

Apunte. Fideicomiso, usufructo, uso y habitación

Carlos PIZARRO WILSON*

1.- El derecho real de dominio, atendido su extensión, es posible clasificarlo, de un lado, en propiedad plena y nuda propiedad y, de otro, en propiedad absoluta y propiedad fiduciaria.

Nos encontramos frente a la propiedad absoluta cuando no se encuentra sujeta a una condición que le ponga término y es fiduciaria aquella propiedad que esta sujeta al gravamen de pasar a otra persona por el hecho de verificarse una condición y que se rige por las reglas del título VIII del Libro II del CC.

2.- La voz fideicomiso viene de la expresión latina *fidei commissum* que significa algo encomendado a la buena fe, pues en el derecho romano el fideicomiso consistía en instituir a un heredero para que éste entregara a un tercero los bienes y que se encontraba imposibilitado de serlo. Sin embargo la restitución de la herencia fideicomisaria sólo quedaba entregada a la buena fe del heredero. Es decir, a propósito de las restricciones para heredar en el derecho romano, puesto que podían ser herederos los ciudadanos, se estableció el fideicomiso, mediante el cual se dejaban los bienes a un ciudadano -habilitado para heredar- para que éste los traspasara a la persona que se quería favorecer. El futuro favorecido carecía de acción para obligar la restitución de los bienes y de ahí el carácter de confianza de la institución.

Luego, en la Edad Media, los fideicomisos y sobre todo los perpetuos y sucesivos presentaron una gran importancia, dando origen a los mayorazgos cuando se establecían a favor del hijo mayor de la familia.

La Revolución Francesa y el Código Civil francés abolieron los fideicomisos y los mayorazgos por ser contrarios a los principios de igualdad y libertad.

* Profesor de derecho civil por las universidades de Chile y Diego Portales

En los códigos modernos, es decir, los códigos del siglo XIX, el tratamiento es restringido o simplemente no lo contemplan por estimarlo contrario al principio de igualdad y entorpecer la libre circulación de la riqueza. Este último argumento se plasma en el mensaje del Código Civil y por lo cual se prohíben los fideicomisos y usufructos sucesivos "porque unos y otros embarazan la circulación y entorpecen el espíritu de conservación y mejora, que da vida y movimiento a la industria. Otra -regla- que tiende al mismo fin es la que limita la duración de las condiciones suspensivas y resolutorias, que en general se reputan fallidas si tardan más de treinta años -actualmente son cinco años- en cumplirse".

Denota, pues, el mensaje del Código, la tendencia a abolir los fideicomisos basado en una decisión de carácter económica.

3.- Ahora bien. El fideicomiso constituye una limitación al dominio y el Código Civil en el artículo 733 señala que "se llama propiedad fiduciaria la que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona, por el hecho de verificarse una condición".

Requisitos. Es necesario como requisitos del fideicomiso los siguientes tres elementos:

- 3.1. La existencia de un fiduciario y un fideicomisario.
- 3.2. La existencia de una cosa susceptible de propiedad fiduciaria.
- 3.3. Una condición de la cual penda la restitución.

Los sujetos que participan en el fideicomiso son el fiduciario, el fideicomisario y el constituyente.

El primero, el fiduciario, es la persona que recibe la cosa con cargo de restituirla y, el fideicomisario, es aquel sujeto de derecho a quien debe hacerse la restitución. En suma, el fiduciario es el sujeto que detenta la propiedad de la cosa hasta que se cumpla la condición y fideicomisario el que tiene la expectativa de ser dueño de la cosa si la condición se cumple. Por su parte, constituyente es el sujeto que crea o instituye el fideicomiso.

Ejemplo. Pedro -constituyente- en acto testamentario señala que deja su casa a Juan -fiduciario-, pero que dicho inmueble pasará a manos de Diego -fideicomisario- si éste último se recibe de abogado.

En el mismo ejemplo puede ocurrir que Pedro sea a la vez constituyente y fiduciario. Así queda claro del artículo 748 al expresar que "cuando en la constitución del fideicomiso no se designe expresamente el fiduciario o cuando falte por cualquiera causa el fiduciario designado, estando todavía pendiente la condición, gozará fiduciariamente de la propiedad el mismo constituyente, si viviere, o sus herederos".

Barros Errazuriz señala el siguiente ejemplo: Se deja a Pedro hasta su muerte el usufructo de una casa y se dispone que pase después a Juan si se ha recibido de abogado. Pedro es usufructuario y Juan es fideicomisario, pero no se designó al fiduciario. Si se aplica el citado art. 748, se concluye que el fiduciario, en este caso nudo propietario, no puede ser otro que el heredero del testador que constituyó el fideicomiso. Por tanto, si Pedro fallece antes de que Juan se haya recibido de abogado, entrarán al goce de la propiedad fiduciaria los herederos del constituyente.

Tenedor fiduciario. Todavía existe otro sujeto de derecho que se denomina tenedor fiduciario y que es el encargado de la simple administración de la cosa mientras se cumple o falla la condición (art. 749). Ver Ley General de Bancos.

4.- Pluralidad de sujetos. En el fideicomiso pueden concurrir una pluralidad de sujetos y verificarse la denominada substitución fideicomisaria.

Puede haber uno o más fiduciarios y uno o más fideicomisarios.

El art. 742 señala que el que constituye un fideicomiso puede nombrar no sólo uno sino dos o más fideicomisarios. También opera la pluralidad de fiduciarios cuando el fiduciario transfiere su derecho a dos o más personas o cuando siendo uno solo el fiduciario fallece dejando varios herederos (arts. 751 y 752).

No cabe confundir la pluralidad de fideicomisarios con la substitución de los mismos.

Hay substitución del fideicomisario cuando el constituyente designa a una persona que reemplace al nombrado en primer lugar, en caso que éste deje de existir antes de la restitución por fallecimiento u

otra causa (arts. 743 y 1156 y ss.).

Por ejemplo: Dejo a Juan mi fundo X, pero si se casa con María, el fundo pasará a poder de Diego; en caso que Diego haya muerto a la fecha del matrimonio de Juan con María, o si repudia la asignación lo reemplazará José.

La substitución puede ser de diversos grados, en el ejemplo José lo es de primer grado, si a falta de José se instituyera a Martín, éste lo sería de segundo grado (art. 744).

La pluralidad de fideicomisarios es distinta de la substitución, pues en la pluralidad de fideicomisarios se hace un llamado a varios sujetos en conjunto al goce eventual de una misma cosa.

Por ejemplo: dejo a Juan mi fundo X, pero, si se casa con María, el fundo pasará a Diego y José.

En el caso de pluralidad de fideicomisarios, se deben tener presente las siguientes reglas:

a) Siendo dos o más los propietarios fiduciarios, habrá entre ellos derecho de acrecer (arts. 780.1, 750 del CC.) "Siendo dos o más los usufructuarios, habrá entre ellos derecho de acrecer, y durará la totalidad del usufructo hasta la expiración del derecho del último de los usufructuarios". Se trata de una particularidad de la pluralidad de fiduciarios, porque, según la regla del art. 751, la propiedad fiduciaria es transmisible por causa de muerte.

b) En caso que el constituyente haya dado la propiedad fiduciaria a dos o más personas, según el art. 751, el juez podrá, a petición de cualquiera de los fiduciarios, confiar la administración a aquel que diere mejores seguridades de conservación (art. 752).

c) Siendo varios los fiduciarios, deben permanecer en la indivisión (arts. 751 y 1317.3). Sin embargo, si una persona reuniera en sí el carácter de fiduciario de una cosa, y dueño absoluto de otra, ejercerá sobre ambas los derechos de fiduciario, mientras la propiedad permanezca indivisa; pero podrá pedir la división. Intervendrá en la división las personas designadas en el artículo 761.

5.- Reglas de capacidad. En cuanto a las reglas de capacidad que se aplican al fiduciario y

fideicomisario, en primer lugar, es regla general que todos son capaces, salvo que una ley expresa señale lo contrario. No podrán adquirir la propiedad fiduciaria los que no puedan ser titulares del derecho real de dominio.

El fideicomisario debe existir al tiempo de deferirse la propiedad fiduciaria. El art. 737 señala que si no existe al tiempo de deferirse la propiedad fiduciaria, se espera que exista. El fideicomisario o su sustituto debe existir, además, a la época de la restitución (arts. 738.1, 962.2. 1078 y 1390).

6.- Bienes objeto del Fideicomiso. En cuanto a los bienes que pueden ser objeto de fideicomiso el art. 734 dispone que "No puede constituirse fideicomiso sino sobre la totalidad de una herencia o sobre una cuota determinada de ella o sobre uno o más cuerpos ciertos".

Según Barros Errazuriz se trata de una enumeración taxativa. Además, quedan excluidas las cosas sólo determinadas en cuanto al género y las cosas consumibles. La exclusión de cosas genéricas se concluye a *contrario sensu* del precepto citado y la exclusión de cosas consumibles por la necesidad de restitución del fideicomiso. Ver Ley General de Bancos. Fideicomiso sobre cosas fungibles.

7.- Condición. Es indispensable la concurrencia de una condición que ponga término al fideicomiso. Se trata de una condición y, por ende, una modalidad, que concurre como elemento esencial de la constitución del fideicomiso, constituye un elemento de la existencia. La condición no debe tardar en cumplirse más de cinco años contados desde que se defiere el fideicomiso, a menos que la muerte del fiduciario sea el evento de que penda la restitución (art. 739). Si la condición que no consiste en la muerte del fiduciario tarda más de cinco años en cumplirse, se tendrá por fallida o no cumplida y se consolidará la propiedad absoluta en el fiduciario.

8.- Prohibición y sanción. Según se señaló al explicitar el Mensaje del Código Civil, existe una prohibición de constituir dos o más fideicomisos sucesivos. La sanción no es la nulidad y constituye una excepción al artículo 10 del CC y se instaura una sanción especial en el art. 745.2 que señala "si de

hecho se constituyeren -dos fideicomisos sucesivos-, adquirido el fideicomiso por uno de los fideicomisarios nombrados, se extinguirá para siempre la expectativa de los otros".

Si bien no es posible la constitución de fideicomisos sucesivos, es posible que se constituya un usufructo y un fideicomiso a la vez. Por ejemplo, se constituye un usufructo a favor de Pedro por 5 años y en el evento que Juan se reciba de abogado la propiedad pasa a este último. El problema que existe es quien detenta la nuda propiedad en este caso, según manifestaba Bello. La respuesta no puede ser otra que el que debe quedarse con la cosa si el fideicomisario no cumple la condición y si el testador no la designó la propiedad fiduciaria corresponde a los herederos.

9.- Constitución. La constitución del fideicomiso siempre y en todo caso es voluntaria no existen fideicomisos legales. Puede constituirse fideicomiso por acto entre vivos o por testamento.

El fideicomiso por acto entre vivos debe otorgarse por instrumento público y, se entiende en este caso, por escritura pública y en el caso que recaiga sobre un inmueble debe inscribirse.

En el caso que se constituya por testamento también debe inscribirse si recae sobre un inmueble. Ver arts. 1251, 1413 y 1411.

10.- Características. En cuanto a las características que presenta la propiedad fiduciaria cabría señalar que se trata de una propiedad transferible, transmisible e indivisible.

El causahabiente que recibe la propiedad fiduciaria se encuentra igualmente gravado con la obligación de restituir la propiedad fiduciaria en el evento de cumplirse la condición. Asimismo, el fiduciario y quienes la adquieran por transmisión la pueden enajenar y gravar con servidumbres, hipotecas, prendas, usufructos, pero al momento de cumplirse la condición se extinguen (arts. 806.3, 885 N° 4, 2406 y 2434. en todo caso los gravámenes perviven si el fiduciario cumple con lo dispuesto en el artículo 757 del CC.)

La posibilidad de enajenar la propiedad fiduciaria se puede prohibir por cláusula convencional del constituyente, tampoco será transmisible si el día de la muerte del fiduciario es el fijado para la

restitución y, por último, será divisible en el caso previsto en el art. 753.

11.- Derechos y cargas del fiduciario. El principio lo contempla el art. 754 al hacer aplicable al fiduciario las mismas cargas y derechos que tiene el usufructuario sobre las especies en fideicomiso, con las modificaciones que se expresan:

a) debe proceder previamente a la confección de inventario solemne (art. 775). No está obligado a prestar caución de conservación y restitución sino en virtud de sentencia del juez que lo ordene como providencia conservatoria (art. 761).

b) el fiduciario tiene la libre administración de las especies comprendidas en el fideicomiso y podrá mudar su forma conservando su integridad y valor (art. 758).

c) el fiduciario es obligado a todas las expensas extraordinarias para la conservación de la cosa, incluso el pago de las deudas (art. 756) y de las hipotecas a que estuviere afectada, pero llegado el caso de la restitución tendrá derecho a que previamente se le reembolsen por el fideicomisario dichas expensas.

d) el fiduciario no tiene derecho a reclamar cosa alguna en razón de mejoras no necesarias, salvo pacto con el fideicomisario a que se haga la restitución.

e) al contrato de arrendamiento celebrado por el propietario fiduciario se aplican los arts. 1958 y 1959.

En cuanto a las acciones que puede ejercitar el fiduciario puede ejercer la acción reivindicatoria (art. 983) y la de indemnización de perjuicios por los daños a la cosa sometida a fideicomiso (art. 1315).

12.- El fideicomisario, en principio, carece de derechos, así lo declara el art. 761. Nada más posee una simple expectativa de adquirir el dominio de la cosa si se cumple la condición. En el caso del fideicomiso por testamento la regla es la misma, pues se aplica el art. 1078.1 y 1079. Si fue constituido por donación se aplica el art. 1414.

Nada más posee el fideicomisario la facultad de impetrar medidas conservativas si la propiedad peligrare o pareciere deteriorarse en manos del fiduciario. Ver arts. 775, 1255, 753 y 757.

Además, el fideicomisario que fallece antes de la restitución no transmite por testamento o abintestato derecho alguno sobre el fideicomiso (art. 762). La mera expectativa pasa ipso iure al substituto designado por el constituyente, si lo hubiere.

13.- La extinción del fideicomiso se produce por alguna de las previstas en el art. 763.

a) restitución que consiste en la traslación de la propiedad a la persona en cuyo favor se ha constituido el fideicomiso.

b) por resolución del derecho del autor del fideicomiso, como cuando se ha constituido sobre una cosa que se ha comprado con pacto de retroventa (1881) y se verifica la retroventa.

c) por la destrucción de la cosa en que está constituido el fideicomiso, según previene el art. 807 relativo al usufructo.

d) por la renuncia del fideicomisario antes del día de la restitución, sin perjuicio de los derechos de los substitutos.

e) por faltar la condición o no haberse cumplido en tiempo hábil y

f) por confundirse la calidad de único fideicomisario con la de único fiduciario. Cuando el fideicomisario hereda al fiduciario.

USUFRUCTO

1.- Antes de iniciar el estudio de la institución del usufructo debemos estudiar la clasificación entre cosas fungibles y no fungibles.

El artículo 575 del CC. expresa "las cosas muebles se dividen en fungibles y no fungibles. A las primeras pertenecen aquellas de que no puede hacerse el uso conveniente a su naturaleza sin que se destruyan. Las especies monetarias en cuanto perecen para el que las emplea como tales, son cosas fungibles".

El precepto no da una definición de lo fungible sino que se confunde con el concepto de consumibilidad. En esta parte los artículos 678 y 679 del proyecto de 1853 no era más claros y la identificación entre lo fungible y lo consumible era calcada. En efecto, el artículo 678 señalaba "cosas fungibles son las que se consumen inmediatamente por el uso, como el trigo, el vino" y, agregaba el artículo 679 "cosas no fungibles son las que no se consumen desde luego por el uso, aunque se deterioren poco a poco, como las joyas , los vestidos". En nota a este último precepto se indica como fuente la doctrina de Delvincourt (Cours de Code Civil, t. I, p. 142). Sin embargo este autor en sus notas da una idea más exacta de la fungibilidad. Claro Solar sostiene que en realidad la fuente del precepto está en el artículo 383 del Proyecto español de García Goyena. Con todo, para Claro Solar el inciso segundo del art. 575 no incurre en un error sino en una acertada declaración de que todas las cosas consumibles son a la vez fungibles y, agrega, que la confusión existía en el proyecto de 1853 en el artículo 678 que señalaba "las cosas fungibles son las que se consumen inmediatamente por el uso".

En todo caso, la doctrina mayoritaria sostiene que existe una confusión en el artículo 575 del CC..

En suma, no cabe confundir la idea de lo fungible con lo consumible.

Los bienes fungibles son aquellos que pueden reemplazarse mutua o recíprocamente en la ejecución de las obligaciones entre las partes (Hémard). Es decir, una cosa puede funcionar de la misma forma que la

otra sin que se deteriore el cumplimiento íntegro de la obligación. De la expresión *fungor* de la cual deriva función se ha extraído la de fungible para aludir a la misma función de las cosas para cumplir la obligación.

En relación a la distinción entre género y especie esta la noción de fungible, pues toda cosa que se considera *in genere* puede funcionar y cambiarse por otra cualquiera, con tal que sea de la misma cantidad y calidad, pues el género no perece (*non perit*).

Poseen las cosas fungibles un mismo valor liberatorio que les permite intercambiarse o reemplazarse unas a otras sin detrimento del cumplimiento de la obligación. Es decir, por poseer el mismo poder liberatorio una puede ocupar la función económica de la otra. Se presenta una relación de equivalencia entre dos cosas, cuestión que no ocurre en presencia de las cosas consumibles que nada más dice relación con una cosa y no con dos. A diferencia de la consumibilidad la fungibilidad se aprecia siempre por la vía de la comparación entre dos cosas. En cambio, las cosas no fungibles son los que poseen una individualidad y no pueden ser reemplazados por un equivalente. Son consideradas en su propia individualidad.

Para determinar cuando estamos en presencia de una cosa fungible, el Código Civil alemán, siguiendo a Gayo -*Institutas III, N° 90*-, establece que son fungibles las cosas que pueden pesarse, contarse o medirse y, a la inversa, son no fungibles aquellas cosas que tienen una individualidad que las hace inaptas para ser substituidas unas por otras.

Con todo, las partes pueden en virtud de la autonomía de la voluntad restar el carácter de fungible a una cosa, como las monedas de colección o un libro con dedicatoria y firmado por su autor.

La importancia de la distinción entre cosas fungibles y no fungibles aparece, por lo pronto, en el usufructo. El usufructuario debe usar y gozar de la cosa sin consumirla ni disponer de ella, ya que se encuentra obligado a restituir la misma cosa en el caso que sea no fungible y cuando se trate de una cosa fungible debe restituir otra cosa de igual cantidad y calidad del mismo género o de pagar su valor

(artículo 764, t. IX, libro II).

En el comodato sólo puede concurrir como objeto una cosa no fungible, pues el comodatario debe restituir la misma cosa que ha recibido (art. 2174, título XXX, libro IV del CC.).

En el caso del mutuo sólo puede existir como objeto una cosa fungible que adquiere el mutuario y se libera restituyendo otra del mismo género y calidad. La obligación del comodatario es de especie, la del mutuario es de género.

2.- Teniendo claridad acerca de la clasificación de las cosas en fungibles y no fungibles, vamos a la institución del usufructo.

El usufructo corresponde a un derecho real de los que se señalan en el artículo 577 del CC. Frente al usufructo existe una dualidad de derechos sobre una misma cosa. De una parte, el nudo propietario es aquel sujeto de derecho que detenta el derecho de propiedad sobre la cosa exento de las facultades de usar y gozar. Por su parte, el usufructuario detenta el *ius abutendi*, esto es, el derecho a usar y gozar de la cosa.

3.- Elementos. En cuanto a los elementos necesarios para que se verifique el derecho real de usufructo son tres. A saber, la concurrencia de tres sujetos, un bien susceptible de usufructo y el plazo.

4.- Cosa susceptible de usufructo. Existe una amplia posibilidad en cuanto al objeto del usufructo. Puede constituirse sobre una especie o cuerpo cierto o una cuota de él, una universalidad o una cuota de ella u otros bienes muebles o inmuebles, fungibles y no fungibles y sobre derechos personales.

4.1. La posibilidad que reconoce el artículo 764 de constituir usufructo sobre bienes no fungibles y fungibles da lugar a la distinción entre el usufructo propiamente tal y el *cuasiusufructo*. Con todo, la doctrina ha discutido si las voces utilizadas en el citado precepto más bien aludirían a las nociones de bienes no consumibles y consumibles. En este sentido Alessandri, para quien existe usufructo si recae sobre un bien no consumible y *cuasiusufructo* si es sobre un bien fungible, siguiendo de esta forma la concepción romana.

Se distingue entre usufructo propio o normal que pone de cargo del usufructuario la obligación de conservación de la forma y la substancia y restitución de la cosa y, de otro lado, impropio o anormal que equivale al cuasiusufructo cuando recae sobre una cosa consumible.

El usufructuario en el cuasiusufructo se encuentra obligado a restituir una igual cantidad y calidad del mismo género o su valor al finalizar el usufructo. En consecuencia, el usufructuario sería dueño, teniendo la facultad de disposición y sólo contraería una obligación de género.

Que el usufructuario en el cuasiusufructo se haga dueño dice relación con la imposibilidad de restituir la misma cosa, pues su uso y goce equivale necesariamente a su destrucción material o civil por tratarse de una cosa consumible.

Peñailillo concuerda con Alessandri, Somarriva y Vodanovic al considera que las expresiones vertidas en el artículo 764 aluden a las cosas no consumibles y consumibles. La razón que entrega es que perfectamente pueden existir cosas fungibles no consumibles (un libro, un automóvil) que se exija su restitución en especie. En cambio en las consumibles no es posible la restitución y siempre deberá restituirse una cosa en igual cantidad y calidad del mismo género o su valor.

Reafirma esta posición el Código Civil francés que sirvió de fuente a Bello en este precepto, ya que el artículo 587 del código napoleónico alude a las cosas consumibles.

Todavía, existe una posición que sostiene que el cuasiusufructuario no se hace dueño de la cosa sino que nada más adquiere el derecho de gozar de ella y apropiarse de sus frutos. Se trata de una apropiación en sentido económico. Hasta el momento de la consumición existe un derecho de goce en cosa ajena cuya propiedad persiste en el nudo propietario y una vez que se destruye la cosa consumible por su uso se pierde el dominio para el nudo propietario sin que en ningún momento se haya radicado en el patrimonio del cuasiusufructuario, el cual sólo tenía un derecho de goce en cosa ajena que se extingue también con la consumición. En suma, la no subsistencia de la propiedad después del goce es una consecuencia impuesta por la naturaleza del objeto, que en nada afecta a la naturaleza del derecho

(Jordano Barea, ADC, t. I, 1948). Se concluye que el consumo es una consecuencia del disfrute y si por éste se destruye es lógico que el cuasiusufructuario deba restituir otra cosa.

La consecuencia de acoger una u otra posición tiene relevancia en presencia de la teoría de los riesgos. En efecto, según las reglas de la teoría de los riesgos la cosa perece para su dueño y efectuada la tradición pasa a serlo el cuasiusufructuario, según la posición clásica.

Nuestro código civil en el artículo 789 acoge la posición clásica al señalar expresamente que si el usufructo se constituye sobre cosas fungibles el usufructuario pasa a ser dueño de ellas y el propietario se hace mero acreedor a la entrega de especies del mismo género y calidad o su valor que debe determinarse al término del usufructo.

4.2. Las diferencias que se presentan entre las figuras del usufructo y cuasiusufructo son las siguientes:

a) El usufructo no constituye en dueño de la cosa al usufructuario quien reconoce siempre dominio ajeno y debe conservar la forma y substancia de la cosa, se trata de un mero tenedor (art. 714). En cambio, el cuasiusufructuario, a la luz de lo que señala el art. 789, se hace dueño de la cosa (789).

b) el usufructuario debe restituir la misma cosa que recibió siendo su obligación de especie o cuerpo cierto. El cuasiusufructuario tiene una obligación de género y debe restituir otras cosas del mismo género y calidad o su valor.

c) Al tiempo de la restitución el nudo propietario puede ejercer la acción reivindicatoria para recuperar la cosa. El sujeto que tiene derecho a la restitución en el cuasiusufructo sólo posee una acción personal contra el cuasiusufructuario para exigir la cantidad debida o el valor.

d) Enfrente de la teoría de los riesgos es relevante la distinción entre usufructo y cuasiusufructo. En el caso del usufructo la pérdida de la cosa por caso fortuito es de cargo del nudo propietario y en el cuasiusufructo la pérdida la soporta el cuasiusufructuario por ser una obligación de género.

4.3. Cuasiusufructo y Mutuo.

Son innegables las similitudes entre el cuasiusufructo y el mutuo. En ambos casos se adquiere la

propiedad por el cuasiusufructuario y mutuario quedando obligados a restituir tantas cosas equivalentes del mismo género y calidad. Tanto es así que algunos plantean la imposibilidad de señalar diferencias entre ambos institutos.

Para otros, es posible establecer los siguientes caracteres diversos:

- a) La constitución del usufructo puede ser de diversas formas, por el contrario, en el mutuo sólo por este contrato.
- b) Las causales de extinción son diversas.
- c) La obligación de caución e inventario solemne sólo existe en el cuasi-usufructo.
- d) El mutuo es un contrato real y el cuasi-usufructo cuando se constituye por acto entre vivos es consensual.

5.- El plazo. El tercer elemento que debe concurrir en el usufructo es el plazo. El art. 770 señala "el usufructo podrá constituirse por tiempo determinado o por toda la vida del usufructuario". Sin embargo también se puede establecer una condición de cuyo evento dependerá la extinción del usufructo (condición resolutoria).

Si en el usufructo no se fija un tiempo determinado se entiende que se constitución es por toda la vida del usufructuario.

Además, los usufructos constituidos a favor de fundaciones y corporaciones no podrán pasar de 30 años al cabo del cual se extinguen. Esta disposición no se aplica a personas jurídicas diversas de las fundaciones y corporaciones, según lo ha entendido la jurisprudencia.

Todavía a los usufructos que se constituyan por toda la vida del usufructuario o por un plazo determinado, se les puede agregar una condición, verificada la cual se consolida la propiedad. Si la condición no se cumple antes de la expiración del plazo o de la muerte del usufructuario se mirará como no escrita.

Por último, el art. 768 impide la condición y el plazo suspensivo por poder encubrir usufructos

sucesivos, ya que pendiente la condición o el plazo podría usufructuar de la cosa un tercero y éste restituirla a otro y así sucesivamente.

En nota al proyecto de 1853 al artículo 917 Bello dice que tanto en las reglas relativas a la propiedad fiduciaria como del usufructo se ha tratado de limitar al máximo la duración posible de la inmovilidad de los bienes. De ahí la prohibición de fideicomisos y usufructos sucesivos. "Constituido un usufructo bajo una condición suspensiva que tardase más de treinta o cuarenta años, el propietario gravado tendrá que conservar esta propiedad sin alterar su forma durante ese espacio de tiempo, y por supuesto no la mejoraría para que se aprovechase de las mejoras el usufructuario futuro; es decir, que tendría las obligaciones y responsabilidades del usufructuario en su misma propiedad. Habría virtualmente dos usufructos".

6.- Efectos del usufructo.

6.1. Los derechos del usufructuario se pueden resumir en los sgtes:

Los derechos que cualifican y distinguen al usufructo son las facultades de usar y gozar de la cosa fructuaria. El goce de ella le permite adquirir los frutos naturales y civiles que la cosa produzca.

Tiene derecho el usufructuario a administrar la cosa fructuaria (777).

También tiene derecho a arrendar y ceder el usufructo (793). A partir de esta facultad se ha discutido la naturaleza del derecho del cesionario del usufructo. La jurisprudencia ha entendido que no se cede el derecho real de usufructo sino que éste permanece en el cedente o usufructuario, puesto que según dispone el art 793 continúa como responsable frente al nudo propietario. El usufructuario no cede el derecho real de usufructo sino los frutos a que tiene derecho. Es por esto que el cesionario carece de derecho real. Esto mismo explica la posibilidad de que se arriende la cosa fructuaria al nudo propietario que podrá gozar de los frutos no porque haya operado la restitución sino a título de arrendatario continuando radicado el derecho real de usufructo en el usufructuario.

En cuanto a las acciones de que es titular el usufructuario se encuentran por lo pronto la acción

reivindicatoria y las posesorias si se trata de un inmueble. Además, se ha fallado que puede el usufructuario ejercer la acción de precario del art. 2195 aun contra el nudo propietario por ser dueño de su derecho de usufructo (RDJ, t. 80, p. 36).

Las obligaciones del usufructuario se distinguen según sea antes de entrar al goce de la cosa, durante el usufructo y después de la extinción.

Antes de entrar al goce, debe el usufructuario practicar inventario solemne y rendir caución. Se trata más bien de requisitos exigidos para que el usufructuario entre en el goce de la cosa fructuaria y no obligaciones propiamente tales. Así lo ha fallado la jurisprudencia.

Pendiente el cumplimiento de la caución y del respectivo inventario la administración de la cosa fructuaria es del nudo propietario y deberá entregarle al usufructuario los valores líquidos de los frutos.

Durante el ejercicio del derecho del usufructo debe el usufructuario mantener la cosa fructuaria conservando su forma y substancia (764).

Por último, la obligación única y principal extinguido el usufructo es la de restituir la cosa fructuaria (764 y 787). En caso de negativa de restitución el nudo propietario, según vimos, puede reivindicarla (915). en el caso del cuasiusufructo debe restituirse no la cosa misma sino otro tanto de igual cantidad y calidad o su valor dependiendo la elección del cuasi-usufructuario. Por su parte el usufructuario puede ejercer un derecho legal de retención sobre la cosa fructuaria (art. 800).

7.- En relación a los derechos y obligaciones del nudo propietario tiene en primer lugar el derecho de dominio sobre la cosa fructuaria, aunque sin la posibilidad de usar y gozar la cosa, porque se ha constituido un derecho sobre cosa ajena que es el usufructo. Como dueño de la cosa puede disponer de ella y, en consecuencia, puede enajenarla (773) ya sea por acto entre vivos o por causa de muerte. (el Pr. 53 no se refería a la transferencia por acto entre vivos).

Según vimos, el nudo propietario es titular de la acción reivindicatoria (893) y en el caso de los bienes raíces puede ejercer acciones posesorias. Estas acciones puede dirigirlas contra cualquier sujeto

y al término del usufructo contra el usufructuario.

Otros derechos del nudo propietario son:

- derecho a indemnización por pérdida o deterioro de la cosa fructuaria (787, 788, 802).
- a los intereses por dineros ocupados en ciertas inversiones (797).
- derecho al tesoro que se encuentre en el suelo dado en usufructo (786).
- puede pedir anticipadamente la restitución del usufructo en determinados casos (809). Falta del usufructuario en su obligaciones en materias graves o por causar daños o deterioros considerables a la cosa fructuaria.
- Tiene, por último, derecho a la restitución de la cosa fructuaria.

En cuanto a las obligaciones del nudo propietario se reducen al pago de las expensas extraordinarias mayores que se hayan ejecutado (797, 798 y 801).

8.- Extinción. Las causales de extinción del usufructo son las siguientes:

8.1. por cumplirse el plazo o condición fijado para el término y que en todo caso no podrá exceder el día de la muerte del usufructuario (804).

8.2. por muerte del usufructuario (806). Se extingue en el caso de las personas jurídicas por la disolución de las mismas.

8.3. por resolución del derecho del constituyente como cuando se ha constituido sobre una propiedad fiduciaria y llega el día de la restitución. La causal de resolución debe existir al tiempo de la constitución del usufructo (806).

8.4. por consolidación del usufructo con la nada propiedad (806).

8.5. por prescripción (806). No hay duda que el usufructo se extingue por prescripción. No hay duda que el usufructo se extingue por la prescripción adquisitiva de un tercero que adquiere el derecho de usufructo, o que adquiere la propiedad plena de la cosa en que el usufructo se halla constituido. Pero la pregunta es si se puede extinguir el usufructo por la prescripción extintiva, por el simple no ejercicio por

parte del usufructuario de su derecho por un determinado lapso de tiempo. El código francés lo contempla expresamente y el fundamento radica en que las cargas de la propiedad son admisibles por su utilidad y si no se ejercen son inútiles y deben declararse extinguidas.

Claro Solar dice que el derecho de propiedad es perpetuo por su naturaleza y no se pierde por su no uso y la acción reivindicatoria no se extingue por el simple lapso del tiempo, sino por la prescripción adquisitiva del mismo derecho por el actual poseedor de la cosa. El usufructo, al contrario, es esencialmente de duración limitada y como constituye un gravamen a la propiedad si el usufructuario no lo ejercita debe consolidarse con la propiedad.

Alessandri es de la posición contraria. Señala que para que prescriba el derecho de usufructo no basta el simple no uso, pues las acciones para reclamar derechos se extinguen por prescripción adquisitiva del mismo derecho (2517) y, además, el usufructuario tiene un derecho real de dominio sobre su derecho de usufructo, dominio que no pierde mientras otra persona no lo haya ganado por prescripción adquisitiva.

8.6. por renuncia del usufructuario (806 y 12).

8.7. por destrucción completa de la cosa fructuaria (807) y

8.8. por sentencia judicial a petición del nudo propietario en los casos que señala el art. 809.

EL USO O HABITACION.

Si bien el CC. trata las figuras del uso y la habitación como dos derechos diversos sólo consisten en uno con la salvedad de que el derecho real de habitación es el mismo derecho de uso pero que se ejerce sobre una casa. Así queda claro de la definición que señala "el derecho de uso es un derecho real que consiste, generalmente, en la facultad de gozar de una parte limitada de las utilidades y productos de una cosa.² Si se refiere a una casa, y a la utilidad de morar en ella, se llama derecho de habitación.

Al igual que el usufructo y en realidad constituyen manifestaciones especiales de éste, reúnen los caracteres de ser un derecho real que limita el dominio y temporal e intransmisible.

El derecho real de uso es, además, personalísimo.

A propósito de las concesiones de bienes nacionales de uso público para su uso por particulares se ha discutido si equivalen estas concesiones al derecho real contemplado en el art. 811 o se trata de otro derecho y si este otro derecho distinto al del artículo 811 es de carácter real.

En cuanto a lo primero existen fallos contradictorios. En algunos casos se ha determinado que el derecho de uso y goce concedido por la autoridad administrativa a los particulares respecto de bienes públicos si bien no corresponde a la definición del art. 811 no cabe duda de su naturaleza real y el concesionario tiene acciones posesorias contra terceros que perturben su goce. Se ha dicho también que suponiendo que no se tratase del derecho de uso del art. 811 nada le impide su carácter real porque reúne los requisitos que constituyen su esencia y no es óbice para ésto que no aparezca enumerado en el art. 577.

En cuanto a la constitución y extinción del derecho real de uso y habitación se aplican las reglas del usufructo. En este caso también se verifican un nudo propietario y un usuario. La diferencia que se podría constatar es que no se contemplan usos legales.

Una cuestión en que la jurisprudencia se muestra vacilante y que discutimos a propósito del usufructo es si la inscripción del derecho real de habitación constituye una solemnidad o nada más es la tradición habiéndose configurado con la escritura el derecho a exigir la tradición una vez otorgada la escritura.

En cuanto a las facultades del titular del derecho real de uso éste tiene el derecho a usar de la cosa y a gozar de sus frutos de manera restringida.

No existe obligación de otorgar caución en el derecho real de uso y habitación, pero el habitador si debe otorgar inventario y se extiende al usuario cuando deba restituir la cosa en especie (813).

En cuanto a la determinación de las facultades del usuario y habitador se limitan a las necesidades personales y de la familia, sin perjuicio de lo que ha determinado el título constitutivo (814).