiene derecho á la misma recompensa.

Se objeta que hay una diferencia entre el legado del usufructo y el legado de la propiedad, y es que el usufructo no consiste sino en el derecho á los frutos; rehusar los frutos al usufructuario es, pues, decir que su derecho no está abierto, no le está adquirido, á contar desde el día del fallecimiento del testador; cuando el art. 1014 dice formalmente que él tiene derecho á la cosa legada desde ese mo-

mento. La objeción no es seria, ó, por mejor decir, reposa en un error. Nó, el usufructo no consiste en los frutos, porque puede estribar sobre cosas que no producen frutos, y tiene otros efectos que no son el goce. Luego es muy cierto decir, con el art. 1014, que el usufructuario, tiene un derecho al usufructo desde el día del fallecimiento él es usufructuario, y puede ceder ó alquilar su derecho.

Se objetan, además, los arts. 585 y 604, que parecen dar derechos á los frutos al legatario desde que se abre su derecho, y éste se abre á la muerte del testador. Se contesta, y es perentoria la respuesta, que la regla general consagrada por estos artículos es verdadera cuando nadie tiene derecho á los frutos de preferencia al legatario; pero que cesa de ser aplicable cuando la misma ley atribuye los frutos al que posee la heredad y á quien el legatario del usufructo debe pedir la liberación.

357. El art. 1005 modifica los efectos de la ocupación en favor del legatario universal quē está en concurso con herederos embargados; si él entabla su demanda de deliberación dentro del año, tiene derecho á los frutos á contar desde el día del fallecimiento. Se pregunta si el legatario del usufructo de todos los bienes puede invocar esta disposición. La misma cuestión se presenta cuando el legado del usufructo comprende una cuantía de bienes, extendiendo la doctrina al legatario, á título universal, lo que el art. 1005 dice del legatario universal. La cuestión, por más que esté controvertida, no es dudosa. En efecto, el art. 1005 deroga los efectos de la ocupación; luego es una disposición excepcional, y por lo tanto, de estricta interpretación. Ella se aplica al legatario universal. Ahora bien, el usufructuario de todos los bienes no es un legatario universal, es un legatario á título particular; esto es decisivo. Luego hay que aplicarle el art. 1014 y no el 1005. Con mayor razón es esto así del

usufructuario de una cierta cuantía de bienes; ni siquiera hay una apariencia de texto para él, y queda, por consiguiente, bajo el imperio del art. 1014. Se objeta que el usufructuario goza como el propietario, que debe tener los mismos derechos: si en la aplicación del art. 1014 se asimila al legatario del usufructo con el legatario de toda la propiedad, ¿por qué no se habría de asimilar á los dos legatarios en el caso del art. 1005? El argumento es especioso, pero no es sólido. Cuando se trata de un legado á título particular, la asimilación del usufructo y de la propiedad es de derecho, puesto que los dos legados son á título particular; luego se puede y se debe aplicarles la disposición que rige los legados á título particular; mientras que el artículo 1005 sólo concierne á los legatarios universales; ahora bien, en los legados de usufructo no hay legatario universal; nosotros lo hemos dicho, y no hay duda acerca de este punto. Por lo mismo, toda asimilación se hace imposible; no puede darse el mismo efecto á dos legados de los que uno es universal y otro á título particular; y tanto menos se puede cuanto que la disposición del art. 1005 es una excepción. Bajo el punto de vista de la igualdad, ciertamente qué puede reclamarse en favor del legatario del usufructo cuyo derecho se extiende sobre todos los bienes, pero estas consideraciones se dirigen al legislador, y el intérprete no puede tenerlas en cuenta.

358. El art. 1015 prevee una excepción al principio establecido por el art. 1014; establece que los intereses ó frutos de la cosa legada correrán en provecho del legatario desde el día del fallecimiento del testador, y sin que haya formulado judicialmente su demanda, cuando el testador haya expresamente declarado su voluntad á este respecto en el testamento. Se ha fallado que esta disposición debía recibir su aplicación á un legado hecho por un hermano en

provecho de sus hermanas en estos términos: «Encargo á mi sobrina que dé y deje a sus dos tíos, mis hermanas, ó á la que sobreviva de ellas, la mitad de las rentas de los bienes que ella recoja en mi sucesión.» La corte de Gante dice muy bien que el testador no ha legado, en este caso, *el usufructo* de la mitad de sus bienes, si no la mitad de sus *rentas*. Ahora bien, él había vivido siempre con sus hermanas, empleando sus rentas en su uso común. Su intención era, pues, que á su muerte, sus hermanas tuviesen las mismas ventajas de que gozaban ellas viviendo aquél; esto es decir que ellas debían tener las rentas que les estaban legadas á contar desde su muerte. No siendo la voluntad del testador dudosa, se podía decir que había declaración expresa en el sentido del art. 1015.

Esta misma sentencia decide en principio que la regla establecida por el art. 1014 debe aplicarse al legado de usufructo tanto como al legado de propiedad. El confirma, pues, la opinión generalmente seguida. No obstante, hacemos estas reservas en cuanto á los motivos que se alegan para atribuir los frutos al heredero embargado. La sentencia dice que el heredero es un poseedor de buena fe en sentido de los arts. 549 y 550; que á este título él debe ganar los frutos en tanto que el legatario no procede contra él para conseguir la liberación de la cosa legada. Este es el motivo que se da habitualmente; nosotros no lo hemos invocado porque, á nuestro juicio, el heredero embargado no es un poseedor de buena fe, no siendole aplicable la definición del art. 550. ¿Puede decirse de él que posee en virtud de un título translativo de propiedad cuyos *vicios* ignora? ¿En dónde está el vicio que infecta su título? El no tiene título en cuanto á los bienes que han sido legados, porque pertenecen á los legatarios desde el momento del fallecimiento. Allí en donde no hay título, no puede tratarse de un título

viciado. Luego el heredero no es poseedor de buena fe en el sentido legal de esos términos. En los principios que rigen es en donde hay que buscar la razón de la preferencia que la ley otorga al heredero embargado sobre el principio de las cosas legadas. Más adelante insistiremos en esto.

II. Del usufructo condicional.

359. Según el art. 1168, el usufructo sería condicional en dos casos, primero cuando su existencia depende de un suceso futuro é incierto, y en seguida cuando su resolución depende de un suceso semejante. En el título de las *Obligaciones*, diremos que esta teoría es inexacta. No hay más que una sola condición, la condición suspensiva; unas veces suspende la existencia de un hecho jurídico, otras suspende su resolución. Cuando la existencia misma del usufructo está suspensa por un suceso futuro é incierto, se puede decir que el usufructo se establece con condición resolutoria, no es condicional en el sentido de que existe desde el principio, y produce todos sus efectos; sólo que estos efectos se resuelven si la condición resolutoria se cumple.

Esto decide la cuestión de saber cuándo se abre el usufructo condicional. El usufructo establecido bajo condición suspensiva, el único usufructo verdaderamente condicional, no se abre sino cuando se cumple la condición. Hasta aquí todo es incierto; sin embargo, como el usufructuario tiene un derecho eventual, puede aprovecharse de la disposición del art. 1180, que permite al acreedor, mientras esté suspendida la condición, que ejerzte todos los actos conservatorios de su derecho. En cuanto al usufructo establecido con condición resolutoria, es puro y sencillo, y se abre, por consiguiente, como el usufructo puro y sencillo. Para el desarrollo de estos principios remitimos al título de las *Obligaciones*.

III. Del usufructo á término.

360. El usufructo es á término cuando, en virtud del título que lo constituye, no debe començar sino después de un cierto plazo, ó cuando debe terminar después de un cierto lapso de tiempo. Sólo en el último caso es cuando hay usufructo á término; en el primer caso, el usufructo es más bien condicional. En efecto, siendo el usufructo un derecho personal, se necesita que el usufructuario viva en el momento en que el derecho se abra; si fallece antes de que llegue el término, él no puede ya recoger la cosa legada, y no transmite derecho á sus herederos, supuesto que el usufructo es transmisible á los herederos. Hay, pues, una gran diferencia entre el legado á término de toda la propiedad y el legado á término del usufructo. Cuando toda la propiedad se lega á término, el derecho del legatario se abre desde el instante de la muerte del testador, y lo transmite á sus herederos si llega á fallecer antes de la espiración del término; mientras que si lo que se lega á término es el usufructo, el derecho se abre á la muerte del testador, pero el usufructuario no puede ejercerlo antes de la caducidad del término; si muere antes de esta caducidad, no transmite ningún derecho á sus herederos, supuesto que se extingue su derecho.

El término puede ser tácito en el sentido de que resulta de la naturaleza misma del usufructo. Yo puedo constituir un usufructo en un fundo del que soy nudo propietario; este usufructo se abrirá cuando el usufructo que gravaba mi nuda propiedad llegue á extinguirse (1). Si en este momento, la persona en cuyo provecho he constituido el usufructo ya no vive, ella no tiene ningún derecho y no ha podido transmitir ninguno.

1 Rouen, 20 de Diciembre de 1852 (Dalloz, 1854, 2, 109).

IV. Del usufructo con alternativa.

361. El art. 580 no habló del usufructo establecido bajo una alternativa.¹ Sin necesidad de decirlo se comprende que las partes interesadas pueden constituir el usufructo bajo una alternativa, pueden hacerlo á término ó con condición. Se aplican los principios que el código establece sobre las obligaciones alternativas, teniendo en cuenta, no obstante, la personalidad del derecho del usufructuario. El usufructo establecido bajo una alternativa es el principio puro y sencillo, á menos que el título no le añada una condición. No obstante, hay un término tácito, puesto que comprendiendo el título dos cosas y no debiendo el usufructo recaer sino sobre una de ellas, se necesita que haya una escogitación. Luego si el título expresa que el usufructo se establece en el fundo A ó en el fundo B, á elección del usufructuario, el usufructo no existirá realmente, sino desde el momento en que el usufructuario se haya determinado en su elección; si muriese antes de haberlo hecho, ¿podrían sus herederos reclamar el usufructo de uno de aquéllos fundos? No, porque el usufructo era inherente á la persona de aquél en cuyo provecho estaba constituido, y se extinguía con su muerte.

Puede suceder, sin embargo, que el usufructo constituido con alternativa dé un derecho á los herederos de las partes interesadas. Yo lego á Pedro el usufructo de mi dominio ó cincuenta mil francos. Pedro muere antes de haber hecho su elección, suponiendo que le corresponda ésta. ¿Sus herederos tendrán un derecho? Claro es que ellos no pueden reclamar el usufructo, puesto que el derecho eventual del usufructo se ha extinguido con la muerte de aquél que es el único que podría adquirirlo. Pero quedan los cincuenta mil francos que los herederos pueden demandar, porque también están comprendidos en el legado, y cuando perece

una de las cosas comprendidas en una alternativa, la otra permanecerá como debida (arts. 1192-1194).