

comercio i esas industrias que forman nuestras mas caras i lejitimas esperanzas, i lo que es peor, desconociendo la tendencia constante de las sociedades modernas al progreso por la reforma i la libertad.

Santiago, junio 19 de 1871.

La comision examinadora que suscribe acordó la publicacion de la precedente memoria en los *Anales de la Universidad*.—*Ocampo*.—*Palma*.—*Fernandez Recio*.—*Solis*—*Tocornal*.

*DERECHO CIVIL*.—*De las semejanzas i diferencias entre el usufructo i la propiedad fiduciaria*.—*Memoria de prueba para obtener el grado de licenciado en la Facultad de leyes i ciencias políticas, por don Pedro N. Valenzuela Melendez*.

Señores:

Debiendo preparar una memoria para optar al honroso título de licenciado en la Facultad de leyes i ciencias políticas de la Universidad, me he fijado en el derecho de usufructo i en la propiedad fiduciaria con el objeto de analizar sus principales semejanzas i diferencias.

Al efecto, consideraré a ambos derechos en cuanto al modo de constituirlos, a las facultades que confieren, a las obligaciones que imponen i a la manera de terminarlos.

Segun el art. 766 del código civil, el usufructo se constituye por la lei, como el del padre de familia sobre los bienes del peculio adventicio ordinario del hijo, por testamento o contrato, i por prescripcion.

Se puede agregar tambien a estos modos de constituir el usufructo el de una sentencia de juez, como el caso del art. 1337, inc. 6.º del código civil, que autoriza al partidór para separar con el lejitimo consentimiento de los interesados el usufructo de la propiedad, para darlo por cuenta de la asignacion.

El fideicomiso se constituye tambien por testamento, contrato o prescripcion, i es un requisito esencial para la validez del acto, que se otorgue en instrumento público, inscrito en el competente registro del conservador, si comprende o afecta algún inmueble; solemnidad tambien necesaria para constituir usufructo so-

bre esta clase de bienes. Ni se puede constituir fideicomiso sino sobre la totalidad de una herencia, sobre una cuota determinada de ella o sobre uno o mas cuerpos ciertos.

Su duracion depende siempre de una condicion; i si ésta tarda mas de treinta años en cumplirse, se consolida la propiedad absoluta en el fiduciario, a no ser que su muerte sea la época designada para la restitucion.

El usufructo, si se constituye a favor de una persona natural, termina precisamente con su muerte; i si de una persona jurídica, no puede pasar de treinta años, cuando el constituyente no ha fijado otro mas breve o agregado una condicion en cuyo evento se consolide con la propiedad.

No se pueden constituir dos o mas fideicomisos sucesivos sobre una misma cosa, es decir, que haya dos fiduciarios que uno en pos de otro tenga el mismo gravámen de restituirlo eventualmente a otro: verificada la restitucion en el primero de los fideicomisarios nombrados, se extinguirá la expectativa de los otros. De la misma manera, se prohíbe constituir dos usufructos sucesivos; si de hecho se constituyen, solo vale el primero que tenga efecto, i terminado que sea, pasa al propietario.

Pero puede constituirse un fideicomiso lo mismo que un usufructo a favor de dos o mas personas que lo tengan por igual o distintas cuotas, i puedan dividir su goce de comun acuerdo; habrá entre ellos derecho de acrecer i durará la totalidad del fideicomiso o usufructo hasta la espiración del derecho del último de los fiduciarios o usufructuarios nombrados.

Lo cual se entiende si el constituyente no hubiese dispuesto que, terminado un fideicomiso o usufructo parcial, se consolide con la propiedad.

La lei prohíbe constituir usufructo alguno bajo una condicion o a un plazo cualquiera que suspenda su ejercicio; so pena de no tener valor alguno: con todo, exceptúa el caso en que el usufructo se constituya por testamento i la condicion se hubiese cumplido o el plazo hubiese espirado antes de la muerte del testador. El legislador se propuso evitar con esta prohibicion i las anteriores, es decir, la que dispone que el usufructo no pase de la vida del usufructuario, o de treinta años en el caso de ser a favor de una corporacion, i la que impide constituir dos usufructos sucesivos, que la propiedad esté en manos de personas que no tengan inte-

rés en conservarla i mejorarla, sino que tratasen de sacar el mayor producto de ella aun con riesgo de inutilizarla para la produccion posterior. Pero el caso de escepcion al art. 768 del código no tiene estos inconvenientes, porque en él se trata de que el plazo o la condicion se hubiese cumplido antes de la muerte del testador; entonces equivale el legado de usufructo a una asignacion pura i simple, pues ya no se retarda la entrega del usufructo al asignatario.

Tales son las principales reglas concernientes a la *celebracion* de estos derechos: uno i otro pueden constituirse sobre bienes muebles o inmuebles, por testamento, contrato o prescripcion; pero el usufructo se constituye además por la lei i sentencia de juez, segun hemos visto.

Pregúntase ahora si el fideicomiso puede como el usufructo constituirse sobre cosas fungibles. Nada espreso se encuentra en nuestro código a este respecto; sin embargo, atendiendo a algunas de sus disposiciones, creo no puede hacerse: en efecto, uno de sus artículos faculta al fiduciario para transmitir i enajenar su propiedad, pero con cargo de mantenerla indivisa i sujeta al mismo gravámen de restitucion que antes se encontraba; i ¿qué utilidad reportaria entonces el sucesor o cesionario con esta transmision o transferencia si el fiduciario no pudo siquiera concederles la facultad de dividir la cosa fungible, i mucho menos consumirla? Otro de sus artículos dispone que, si el fiduciario reúne en sí el carácter de fiduciario de una cuota i dueño absoluto de otra, ejerza sobre ambas el derecho de fiduciario mientras permanezcan indivisas; i ¿qué derecho podria ejercer sobre estas cuotas fungibles sino el de consumirlas, ya sea en su propio uso, ya enajenándolas? i ¿cómo ejercitarlo en vista de la disposicion anterior i otra que permite al fiduciario administrar libremente la cosa i aun mudar su forma, pero conservando su integridad i valor?

Vemos, pues, que estas disposiciones impiden tácitamente constituir fideicomiso sobre cosas fungibles; lo cual no quita que entre las especies sobre las que se puede constituir fideicomiso se encuentren algunas fungibles, segun el principio jeneral de derecho que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

Comparémoslos ahora en cuanto a las facultades que confieren, su naturaleza i estension, i notaremos sus diferencias esenciales.

El fiduciario es dueño de la cosa, la posee i puede transmitir su

derecho por causa de muerte; al paso que el usufructuario es tenedor de la cosa, reconoce siempre dominio ajeno, posee solo su derecho de usufructo i éste no puede jamás transmitirse.

El fiduciario puede tambien arrendar o enajenar su propiedad con cargo de mantenerla indivisa i sujeta al mismo gravámen de restitucion que si en su poder se encontrase; el usufructuario, aunque puede tambien arrendar o ceder su derecho a título honroso o gratuito, si lo hace contra la prohibicion del constituyente i no habiéndole relevado de ésta el propietario, pierde su derecho.

Los contratos que en virtud de esta facultad celebren se resuelven al fin del fideicomiso o usufructo; pero el fideicomisario o propietario debe conceder al arrendatario o cesionario el tiempo que necesite para la próxima percepcion de frutos, sustituyéndose por ese tiempo al fiduciario o usufructuario en el contrato.

Respecto a la responsabilidad del arrendador para con el arrendatario, deberá estarse a lo dispuesto en el art. 1959 del código civil, segun el cual, si el arrendador contrató en una calidad particular que hace incierta la duracion de su derecho, como la del usufructuario o propietario fiduciario, o si el arrendatario sabia al tiempo del contrato que no era propietario absoluto, no tendrá derecho a indemnizacion de perjuicios. Pero si, teniendo esa calidad particular, hubiese contratado como propietario absoluto, será responsable.

El fiduciario tiene la expectativa de quedarse con la propiedad de la cosa, si no se cumple la condicion impuesta para que tenga lugar la restitucion al fideicomisario, o si esta condicion tarda mas de treinta años en cumplirse; mientras que el usufructuario no tiene en ningun caso esa expectativa: si no se cumple la condicion hasta la cual se le ha conferido el derecho o no se le ha expresado ninguna, concluye con su muerte natural o civil.

Las facultades que tiene el fiduciario para la administracion i goce de la cosa dada en fideicomiso son mas estensas que las del usufructuario sobre su derecho de usufructo, pues el primero puede cambiar la forma de la cosa, obligado solo a conservarla en su integridad i valor; el usufructuario, por el contrario, debe conservarla si el usufructo consiste en inmuebles o muebles no fungibles, o volver otro tanto del mismo jénero i calidad o pagar

su valor, si es fungible; porque en este caso el usufructuario adquiere dominio sobre las especies dadas en usufructo.

El fiduciario adquiere tambien el tesoro que se encuentra en el suelo, porque es propietario; el usufructuario no tiene este derecho, sino solo al usufructo de la parte que corresponda al propietario, porque solo posee a nombre de otro; i el tesoro se adquiere en parte por derecho de accesion como adherente al suelo i en parte por ocupacion como *res nullius*; el dueño del terreno adquiere por el primer medio i el inventor por el segundo.

En resúmen, tocante a este segundo punto de vista en que hemos considerado a ambos derechos, se diferencian esencialmente en que el fiduciario tiene expectativa de quedarse con la propiedad de la cosa; el usufructuario jamás.

El fiduciario, como propietario, hace suyo el tesoro, vende o arrienda la propiedad, i la trasmite por testamento o abintestato; el usufructuario reconoce siempre dominio.

Considerémoslos ahora en cuanto a las obligaciones que imponen: tanto el fiduciario como el usufructuario están obligados a formar inventario solemne a su costa, con intervencion del fideicomisario o propietario, quienes cuidarán que se haga con la debida especificacion, porque no pueden tacharle después de inexacto e incompleto. Este inventario interesa tambien al fiduciario o usufructuario, para hacer constar el estado de las especies que reciben, porque si no lo hicieran, tendrian que dar cuenta de ellas como si las hubiesen recibido en buen estado.

El usufructuario está obligado además a prestar caucion suficiente de conservacion i restitution, si el usufructo consiste en inmuebles o cosas no fungibles, o de restituir otro tanto del mismo jénero i calidad o el valor que tuviesen al tiempo de la restitution, si el usufructo consiste en cosas fungibles; pero puede ser exonerado de esta obligacion por el constituyente o propietario, i lo están por la lei el donante que se reserva el usufructo de las cosas donadas i el padre de familia en el usufructo de los bienes del hijo.

Mientras se forma el inventario i se da la caucion, tiene la administracion el propietario, con obligacion de dar al usufructuario el valor líquido de los frutos; i si éste no rinde la caucion en el plazo que el juez le señale a instancia del propietario, le abonará el trabajo i cuidados de la administracion, la que pue-

de reclamar el usufructuario en cualquier tiempo que preste la caucion; pero le basta la caucion juratoria respecto de los muebles necesarios para su uso personal i de su familia.

El fiduciario, aunque por regla jeneral no está obligado a dar caucion de conservacion i restitution, puede ser obligado a ello por el fideicomisario, o sus representantes legales o sus ascendientes lejítimos, en caso de no estar todavía nacido, cuando la propiedad pareciere peligrar o deteriorarse en manos del fiduciario.

El fiduciario está obligado a sufragar todas las espensas ordinarias i estraordinarias de conservacion de la cosa, incluso el pago de las deudas i de las hipotecas que le afectan; pero al tiempo de la restitution tiene derecho a ser reembolsado por el fideicomisario: si consisten en obras materiales, como puentes, paredes, diques, etc., del valor que tuvieren en esa época; i si en objetos inmateriales, como el pago de una hipoteca o las costas de un pleito en que se interese el fideicomisario, se rebaja una vijésima parte por cada año que trascurra hasta la restitution; de manera que, si desde que se hicieron esos gastos hubiesen trascurrido veinte años, nada se deberá.

El usufructuario está, como el fiduciario, obligado a las espensas ordinarias de conservacion i cultivo; pero las estraordinarias o refacciones mayores, que son las que ocurren una vez a largos intervalos de tiempo i que conciernen a la conservacion i permanente utilidad de la cosa, son de cargo del propietario pagándole el usufructuario el interés legal del dinero invertido. Si el propietario rehusa o retarda hacerlas después del requerimiento a que está obligado el usufructuario, puede éste hacerlas a su costa para conservar su usufructo con derecho a que se le reembolsen sin interés cuando termine su goce. Esta disposicion se funda en el principio jeneral de derecho que nadie puede enriquecerse a costa de otro.

El usufructuario no tiene accion para obligar al propietario a hacer las obras o refacciones mayores, porque para éste el usufructo es una servidumbre i las servidumbres no consisten en hacer, sino en dejar de hacer o permitir, aunque para el usufructuario sea un derecho real; pero puede retener la cosa fructuaria hasta su reembolso.

Son comunes al fiduciario i usufructuario las obligaciones si-

guientes: deben recibir la cosa dada en fideicomiso o usufructo en el estado en que al tiempo de la delacion se encuentre i hacer suyos los frutos pendientes, como igualmente el fideicomisario o propietario los hace suyos a la terminacion de estos derechos.

Tanto el fiduciario como el usufructuario prestan la culpa leve en el ejercicio de sus derechos, si no les ha retirado de esta responsabilidad el constituyente, propietario o fideicomisario; deben en consecuencia emplear las cosas que forman sus derechos, segun su naturaleza i destino, tomándose en cuenta a su devolucion el deterioro proveniente del tiempo i uso lejítimo. Responden, no solo de sus propios hechos u omisiones, sino tambien de los ajenos en que hubiese habido de su parte culpa leve, como las servidumbres adquiridas o usurpaciones hechas, de que no reclamaron oportunamente, pudiendo.

Deben respetar los arriendos contratados por el propietario antes de la constitucion de sus derechos; pero lo reemplazan en la percepcion de la renta desde que principia el fideicomiso o usufructo.

El fiduciario o usufructuario de ganados debe reponer los animales que se mueran o se pierdan con el incremento de los mismos ganados; pero si las muertes o pérdidas han acontecido por epidemias o caso fortuito, le basta entregar los despojos que salve.

Ni el fiduciario ni usufructuario tienen derecho a mejoras útiles o voluntarias: pueden, no obstante, oponerlas en compensacion por el valor de los deterioros a que fueren condenados, o llevarse los materiales, si pueden separarlos sin detrimento de la cosa, salvo que el fideicomisario o propietario se obligue a pagarles lo que después de separados valdrian.

Tenemos que las principales diferencias en las obligaciones del usufructuario i fideicomisario, son: el usufructuario está obligado a dar fianza de conservacion i restitution al propietario; el fiduciario, solo cuando se lo ordena el juez, a instancias del fideicomisario o sus representantes legales.

El usufructuario debe dar cuenta al propietario de los gastos extraordinarios que haya que hacer en la cosa, abonándole él el interés de lo gastado durante el tiempo que duró el usufructo.

El fiduciario paga todas las expensas ordinarias i extraordi-

narias de la cosa con derecho a que el fideicomisario le abone las extraordinarias: si son materiales, según el valor que tengan a la época de la restitución; si inmateriales e útiles al fideicomisario, lo que hayan valido con disminución de una vijésima parte desde que se hicieron.

Tratemos, por último, de la estinción de estos derechos e veremos que tienen causas comunes e especiales de uno e otro.

Son causas comunes: 1.º la prescripción, por la que se pierde uno e otro derecho, según el art. 2498.

2.º La consolidación o reunión en una misma persona de las calidades de fiduciario e fideicomisario o de usufructuario e propietario, como cuando el fiduciario o usufructuario compran o adquieren de otro modo la propiedad de las cosas dejadas en fideicomiso o usufructo.

3.º Por la destrucción completa de la cosa fructuaria; si la destrucción es parcial, subsiste en lo restante. Destruído completamente el edificio, el usufructuario no conserva derecho alguno sobre el suelo; e ni él puede reponerlo sin el consentimiento del propietario, ni éste está obligado a hacerlo; pero si el edificio destruido pertenece a una heredad, el usufructuario de ésta conservará su derecho sobre toda ella.

Esta misma regla se aplica al fideicomisario; pero con la diferencia que, si el edificio se destruye completamente antes de cumplirse la condición por la que se termina el fideicomiso, el suelo no pasa al fideicomisario que no alcanzó a tener derecho alguno sobre la cosa, a no ser tomar medidas preventivas para evitar su destrucción; e además el fiduciario es propietario mientras no se verifique la condición, salvo el caso que el edificio pertenezca a una heredad fructuaria.

4.º Por renuncia del fideicomisario, sin perjuicio del derecho de los sustitutos, e por renuncia del usufructuario.

5.º Por la restitución o por haber llegado el día o cumplídose la condición prefijada para su terminación.

6.º Por la resolución del derecho de su autor o constituyente, como cuando se ha constituido el fideicomiso o usufructo sobre una cosa que se ha comprado con pacto de retrovendendo e se verifica la retroventa.

7.º Por faltar la condición o no haberse cumplido en tiempo hábil. Esta causa es especial del fideicomiso: al efecto, si falta la

condicion o no se cumple dentro de los treinta años siguientes a la delacion del fideicomiso, se entiende fallida i se consolida el fiduciario en la propiedad; al paso que al usufructuario, aunque no le haya puesto condicion alguna para que termine su derecho, concluye indispensablemente con su vida.

8.° Por la muerte natural o civil del usufructuario, aunque ocurra antes del dia o condicion prefijada para su terminacion: este modo especial de terminar el usufructo indica tambien una diferencia capital, con respecto al fideicomiso: el usufructo termina siempre con la muerte natural o civil del usufructuario: el fideicomiso, solo cuando se cumple la condicion de cuyo evento está pendiente.

Termina, por fin, el usufructo por sentencia de juez que lo declara estinguido, por haber faltado el usufructuario a sus obligaciones en materia grave, o causado daños o deterioros en la cosa: puede el juez en estos casos privar al fructuario de la administracion señalándole una pension anual determinada hasta la terminacion del usufructo.

---

*Santiago, junio 30 de 1871.*

Publíquese en los *Anales de la Universidad*.—Ocampo.—Palma.—Fernandez Recio.—Solís.—Tocornal.

---