

REVISTA CRITICA

DE

DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO CIVIL Y ESPECIALMENTE AL REGIMEN HIPOTECARIO

Año XXXII

Septiembre-Octubre 1956

Núms. 340-341

Estudio del usufructo

I. Concepto del usufructo

1. PROPIEDAD Y DOMINIO. a) *Dominio*.—Para determinar el sentido jurídico de propiedad y de dominio, cuyos recíprocos enclaves se han obscurecido por los textos jurídicos desde el Derecho romano, se debe de acudir, en primer término, por ser un problema lexicográfico, a las acepciones académicas de estas palabras, que sustancialmente están conformes con el criterio jurídico dominante. El dominio ha venido restringiendo sus primitivas acepciones, para limitarla a la contenida en la definición de las Partidas (ley 1.º, título XXVIII, partida 3.º): «*Señorío es poder que el ome ha en las cosas muebles, o rayz*». No se puede considerar vigente la segunda parte de esta Ley, que corresponde a la parifificación de los derechos reales realizada por la glosa, al decir: «*señorío es poderío que el ome ha en el fruto o en la renta*»; aunque modernamente esté en uso en el extranjero la locución *señorío del usufructuario*. La acepción característica del dominio, que le diferencia de las restantes comunes con la propiedad, es el de ser: «*plenitud de atributos que las leyes reconocen al propietario de una cosa para disponer de ella*».

b) *Derivados de propiedad*.—Si el dominio tiende a restringir su sentido al castizo de señorío sobre las cosas, salvo en la expresión arcaica y antagónica de dominio directo y dominio útil, el tér-

mino propiedad tiene carácter expansivo y sirve para designar a los titulares de otros derechos reales, y a la propiedad se adhieren los apelativos de industrial o intelectual para designar estas dos nuevas formas patrimoniales. Al dominio limitado por el usufructo se le sigue llamando, en la forma latina, *nuda* propiedad, empleándose, por excepción, la versión castellana de desnuda. La «mera» *propiedad*, utilizada por la glosa, se mantiene en la legislación hipotecaria a partir de su primitiva Ley. Elípticamente se dice por el Código civil en muchas ocasiones, e igual hace la doctrina, simplemente *propietario*, con lo que se sobreentiende al titular de la propiedad de la cosa gravada por el derecho real de usufructo.

2. DETRACCIONES DEL DOMINIO. Los distintos atributos que entraña el dominio es posible separarlos temporalmente concediéndoselos a titulares distintos. Esta división de facultades dominicales es contraria a la unidad conceptual del dominio y está representada en el Derecho romano, entre otras instituciones, por la invención del usufructo. El usufructo cubre sus etapas en el Derecho romano acuñándose en su desarrollo como medio de proporcionar amparo y una cuota alimenticia que faciliten una viudez digna, cuya importancia va acrecentándose según el relieve que adquiera la mujer en la familia romana a consecuencia de la influencia del cristianismo.

La *propiedad temporal* y vitalicia que configura el usufructo, la desconfianza y natural coexistencia entre los titulares—que en el orden natural pueden sentir el antagonismo entre la línea consanguínea y afín—, son las notas que marcan la impronta romana de la institución, cuya vida ya ligada al ámbito familiar, y en su prosperidad o decadencia se ve el índice de la unidad familiar, causa del singular aprecio y respeto que, en este aspecto, merecieron nuestras instituciones forales a la promulgación del Código civil.

a) *Legado-usufructo*.—Si en su pristino sentido el usufructo reconoce como causa de su origen al legado, pues montadas a caballo se encuentran en el *Corpus Iuris* las normas referentes a la institución, en la vida real de éste derivan casi todos los usufructos. El complejo legado-usufructo sigue informando la institución, pero nacida para un campo patrimonial reducido se limitaron sus disposiciones más importantes a los bienes inmuebles, únicos que tenían relevancia jurídica y económica. Estas normas en el mismo

Derecho romano tienen poder absorbente para los bienes muebles, y al incorporarse, modernamente, al patrimonio las cosas incorporales que los cambios económicos han ido poniendo en circulación, respetando el derecho matriz, se han materializado, recibiendo, por lo tanto, un tratamiento unitario.

b) *Contrato-usufructo*.—La ventaja patrimonial derivada del usufructo no ha quedado concretado a recorocer como causa única del mismo al legado, sino que se ha ampliado a los demás actos gratuitos entre vivos, llegando a extenderse también a los onerosos, aunque no estén representados en la vida real. Razones sistemáticas llevaron a declararlo así al Código civil de Chile de 1855, admitiéndolo también el argentino y mejicano, preceptos que tienen eficacia extraterritorial de no existir una prohibición expresa para esta forma de disponer, pero perturban el estudio de la institución y las relaciones de coexistencia que le distinguen al trasladar su origen a un acto bilateral y oneroso, que determina normas singulares de excepción sobre el derecho matriz.

c) *Usufructo legal*.—Desde el campo familiar y sucesorio afluyen al usufructo, derecho real, una serie de modalidades distintas de disfrute de bienes ajenos, ocasionando fenómenos de crecimiento en la institución, que dieron lugar a la confusión de algunos conceptos, estando superada esta fase y haciéndose por la doctrina una discriminación de lo que tienen de común y diverso ambas instituciones, superado el trasplante de preceptos que originó el confusionalismo.

El usufructo, en frase de HEDEMANN en su «Tratado de Derecho civil», sirve de *figura central* a otras instituciones jurídicas de disfrute temporal de bienes ajenos, complementándolas como derecho supletorio. El distinto grado de desarrollo jurídico alcanzado por cada una de las instituciones absorbidas por el usufructo o la compatibilidad o incongruencia de fines que entre ellas existan obligan a admitir con reservas la supletoriedad del usufructo, por polarizar los fines familiares en situaciones jurídicas contrarias a las alcanzadas por el derecho real. De su simbiosis con el usufructo, la que mayor huella ha dejado en el derecho positivo es el derivado de la patria potestad al cambiar el sistema romano de peculios, y de su fusión queda el impacto de las excepciones que a las normas clásicas se establecen en el usufructo.

Para evitar, en lo posible, estas implicaciones, concretamos este estudio sobre el usufructo al derecho real de disfrute derivado del legado, por ser éste el paradigma al que deben de remitirse las demás instituciones, salvo el caso de que su interferencia resulte de algún precepto legal comprendido en el usufructo.

4.º) *Uso y habitación.*—Con el usufructo van naciendo en el Derecho romano otras formas menores de disfrute temporal de bienes ajenos; el uso y la habitación. La pervivencia de esta última, a la que concedió autonomía Justiniano, peligró como institución en la codificación alemana al elaborarse el BGB. Dice IHERING en su *Jurisprudencia en broma y en serio*, el derecho de habitación debía pasar al cementerio, «llegó a estar todo preparado para su entierro, pero no se llevó a cabo». La *operis servorum* de los romanos desapareció; tan sólo pervive su recuerdo como un muñón mutilado en el frondoso *arbor servitutum* medieval.

3. ETIMOLOGÍA DE LA SERVIDUMBRE. «Por una de aquellas inducciones superficiales que multiplican las metáforas en el desarrollo del lenguaje, dice VENEZIAN en su magistral obra *Usufructo, uso y habitación*, hubo de aplicarse a estos derechos, que producían la sujeción de un predio a otro, el nombre con que era designada la sumisión de un hombre a otro hombre, y se llamaron *servitudes*, con el cual nombre no se ponían de relieve más que uno de los aspectos resultantes de la relación *iura praediorum*; la condición del fundo era su objeto, y la situación que quedaba éste, tan desemejante de la del fundo, que estaba completamente a disposición del dueño.»

De los términos latinos *usus* y *fructus*, que corresponden a las facultades principales de usar y disfrutar de la cosa ajena, se forma el descriptivo de la institución intitulada usufructo, que agrupado con las otras dos formas menores de uso y habitación se llamaron en el Derecho justiniano servidumbres personales, en oposición a las reales, cuya unidad persiste en alguna legislación positiva y parte de la doctrina.

De la fusión bizantina se apartó el Código civil francés, más por razones políticas que doctrinales, aunque no le faltan valedores a la tesis escisionista. La causa de ésta, según MOURLON, fué que «temiendo quizá los legisladores franceses que el desconocimiento del sentido técnico de las palabras pudiera hacer, que se confundie-

ra esta institución con las servidumbres de la Edad Media, si bien admitieron los mismos derechos, cuidaron de no darle el calificativo de servidumbres personales, porque estas expresiones, aunque fuieran jurídicamente exactas, pudieran herir la susceptibilidad de las masas poco ilustradas».

Con el Código de Napoleón adquiere fortuna la autonomía del usufructo, y de esta forma pasa a los Códigos latinos, sin que en esto sea excepción el nuestro. Independencia que se mantiene en todo nuestro proceso de la codificación civil, pues como decía FRANCISCO SILVELA al refrendar, en 7 de enero de 1885, el proyecto de Ley de Bases: «No es nuestro ánimo reformar instituciones, ni innovar costumbres; y deliberadamente renunciamos a utilizar la ocasión, que a algunos parecerá propicia para recoger los trabajos y proyectos más recientes del extranjero; lejos de esto, siguiendo el camino señalado por un Gobierno de tendencias menos conservadoras que las nuestras, aceptamos como base del Código el proyecto de 1851, que no significa una revolución, sino una prudente evolución de nuestro derecho nacional, con alteraciones de escaso alcance en su sentido sustancial interno». Del usufructo, precediendo al estudio de las servidumbres reales, se trata en el título VII del libro II del Código civil. Del vacío que dejaron las *servidumbres personales* se aprovechó la doctrina para designar e intitular las discutidas servidumbres reales, cuando su titular es una persona o una corporación, por lo que la aplicación actual al usufructo resulta equívoca por anfibológica.

4. LÍMITES DE LA DETRACCIÓN. La unidad del usufructo se desdobra y escinde por el usufructo entre los dos titulares que su constitución produce; el uno, propietario inmanente de la cosa, aunque circunstancialmente sólo lo sea de forma virtual, por las facultades externas que se otorgan al otro titular, el usufructuario o fructuario. Esta palabra culta la echa de menos PLANIOL en su *Tratado elemental de Derecho civil*. La utilizó por figurar en los Diccionarios y tener uso en el Código de Chile, del que fué autor el ilustre humanista venezolano ANDRÉS BELLÓ, que no era Abogado.

No obstante la dispersión de facultades provocada por la constitución del usufructo, la unidad del dominio es el punto de partida y la línea de retorno, dada la tendencia natural de la propiedad a revertir, después de su desdoblamiento temporal, a su forma per-

fектa, permítaseme la redundancia, de dominio pleno. La temporalidad es el elemento característico y esencial del usufructo, que le separa de sus ex-homónimas las servidumbres reales, que se enquistan de acuerdo con la naturaleza de las cosas por ser condición de su nacimiento la perpetuidad de la causa.

a) *Temporalidad del usufructo.*—La letalidad, como nota característica del usufructo, fué señalada por Justiniano en la *Instituta* 2, 4, 1, en la que se dice: «Mas para que no fueren completamente inútiles las propiedades teniendo segregado siempre el usufructo, se estableció que se extinga el usufructo de ciertas maneras y que revierta a la propiedad». Criterio recibido por una antigua sentencia del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 1861, que declaró: «aunque el usufructo se extingue ordinariamente por la muerte del usufructuario, esto no excluye que pueda extenderse su duración por condiciones o pactos que no sean contrarios a su naturaleza y no hagan ilusorio el derecho de propiedad». Traigo a capítulo esta Sentencia del Tribunal Supremo, aun siendo anterior a la codificación civil, para confirmar la tesis que mantengo en este estudio sobre la misma, que respondió a un estado de la cultura de la época derivado de la continuidad histórica del usufructo, en la que formando parte de la ciencia jurídica la causídica informó su jurisprudencia alguno de los preceptos legales, en ocasiones completamente nuevos, que singularizan la acertada y progresiva codificación española del usufructo.

b) *Perpetuidad del dominio.*—El carácter esencial que distingue cronológicamente al usufructo de la nuda propiedad es la temporalidad de aquélla y la perpetuidad inherente al *dominio*, en la que se apoyaba su antigua prueba diabólica. Esta nota esencial crea un antagonismo entre ambos, que necesariamente han de confluir en un momento, determinado o determinable, en el que tenga lugar la extinción del usufructo con la consolidación de la propiedad virtual en su anterior plenitud dominical; situaciones que se ensamblan por el medio jurídico de declarar extinguido en aquel momento el usufructo, con la obligación de devolver la cosa fructuaria. Esta carga no tendría eficiencia jurídica si de forma paralela no se impusiera la que, en el orden natural le conviene de consumo: la conservación de la cosa que se disfruta temporalmente. Igual ocurre en las obligaciones de dar según el contenido del art. 1.094, cuyo

texto, no interesa en este lugar más que por la analogía que representa al decir: «El obligado a dar alguna cosa lo está también a conservarla con la diligencia de un buen padre de familia». Aquellas dos obligaciones demandan la verificación del estado de la cosa que se recibe temporalmente, a cuyo objeto atiende el inventario, y para garantizar la normal devolución de la cosa fructuaria puede exigirse la fianza.

Desde este punto de vista lógico aparecen las tres obligaciones fundamentales del usufructo, correlativas a cada uno de los tres tiempos en que se desenvuelve su vida, según la clasificación clásica: antes, durante y después del usufructo. En el nacimiento, la de inventario y caución fructuaria; durante la vida del usufructo, la obligación de conservar la cosa; quedando obligado el usufructuario a devolverla a la extinción del derecho real. Esta correlación se alcanza en el Derecho romano, como señala PUIG BRUTAU en *Fundamentos de Derecho civil*: la extensión desde el origen particular a la normalización por el edicto del Pretor; «por ello era preciso que un pacto normal pasara a ser un elemento normativo... La razón es obvia, pues si se trataba de un legado *per vindicationem*, esto es, si nacía sin que hubiera necesidad de la mediación del heredero, éste, como propietario de la cosa gravada, no podía convenir fácilmente con el usufructuario la estipulación de la *cautio*».

c) *El usufructo con facultad de disposición*.—Lo más importante en el estudio del usufructo es eliminar aquellas figuras atípicas por sus caracteres negativos, y entre ellas se encuentra, como una creación del derecho consuetudinario español admitido por la jurisprudencia, el usufructo con facultad de disposición. La jurisprudencia italiana conoce una Sentencia de 21 de marzo de 1927, en que fué declarado válido por la Corte de Bolonia. Esta institución, a pesar de estar regulada por la jurisprudencia anterior al Código, en particular por la producida por la Dirección General de Registros y del Notariado, no ha sido recibida por el derecho positivo.

El alcance de este derecho usufructuario indiferenciado se halla limitado a los actos *mortis causa*, por haberlo proscrito para los actos *inter vivos* la Resolución del referido Centro directivo de 6 de diciembre de 1929. El titular de este derecho híbrido, por su carácter potestativo, puede anular el derecho del nudo propietario, que se convierte en una expectativa residual al disfrute y propiedad de

los bienes de que no haya dispuesto el fructuario dentro de las condiciones marcadas por el testamento.

El carácter perpetuo del dominio queda quebrantado y a disposición del usufructuario, con facultad de disposición, por lo que con buen sentido la jurisprudencia le dispensa de la obligación de prestar fianza, ya que le falta la obligación inherente, que es la de restituir, que como principal aparece en el usufructo normal.

No debe de confundirse este usufructo con el llamado por KHOLER *usufructo de disposición*, derivado de la naturaleza de las cosas objeto del derecho real.

5. SUBSTANTIA Y SUSTANCIA. «El punto de partida, dice HEDEMANN, para configurar el usufructo, es la distinción de dos elementos: la sustancia y el provecho.» El concepto de sustancia se halla en la cúspide del usufructo, y de su conocimiento se deriva el de la institución, siendo los frutos aquellas detacciones, normalmente periódicas, que sin alterar aquélla permiten recibir un beneficio al usufructuario. La sustancia es el límite jurídico que señala los derechos de ambas partes, pues si de ella arrancan los derechos y obligaciones del usufructuario, también está establecida esta divisoria para el propietario al dispor el art. 489: «El propietario... no (podrá) alterar su forma y sustancia, ni hacer en ellos nada que perjudique al usufructuario».

Se ha discutido la influencia de la filosofía griega en el Derecho romano, manteniéndose tesis antagónicas, y más concretamente sobre su influjo o indiferencia en el concepto de usufructo. Es difícil conjeturar si al definir PAULO el usufructo, como se recoge en la I, 1, 2, pr. 4, y D. 7, 1, 1, como *«ususfructus est ius alienis rebus utendi fruendi salvâ rerum substantia»*, utilizaba la palabra *substantia* en sentido vulgar u ontológico. Habrá que distinguir dos momentos: el de la recepción, realmente hipotético, pero con la presunción de que respondía a una cultura, y el de la evolución de este concepto, netamente jurídico. Sin pasar en el primer aspecto del terreno de la hipótesis, para analizar la correcta influencia, no es lícito, como en alguna ocasión se hace, acudir a sistemas filosóficos posteriores a la fórmula jurídica, como se hace desde BARTOLO.

Si examinamos la filosofía griega, por ser materia extraña, viéndonos de algún manual, encontramos algunas ideas sobre el

concepto de *substantia* que pudo tener proyección jurídica en él Derecho romano, y que a través del mismo ha recibido la moderna codificación. En las *Lecciones preliminares de la Filosofía*, de GARCÍA MORENTÉ, se dice: «La forma la toma Aristóteles de la Geometría; la toma de la influencia que la Geometría tiene sobre Sócrates y sobre Platón.» No olviden ustedes que Platón inscribió en la puerta de su escuela el letrero que decía que *Nadie entre aquí si no es geómetra...* La forma es la esencia, lo que hace que la cosa sea lo que es... ; es la serie de notas esenciales que hacen de la cosa lo que es y le dan sentido y *telos*, finalidad». También dice: «La definición de una cosa contiene su finalidad, y la forma o conjunto de notas esenciales imprime en esa cosa un sentido que es aquello para qué sirve» ; y con relación al concepto de *substantia*, ésta: «es para Aristóteles lo que existe; pero no sólo lo que existe, sino en unidad indisoluble con lo que es con su esencia, sino con sus accidentes» ; y «*La materia y la forma constituyen una unidad que se llama substancia; la unidad que es absolutamente in divisible.*» La forma todavía no se ha emancipado ontológicamente de la *substantia*, sino que, como dice WERNER JAEGER en su obra *Aristóteles*: «En este libro (Z de la Metáfísica) examina Aristóteles la cuestión de la naturaleza de la substancia sobre la base más ancha posible, partiendo de la distinción de cuatro sentidos diferentes del término: *materia, forma, universal y esencia*. Su objeto es mostrar que en el verdadero concepto de *substantia* se une los tres últimos».

La evolución del concepto de *substantia* tiene lugar en el mismo Aristóteles; leemos en la obra últimamente citada: «No cabe dudar de que surgieron originalmente de los argumentos de Platón en favor de las Formas. Consuenden primeramente con ellos y deben de haberse inventado primeramente para ellos. Su sentido sólo es claro mientras se aplican a una realidad trascendental como aquella que creía Platón, tornándose ambiguos cuando se refieren a la esencia inmanente. De aquí que Aristóteles se vea obligado a matizar su sentido». De la escolástica en que tiene lugar esta separación la toma el Código Albertino, que disocia la forma de la sustancia, de donde pasó al antiguo Código italiano.

La mutación del concepto ontológico de *substancia* la señala ZARAGÜETA en su discurso sobre la *Contribución del lenguaje a la filosofía de los valores*: «Y queriendo consagrarse en este vocabulario esta distinción fundamental de los resultados de nuestra experien-

cia, designamos con el nombre de *substantia* a la síntesis de hechos invariablemente coexistentes y la razón profunda de esta invariabilidad», diciendo más adelante: «el supuesto sentido trascendental de la palabra se ha evaporado; mejor dicho, se ha relevado como un mito, en cuya génesis tampoco advertimos más que imágenes subrepticiamente deslizadas en el núcleo de las sensaciones empíricas»...

El sentido de la unidad y el telcológico, bien sea un impacto ontológico o simple coincidencia, son dos de las normas que gobiernan la institución jurídica del usufructo. El segundo está expresamente señalado en muchos pasajes del *Corpus Iuris*, y en otros por él se han resuelto los problemas planteados, respetando el destino de la cosa; pero su verdadera abstracción y rehabilitación tiene lugar en el discutido art. 981 del moderno Código italiano: «el usufructuario tiene el derecho de gozar de las cosas, pero debe respetar el destino económico de la cosa». La tendencia a la unidad jurídica es difícil determinar cuando se deba a la influencia filosófica de forma excluyente, o cuando responde a una tendencia innata a todo sistema jurídico.

En la inconsistencia filosófica de la *forma* le sigue su réplica jurídica separado su perdurable aspecto teleológico, pues con la incorporación al campo del usufructo de las cosas incorpóreas, la materia se esfuma y queda un símbolo, su *valor*, que vivifica el concepto del usufructo, persistiendo extinguida la primitiva relación jurídica, subrogado sobre otra nueva relación jurídica de igual valor. Esta transmutación tiene también lugar en las cosas corporales, en los casos de incendio o expropiación.

6. EL PRINCIPIO DE UNIDAD. a) *La unidad física*.—La ruptura temporal que ocasiona el usufructo con la *desintegración* de las facultades del dominio, iguales o distintas, repercute en su campo jurídico, pero no en el aspecto material de la cosa fructuaria, pues con relación a ella las alternativas que experimenta, bien aumentando o bien disminuyendo, normalmente afectan recíprocamente sobre el derecho de los «consortes», cuyos derechos asimilan las variaciones naturales que sufra la cosa.

La unidad jurídica por estas oscilaciones naturales no se altera, recibiéndose en el campo jurídico, por su tendencia hacia la misma, recogida por EUGEN HÜBER en *El Derecho y su realización. Proble-*

mas de *Legislación y de Filosofía del Derecho*, en la que dice: «Es muy antigua, y pudiéramos decir constitutiva, la tendencia humana a reducir a unidad total el vario contenido del saber de la experiencia, fortaleciendo así la conciencia de sí mismo y afirmando del propio modo la unidad de personalidad». Una aplicación concreta tiene lugar en el Derecho romano con motivo de la accesión, diciendo el D. 7, 1, 9, 4: «semejante a éste es el tratado que suele consagrarse a lo que se agregó por accesión; y pareció bien que también el usufructo del aluvión pertenezca al usufructuario. Pero si hubiera surgido en el río una isla junta al fundo, escribe PEGASO, que su usufructo no pertenezca al usufructuario, aunque sea accesión de la propiedad, porque es como un fundo propio, cuyo usufructo no le corresponde. Cuya opinión no carece de fundamento, porque donde el incremento se halla oculto, se aumenta también el usufructo, pero donde se halla separado, no acrece para el usufructuario». Esta distinción, fundada en la unidad física, que falta en el caso de la formación de isla, se recibe en algunos Códigos que excluyen al usufructuario del disfrute de la misma. Nuestro Código tiene un principio general que es el sentado de la siguiente forma en el art. 479: «El usufructuario tendrá el derecho de disfrutar del aumento que reciba por accesión la cosa usufructuada, de las servidumbres que tenga a su favor y, en general, de todos los beneficios inherentes a la misma». La generalidad del principio y las discusiones y preceptos no recibidos no dan lugar a suponer que se ignorara el problema en la época de la codificación al silenciar el problema, sin que la expresión literal del *dueño*, que se emplea en el art. 373, autorice, por su colocación, a deducir consecuencias limitativas.

Por la identidad y relación directa con la cosa que produce el derecho real, a la que llama BARASSI en sus *Instituciones* «característica fisionómica del derecho real», se llega a la misma solución en cuanto a la extinción o limitación del derecho de usufructo en el caso de pérdida total o parcial de la cosa. Las soluciones romanas, recibidas y también superadas, están representadas en el D. 7, 1, 2: «Es en realidad el usufructo un derecho sobre cosa corpórea, suprimida la cual es necesario que se extinga también el usufructo»; y en D. 7, 4, 23, se dice: «Si un campo cuyo usufructo sea nuestro hubiere sido inundado por río o por mar, se pierde el usufructo; porque también se pierde la propiedad, en ese caso; y ni aun pescando podemos retener el usufructo. Pero así como si el agua se hubiere

retirado con el mismo ímpetu que vino se restituye la propiedad, así también se ha de decir que se ha de restituir el usufructo. Se recibe éste párrafo en el art. 808 del Código de Chile y hay una versión del mismo, con relación a la accesión, en el art. 372 de nuestro Código civil.

Dentro de estas situaciones de fénecimiento, de otras dos más se ocupa el Derecho romano: la pérdida de destino de la cosa, que extingüía el usufructo, concepto que ha evolucionado, y las soluciones ambivalentes que motivan las cosas deteriorables, representándose la intermedia en el D. 50, 16; 14 al decir: «Estimán LA BEÓN y SÁBINO que si el vestido se vuelve rasgado, o las cosas alteradas, v. gr.: los vasos liendidos o raída la pintura, parece que dejan de existir, porque el precio de ellos no consiste en la materia, sino en la hechura».

b) *Unidad jurídica*.—A esta unidad se llega por distintos caminos derivándolos de la naturaleza de las cosas, como ocurre con el usufructo de ganados, en que la *universitas facti* determina reglas especiales, en las que aparece indiferenciada cada una de las reses por la unidad del destino que forma el rebaño, permitiendo la sustitución de las cabezas siempre que se conserve la unidad numérica del conjunto. Sobre este aspecto, dice ROJINA en su *Teoría general de los derechos reales*: «se admite: también usufructos sobre universalidades de hecho, como son el usufructo de ganado, que se constituye sobre la totalidad y no sobre cabezas determinadas...; en donde existe como característica general la de que el derecho real se extiende sobre un conjunto, independiente de las partes que lo constituyen, de tal manera que debe de mantenerse esa unidad y sus elementos integrantes, aunque perezcan los que en el momento de la constitución del derecho hayan existido». Este usufructo plural, con tratamiento unitario, es el principio que en su génesis va evolucionando hasta alcanzar la unidad del usufructo sobre la hacienda mercantil, donde la sustitución no se origina con el nuevo fruto natural, sino por la aportación voluntaria al acervo común.

Dentro de la unidad económica que produce la explotación de un sueldo, creo que tanto en el Derecho romano como en el derecho común se introduce el *quasi-ususfructus* como un reto de la realidad de las cosas, que demanda un tratamiento unitario de las consumibles, unidas a otras que no lo sean, creando ésta figura anómala y

antagónica del usufructo, con la que, sin embargo, está apareada. La presión sobre la doctrina se confirma con el siguiente párrafo de FRANCISCO DE CÁRDENAS, escrito en 1851, figura interesante que culmina la codificación, diciendo en su trabajo *De los vicios y defectos más notables de la legislación civil de España y de las reformas que para subsanarlas se proponen en el proyecto del Código civil*: «Es un punto sujeto también a opiniones, aunque de aplicación muy frecuente, si legado el usufructo de una finca rústica es visto legarse también los instrumentos y aperos que el testador tenía en ella para labrarla, como bueyes, mulas, arados y grano separado y dispuesto para la siembra. GREGORIO LÓPEZ, fundándose en el Derecho romano (Dig., *item si feudi*), en BALDO, ANGELO y FLORIANO defienden la afirmativa; la misma opinión han seguido otros autores modernos». La solución negativa esterilizaría el quasi usufructo. Facilita esta tesis la disposición conjunta de cosas de distinta naturaleza usufructuaria el artículo 883, al disponer: «La cosa legada deberá ser entregada con todos sus accesorios y en el estado en que se halle al morir el testador». Dice el art. 995 del nuevo Código italiano: «Si el usufructo comprende cosas consumibles...».

Si bien los usufructos legales dan lugar, por su propia naturaleza, a usufructos universales, su tratamiento jurídico no tiene singularidad alguna, pues siguen *gobernándose* con arreglo a la tesis atomística romana, se consideran existentes sendos usufructos, tratamiento singular, según las reglas que correspondan a la naturaleza del objeto sobre el que recaiga cada uno de aquéllos.

La concepción unitaria de un patrimonio encuentra su aplicación en el usufructo cuando se dispone de aquél de forma universal, constituyendo un usufructo universal o parciario, que ímplicita lleva la idea de que no se disgregue por el pago de deudas que corresponden al heredero; pero para evitar su desintegración, con solución aparentemente incorrecta, el art. 509 concede al fructuario la facultad de asumir el pago de deudas extrañas, subrogándose en el crédito, cuyo vencimiento se altera fijándose, por ministerio de la ley, en el día en que tenga lugar la extinción del usufructo.

Desde el punto de vista jurídico, la indivisibilidad viene a ser un corolario de la unidad, y en este aspecto tiene su reflejo, al igual que en las servidumbres, en el principio de que el disfrute de la cosa se extiende sobre la totalidad de los aprovechamientos que produzca el objeto gravado. Así dispone el art. 745 del Código civil.

suizo: «el usufructo confiere al usufructuario, salvo disposición contraria, el goce completo de la cosa», y al mismo objetivo tiende el párrafo 1.030 del Código civil alemán, al decir: «El usufructo puede ser limitado mediante exclusión de utilidades singulares». A la misma solución se llega, no obstante el art. 469, del análisis del contenido de los arts. 471 y 527.

Un mayor esfuerzo jurídico es necesario para asimilar y embutir, dentro de los límites del usufructo, las facultades de disposición inherentes al usufructo sobre una empresa mercantil. Esta meta impuesta por la necesidad económica se señala por HEDEMANN: «La empresa es un concepto totalmente desconocido para el BGB, ha alcanzado a la luz del moderno Derecho económico una significación cada vez más elevada. Ya se han señalado, a propósito de la adquisición de la propiedad, cuán difícil es aproximarse a él sobre la base del viejo BGB. No obstante, debemos hacerlo accesible al usufructo sea como sea.»

Entre otras varias manifestaciones de la unidad e indivisibilidad, señalamos el carácter de irdivisible que se concede a la prestación, que da lugar a la admisión o no del usufructo sobre una renta vitalicia, aunque se sacrifique la integridad de la sustancia.

7. DEFINICIÓN LEGAL DEL USUFRUCTO. a) *Código francés*.— El *Code civil*, siguiendo a la definición de PAULO, dice en el art. 578: «El usufructo consiste en el derecho de disfrutar de cosas cuya propiedad pertenece a otro, como este mismo, pero conservando la sustancia de aquéllas». Esta fórmula legal compendiosa salva la insuperable antítesis de agrupar o ignorar el usufructo sobre las cosas consumibles, y de esta forma tangencial el significado de la dicción como *el propietario mismo* es bifronte; cuándo se trata de cosas no consumibles, entre las facultades del usufructuario no está la de disponer de la cosa como derecho real limitado, pero cuándo se aplica a las cosas consumibles, su acepción es precisamente la contraria, pues se le concede el *ius abutendi*. Con unanimidad se le llama así a la facultad del usufructuario de disponer; en el usufructo impropio de los alemanes o irregular del Código argentino. Sin embargo, de esta dicción oportunista, se derivaron en la codificación napoleónica consecuencias inesperadas. La primera es una limitada facultad de administrar concedida al usufructuario, suficiente a que el *colónato* persista, dentro de ciertos límites, a la ex-

tinción del usufructo, obligando al nudo propietario los actos del propietario «putativo». También es paladina su repercusión, recibida por nosotros, en la reglamentación del usufructo sobre los bosques, aunque tenga ascendiente romano.

b) *Código civil español*.—En la línea clásica se encuentra la definición positiva del usufructo contenida en el art. 467 del Código civil español, que dice: «El usufructo da derecho a disfrutar los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y sustancia, a no ser que por el título de su constitución o la ley autoricen otra cosa». Dejando, de momento, el último inciso, se notan dos ligeras diferencias con la definición pauliana. La adición de *bienes ajenos*, que es un acierto, por concretar más la definición legal, lo que merece las loas de algún autor, en contraste con la omisión de este requisito en otros Códigos, pero más bien pueda ser un epítafio al antiguo *usufructo causal*. La interpolación de la palabra *forma*, en la redacción primitiva del anteproyecto, no parece que tenga sentido ontológico, sino que está utilizada en sentido vulgar, pues GARCÍA GOYENA decía: «En este artículo se añade la forma, porque alterarla o cambiarla es disponer de la cosa», consecuencia de la proscripción por la doctrina de las cláusulas de disposición, documentando esta interpolación en los siguientes pasajes: D. 7, 1, 7, 3: «no puede hacer alteraciones ni quitar lo útil»; D. 7, 1, 8: «aunque lo haya de reponer mejor»; D. 7, 1, 60: «está establecido que el usufructuario no puede concluir el edificio comenzado, aunque de aquel lugar no puede usar de otro modo», y D. 7, 1, 44: «una cosa es conservar lo que hubiere recibido y otra hacer algo nuevo».

En este caso se confirma la falta de ascendencia escolástica de la forma, a la que atribuye VENEZIAN su ingreso en la legislación italiana: «De esta suerte que para determinar el concepto de sustancia en relación con el destino de la cosa, y por lo tanto y en último análisis, con la voluntad del dueño, no estorba la cláusula agregada a la definición clásica del usufructo, *conservación de la sustancia tanto en la materia como en la forma*, que apareció por primera vez en las leyes civiles de 1819, y de aquí, a través del Código albertino, ha pasado al nuestro. Esta cláusula se explica si recordamos la antítesis corriente entre materia y forma, y principio de la unidad y diferenciación entre los individuos de la misma

especie; y la forma, realidad mediante la cual deviene la materia sustancia actual y principio de la unidad y diferenciación entre las especies».

c) *Último inciso del art. 467.*—La dificultad de definir el usufructo ya fué señalada por ALBERTO AGUILERA por nota al pie del art. 2.197 del Código civil portugués, diciendo: «Es muy difícil dar una definición exacta del usufructo y hacer ver en ella de una manera perfecta las diferencias que le separan del arrendamiento; de aquí la diversidad que en los detalles de sus definiciones respectivas se nota en los distintos Códigos modernos».

La primera redacción del usufructo en el Código civil estaba tomada del anteproyecto, pero se había suprimido el último inciso que decía *salvo lo dispuesto en el art. 444*. Aunque no consta la causa de esta supresión, bien pudo ser el evitar citas y referencias interíreas, de que se aligeró el anteproyecto; pero parece más atinado el suponer que se hiciera la poda con carácter general a todo lo referente en el usufructo a los bienes fungibles, pues no sólo hay ésta, ya que el art. 444 vino a ser al actual 482, sino que se han suprimido otras.

En el Senado dijo el penalista LUIS SILVELA: «Se define el usufructo, ¿y por qué no el uso y habitación? ¿Y cómo se define? Diciendo que es el derecho de usar y gozar de las cosas ajenas sin alterar su naturaleza. Mala definición, porque esto puede ser, por ejemplo, el arrendamiento, toda vez que yo, arrendatario de una finca, uso de ella sin alterar su sustancia; puede ser también el comodato, porque éste no es otra cosa que el derecho de usar y gozar de las cosas fungibles sin alterar su esencia. Luego si esta definición sirve para definir varios derechos reales, la definición es mala. Parece exigirse que la cosa usufructuada fuese de aquellas que no necesiten se altere la esencia para ser gozadas. Sin embargo, más adelante se dice que se pueden dar en usufructo las cosas fungibles con tal que se devuelvan otras de la misma especie y cantidad. Tendremos, pues, un usufructo sobre cosas fungibles que no es el usufructo que define el Código». Insistió AZCÁRATE sobre la definición del usufructo en el Congreso de Diputados y dijo en su discurso: «Lo que pasa en el usufructo es muy extraño, porque el Código dice que el usufructo es el derecho de disfrutar de los bienes ajenos sin alterar su forma y sustancia. Esto es el *salva rerum substantia*

del Derecho romano. Pero el art. 481 habla del usufructo de cosas que sin consumirse se deterioran por el uso, y el 482 habla del usufructo de cosas que no se pueden usar sin consumirlas. De maniera que después de decir que en el usufructo es preciso que queden a salvo la sustancia y la forma de las cosas; se admite el usufructo de las mismas, de las cosas que se deterioran con el uso y hasta de las cosas fungibles. ¿Por qué habéis huído de emplear la palabra *cuasi* y no habéis llamado al usufructo en estos casos *cuasi usufructo*? Si eso significa que habéis ensanchado el criterio jurídico para hacer entrar en aquello que no cabe en el concepto que los romanos tenían del usufructo, es decir, el *quasi ususfructus*, santo y bueno; pero conserváis el concepto antiguo, y a seguida os ponéis en contradicción con él haciendo lo mismo que al tratar de las servidumbres, puesto que a seguida de definirlas, y definirlas bien, incluís entre ellas ciertos aprovechamientos que no son tales servidumbres». Le contestó, por la Comisión, GAMAZO, que también era Vocal de la Sección primera de la Comisión de Códigos, diciendo: «Lo mismo puede decirse de todos los Códigos del mundo que han incurrido en el error en que se incurre estudiando el derecho de usufructo, error, en efecto, que se trata de enmendar por la adición del *cuasi-usufructo* en la noción general del usufructo, si al definir éste se dijera siempre que había de salvarse la sustancia de la cosa. Realmente, de que sea buena o sea mala, me parece no depende la felicidad de un país».

El resultado de esta discusión parlamentaria fué el que al publicarse la segunda edición del Código civil para adaptarlo a las indicaciones de ambas Cámaras, se adicionó al art. 467 el siguiente inciso: «*a no ser que el título de su constitución o la ley autoricen otra cosa*». Es de señalar que en la Exposición dirigida al Gobierno, por la Comisión de Códigos, como es de ver por las firmas que figuran en el preámbulo del Decreto de 30 de junio de 1889, que publicó el vigente Código civil, no se alude a esta adición. La razón, en éste como en otros casos, fué sin duda el de aminorar el número de las modificaciones reales o retoques de que fué objeto, pues según los datos de FALCÓN, que facilita el doble texto correspondiente a ambas ediciones, sólo se hace referencia en el preámbulo a 37, y los retoques que se omiten bajo el especioso nombre de correcciones de estilo alcanzan el número de 181, y aun no incluye alguna errata, como la salvada en el art. 492.

El espíritu de contradicción, natural al temperamento latino, se pone de manifiesto en el proceso seguido en la elaboración del antiguo Código civil italiano. Según VENEZIAN, a la dicción del artículo 477: «La obligación de conservar la sustancia, tanto en la materia como en la forma—seguía—, salvo las excepciones establecidas por la ley o el título», siendo suprimida esta última, por innútil, por la Comisión de corrección de estilo.

La definición compendiosa de nuestro Código incurre en el principio de contradicción, estudiado por GARCÍA MAYNEZ en *Introducción a la Lógica jurídica*, en la que sienta que: «ambos no pueden ser verdaderos» y «todos los comprendidos en esta especie son necesariamente falsos». No obstante, no se produce esta falacia en el Código, pues la fusión jurídica no se produce, siendo su contenido distinto, aunque reconozcan ambos su origen en el mismo título, y su contenido es el apropiado a su naturaleza contradictoria: en el uno, se transfiere la posesión; en el otro, la propiedad.

c) *Códigos modernos*.—El concepto de sustancia se difumina en los comentaristas de los Códigos modernos—entiendo por tales, a efectos de este trabajo, el alemán, suizo e italiano—, los cuales omiten la definición de usufructo, más difícil en cuanto en ellos se reglamenta al que recae sobre cosas incorporales (derechos en el BGB). Esta tendencia a suprimir definiciones legales permite entrar rápidamente en el estudio de la institución, y para suplir la omisión los autores se limitan a dar la suya, pero dando un salto atrás; leemos en WOLF: «El moderno derecho de usufructo se inspira en lo esencial en el Derecho romano y en el Derecho común (en el sentido que anteriormente a la codificación tuvo en España, modificándose en el artículo 1.976, *derecho de Castilla, por común*, en la segunda edición, que es el aceptado en el extranjero). El propio concepto del usufructo es completamente romano, persistiendo sus caracteres de unidad y sentido teleológico.

En resumen, sobrevive la definición de PAULO sobre el usufructo, con la impronta aristotélica que debió recibir la institución, persistiendo sus caracteres de unidad y sentido teleológico.

8. ORIGEN DEL USUFRUCTO. No obstante, es opinión común, tanto para la codificación civil como para el usufructo—se dice por VENEZIAN en su conocida monografía—, que el Código italiano trae

su influencia del Código civil de Napoleón. El problema debe plantearse en términos generales, y para encontrar la solución correcta debemos de buscar las interferencias producidas en otros campos de la cultura, donde se ha repetido el mismo problema. Dice MAYANS y SISCAR en *Orígenes de la Lengua Española*: «Algunos pensarán que yo me olvido de la lengua francesa, italiana, alemana y otras, de las cuales hemos recibido, por razón de trato y larga comunicación con otras naciones; pero yo hasta ahora he hablado de propósito de *lenguas matrices*, porque entiendo que en ellas principalmente se han de buscar los orígenes de los vocablos, sino en el caso que por ser la cosa recién inventada, y por consiguiente su vocablo, sea preciso recurrir a estas lenguas modernas».

La influencia del Código civil francés en nuestra codificación se ha alzado primado. En este sentido, el diputado MALUQUER y VILADOT, en la sesión de 20 de marzo de 1889, dijo en el Congreso de Diputados: «He dicho antes que en nuestro Código civil se copian numerosos artículos del Código francés. Realmente son muchos los que se copian literalmente; yo he hecho un examen comparativo de los dos cuerpos legales y puedo decir que son más de 250 los artículos que del Código francés se transcriben literalmente a nuestro Código, y el de un número tres veces mayor el de los artículos que con palabras distintas vienen a decir lo mismo», haciendo una relación de los idénticos o concordantes.

Si esta afirmación objetiva es irrebatible y se atiende exclusivamente al fenómeno externo de toda codificación, se olvida su génesis, que exige discriminar cuáles eran los preceptos derivados del derecho común y cuáles los elementos técnicos o indígenas determinantes de su elaboración. No podía nuestra codificación, como toda la latina, diferir sustancialmente de la francesa, si ambas reconocen como derecho matriz al sistema romano; siendo de señalar lo que tienen de diverso en los preceptos en que aquélla es original, y cuáles son los típicamente españoles.

Nuestro Código no puede calificarse de progresivo, aunque no es inferior a los de su época; en esto sigue las normas que recoge PUIG BRUTAU en *La Jurisprudencia como fuente del Derecho*, diciendo: «Pocas personas—dice HARBUSY—pueden expresar correctamente la calificación que merecen las circunstancias imperantes en su tiempo, pues el pensamiento refleja el estado de opinión exis-

iente una generación antes. JULIUS STÖNE afirma que siempre existe un cierto período de tiempo entre la aparición de una nueva manera de pensar y su transformación en hechos. Sólo al cabo de una generación, por lo menos, las nuevas ideas son puestas en práctica por los hombres de acción.

En el acto celebrado por la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación para celebrar la promulgación del Código civil, su Presidente, FRANCISCO SILVELA, aplaudía el tono de mesura con que se resolvían los problemas jurídicos en el Código, diciendo al efecto: «El poeta, bien sea en las reformas políticas, bien en las reformas jurídicas, es el que representa las ilusiones en el futuro, es el que presenta fórmulas muy sabias, muy por cima del estado de cultura del país, y es el que con sus aspiraciones universales en un sentido podrá alcanzar grandes glorias para la apreciación del porvenir, pero no se encuentra en condiciones de satisfacer a las recevidades del presente, que es, ante todo y sobre todo, lo que deben realizar los legisladores, y más que en ninguna otra materia en el Derecho civil». Criterio que repite en los demás discursos que pronunciara durante la elaboración del Código civil este ilustre político liberal-conservador, a cuya preparación jurídica hay que añadir su extraordinaria erudición, que le permitió reunir cuatro medallas académicas. Conociendo por experiencia las dificultades de la codificación civil, envainó su daga sin resentimientos.

A dilucidar los distintos factores que intervinieron en la codificación civil tiende este trabajo, concretado al usufructo, y sin perjuicio de señalar influencias parciales de distinto origen, la primordial es la romanista, pues como decía uno de los Vocales de la Comisión de Códigos, BENITO GUTIÉRREZ, en *Códigos*, al hablar del usufructo de montes, justificando las citas del *Corpus Iuris*: «Estas conclusiones se han tenido presentes a la formación del proyecto del Código; citándolas creemos hacer un servicio a la juventud estudiosa»; en el discurso necrológico pronunciado en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas se le atribuyeron la redacción de más de 500 artículos, lo que avalora su opinión.

Entre la legislación positiva extranjera, razones de oportunismo despertaron la curiosidad de los juristas españoles sobre el original Código civil portugués, lanzándose al mercado tres traducciones, viéndose alguno de sus preceptos al Código civil. De estas tra-

ducciones, la de 1879 lleva un prólogo de ALONSO MARTÍNEZ, del que era pasante su traductor ALBERTO AGUILERA, siendo de gran interés para conocer el programa de la codificación civil del autor del Código civil. Dice: «El estudio comparativo de los Códigos modernos es una verdad muy provechosa para el legislador de cada país, que puede por tal procedimiento mejorar ciertas instituciones jurídicas, desenvolviéndolas con más arte, perfeccionar el método, excogitar en cada caso las fórmulas más adecuadas y felices; pero los dogmas, los principios fundamentales, no ya en cuanto a la contratación, que derivándose de necesidades comunes a todo el género humano es, por decirlo así, el elemento invariable del Derecho, sino en cuanto a la condición de las personas y a la organización de la propiedad y la familia son idénticos. Y es que las naciones de Europa cuyos Códigos he comparado, forman una familia nacida de una misma cuna, alimentada por una misma nodriza y educada por un solo maestro. Todas ellas, en efecto, extienden sus raíces por la antigua Roma, reciben su savia del individualismo germánico y se desenvuelven bajo la influencia del cristianismo».

Su sueño dorado, dijo ALONSO MARTÍNEZ en la apertura de Tribunales, lo constituía la promulgación del Código civil. Consiguió verlo realizado, por ser tres veces Ministro de Justicia y Presidente de la Comisión de Códigos, desde el 30 de septiembre de 1878. Como Ministro de Justicia presentó a las Cortes las Leyes de Bases de 1881 y las que fueron aprobadas por Ley de 11 de mayo de 1888, presentando en apoyo de las primeras el *proyecto* articulado de los libros I y II del Código civil. La Sección primera, que presidía, empezó a preocuparse del Código civil en 1880, dedicándole, según el Libro de Actas—perdido—, 316 sesiones, de las que asistió a 260. Su labor quedó a falta de la publicación de unos comentarios, que estaba preparando cuando le sorprendió la muerte, cuya omisión es mucho más de lamentar por faltarle a este cuerpo legal una Exposición de Motivos, que tanto prestigio diera a otros del siglo pasado, probablemente por la premura con que se hubieron de quemar las últimas etapas, determinante de una incorrección de fechas, pues sancionado el proyecto de Ley, siguió elaborándose el Código hasta el 29 de noviembre de 1888 por la Sección primera de la Comisión de Códigos.

Esta falta de materiales esfuma bastante la *mens legis*, por lo que hay que acudir a medios indirectos para estudiar el proceso de

nuestra codificación, excepto en el caso de que se trate de los libros III y IV del Código civil, en que se salvó de la incuria algún ejemplar de la ponencia que sirvió de base a la Comisión de Códigos, elaborado en el seno de la Sección primera, para la aportación de enmiendas por el resto de los Vocales, a cuyo efecto se imprimió a media margen.

El sentido histórico de la codificación va ligado a sus precedentes, señalando el Código una etapa de cristalización del Derecho, ajustado a un breve texto; lo que hay de aprovechable en los cuerpos legales anteriores que conviene asimilar, pues no deben de calificarse de progreso todas las cosas nuevas—como decía FRANCISCO DE CÁRDENAS, conspicuo Vocal de la Comisión de Códigos—que individuos o colectividades pretendan introducir en el fondo o en la exposición del Derecho, mientras que no hayan sido aceptadas por la mayoría de los juristas y comprobadas por la experiencia. Este trabajo resultaría unilateral si el aspecto histórico no se completara sucintamente con el presente y el porvenir del Código civil, al que factores jurídicos o extraños al derecho presionan sobre éste y le obligan a evolucionar. El acaecer jurídico va dejando su surco, en el que se apoyan los dos motores que impulsan la vida jurídica: la razón y la experiencia, forzadas, a veces, por los nuevos hechos.

El que nuestro Código tuviera mala prensa no es un hecho singular, pues lo recoge KIRCHMANN en: *La Jurisprudencia no es ciencia* de la siguiente forma: «Ha llamado muchas veces la atención el que amplios Códigos hayan sojuzgado en todas partes largo tiempo a la ciencia, y se han buscado por doquier motivos, siendo corriente materia de censura para el respectivo Código». La infancia del Código ha sido superada; esta crisis jurídica de crecimiento nos la explica la precitada conferencia: «Por obra de la ley positiva, los juristas se han convertido en gusanos que sólo viven de la materia podrida; desviándose de la sana, establecen su nido en la enferma. En cuanto la ciencia hace de lo contingente su objeto, ella misma se hace contingencia; tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura». Más ecuánimes fueron las opiniones extrañas, pues ROLIN-JAEQUENYUS decía de nuestros juristas del siglo XIX: «El estudio de la literatura jurídica de España ofrece un interés que excede a la simple curiosi-

dad», y con relación al Código civil, en la nota también publicada en la *Revue de Droit International et de Legislation Comparée*, al hacer la recensión del *Code Civil Espagnol, traduit et annoté*, por LEVY, se decía: «Contiene una exposición crítica de las disposiciones que el autor considera pueden presentar más interés; mas a causa de su carácter exclusivamente nacional, sea en favor de los progresos que ellos consagran y que le parece deseable ver pasar a nuestra legislación».

La fase crítica del Código civil ha sido superada, y la calidad de los civilistas que le defienden, desde el punto de vista histórico o historicista, sirven de contrapeso o neutralizan las diatribas tradicionales, que le liberan de la maraña de cuestiones que le han empequeñecido, constituyendo en alguna ocasión el objeto especial de algún trabajo.

La estabilización del Código civil está conseguida; después de pasar en silencio hasta sus bodas de platino, no se atisba un movimiento de reforma como el iniciado por RUIZ VALARINO por Orden ministerial de 3 de julio de 1911, desarrollando el Real decreto de 11 de marzo de 1910, al que en las Memorias de los Presidentes de las Audiencias, a juzgar por la que corre impresa de ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Presidente de la de Pamplona, no debió de encontrar el eco necesario el bello discurso que con este motivo pronunciara aquel Ministro de Justicia en la solemne apertura de los Tribunales de 1910, deferente homenaje de don Trinitario a la Magistratura.

9. OBJETO DEL USUFRUCTO. DE DALMASES y JORDANA sienta en su obra el *Usufructo de derechos*: «Hemos recibido del Derecho romano no sólo la terminología sino también la doctrina. Allí, al principio, no se concebía el usufructo más que como un derecho real al derecho de las cosas que pudiera verificarse sin alterar su sustancia, sin abusar de ellas, o sea sin consumirlas. Por lo cual, lecía Cicerón en aquel fragmento citado por todos: «*No debet ea mulier cui vir bonorum suorum ususfructum legavit, cellis vinariis et leariis plenis relectis putare, id ad se pertinere*»; *usus enim non abusus legatus est*». Pero pronto se vió que una concepción tan restringida del usufructo no estaba de acuerdo generalmente con la voluntad del causante en el legado de *ususfructus omnis bonorum* ni satisfacía las necesidades que el Derecho tenía previstas, situación

que se agravó cuando la *lex Papia Poppea* concedió al supérstite el usufructo del tercio de los bienes del causante. Y para remediar esta situación se dispuso, en virtud de un senado-consulto de fecha desconocida y dictado quizás bajo Augusto, que objeto del usufructo podían serlo todas las cosas». Lo recibe, el art. 581 del Código de Napoleón: «puede ser establecido sobre toda clase de bienes muebles o inmuebles».

El objeto aborigen del usufructo es el correspondiente a una economía primitiva y su prístino sentido se circunscribe a las cosas materiales, que persiste indebidamente en el D. 7, 1, 2, al decir: «Es en realidad el usufructo un derecho sobre cosa corpórea», concordante con la I. 2, 4, pr. 1: «Es, pues, un derecho sobre un cuerpo, quitado el cual, necesario es que aquél desaparezca». El objeto corporal del usufructo, con la adherencia natural que implica, sufre una expansión a través del legado universal o parciario, que incorporan al acervo del usufructo las cosas incorporales, sirviendo de vehículo a esta expansión el usufructo sobre un crédito. La impronta corpórea de las primitivas disposiciones romanas sobre el usufructo se irradian sobre las cosas incorporales, cuyo proceso de asimilación considero que no está totalmente concluido. Los objetos consumibles que aquellos legados universales aportan a las disposiciones *singulares* fructuarias caen en otra vertiente: el *cuasi usufructo*.

Atendiendo a la formación histórica del usufructo, seguiré la clasificación romana de cosas corporales e incorporales para determinar el concepto de sustancia, tanto en aquéllas como en éstas, *abracadabra* del usufructo. Su valoración jurídica venía atribuída a la interpretación de la definición pauliana, pero NICOLÓ y GIORGANNI, en el *Nuovo Digesto italiano*, dicen que la *obligación de conservar la sustancia* no puede considerarse como una obligación en sentido técnico. Por lo que su concepto habrá que deducirlo de su proyección en cada uno de los objetos sobre los que recae; de los mal llamados usufructos especiales. Del estudio de éstos se infiere que el concepto de sustancia no es rígido, sino eminentemente circunstancial, adaptándose a los caracteres del objeto gravado, y a su vez, la irrupción de nuevos hechos, hace necesario examinar la *circunstancia* de cada objeto, teniendo en cuenta la sucesiva apariación de éstos y su absorción por este derecho real de usufructo.

10. USUFRUCTO SOBRE BIENES INMUEBLES. El art. 334, en la parte que aquí interesa, dispone: «Son inmuebles.—1.º Las tierras, los edificios, caminos y construcciones de todo género adheridas al suelo.—2.º Los árboles y plantas y los *frutos pendientes*, mientras estuvieren unidos a la tierra o formaren parte del inmueble». Estas cosas vienen a formar su sustancia, que en principio concuerda con el concepto de bien inmueble.

Los límites y extensión del usufructo sobre los bienes inmuebles por naturaleza han de estudiarse en este lugar en dos de sus proyecciones: vuelo y subsuelo. El concepto de subsuelo sufre la limitación siguiente en su profundidad, en virtud de lo dispuesto en el art. 350: «El propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella, y puede hacer en él las obras, plantaciones y excavaciones que le convengan, salvas las servidumbres y con sujeción a lo dispuesto en las leyes sobre Minas y Aguas y los reglamentos de policía». Se recoge aquí la herencia de una disparidad de criterios producida entre la legislación de Aguas y Minas, que se inició con la primitiva ley, según explica FRANQUET en su *Ensayo sobre las Aguas*: «Hoy puede decirse que tan justificadas prácticas y consuetudinarios usos han quedado consagrados con la fórmula acomodada a nuestras leyes civiles y administrativas formada por la Comisión Regia; pero, desgraciadamente, en la parte de aguas subterráneas la mayoría de la Comisión ha adoptado un principio que, a nuestro modo de ver, es un retroceso injustificable rechazando los usos consuetudinarios y prácticas que en Valencia, y sobre todo en Cataluña, ha desarrollado una industria, que aplicando con conocimiento la ciencia de los antiguos zahoríes fertiliza dilatadas comarcas y ha creado derechos inmensos, que no pueden menos de ser respetados. Y es esta novedad tanto más chocante cuanto que los principios introducidos en la práctica civil seguida son los mismos proclamados por la nueva ley de minería para la investigación y explotación de otra propiedad subterránea de igual carácter, de mayor valor si se quiere, pero de menos necesidad y conveniencia pública social».

El estudio del concepto de sustancia en los bienes inmuebles por naturaleza ofrece escasas modalidades, pues su misma solidez facilita la íntegra devolución del objeto, quedando diferidos los problemas que presentan a la conservación o aprovechamiento del fundo, a los que nos remitimos.

a) *Arboles*.—A una economía primitiva corresponde la formación del concepto de frutos, complementario del de sustancia, derivándolo de su función biológica por ser el medio para conservar la especie, y jurídicamente es fruto todo lo que la cosa produce sin merma de su facultad fecundante.

La idea primaria es biológica, pero a semejanza de que la separación señala el momento de atribución de la propiedad del fruto, cuando llegue el caso de que, por accidente o muerte natural, perezca el árbol, su atribución al nudo propietario deja sin cubrir el destino de la finca, pues no puede cargarse al usufructuario la obligación de replantar—mejorar—, situaciones que se pueden engarzar en el Derecho romano. En el D. 7, 1, 59, se dice: «No se halla establecido que los árboles arrancados por la fuerza de la tempestad, no por culpa de usufructuario, sean sustituídos por éste». El D. 7, 1, 18, dice: «legado el usufructo de un campo, han de sustituirse otros en lugar de los árboles muertos, y los primeros pertenecen al usufructuario» (*sic.* en la traducción de GARCÍA DEL CORRAL). Del contenido de estos dos pasajes del *Corpus*, que selecciono para evitar discordancias, resulta sentado el criterio que recogen nuestras Partidas sobre la atribución y obligación de reponer árboles. Igual hace el *Code*, pero con una limitación inexplicable reduce el precepto a los árboles frutales, cuando los comentaristas extienden la norma a todos ellos.

Esta alterna atribución se recoge en los arts. 483 y 484, diciendo el primero: «El usufructuario de viñas, olivares u otros árboles o arbustos podrá aprovecharse de los *pies muertos*, y aun de los *tronchados* o *arrancados por accidente*, con la obligación de reemplazarlos por otros». La interpretación histórica autoriza, a la vista del anteproyecto que se refería a la *reposición parcial*, y que este artículo tan sólo a ella obliga, pues los producidos por *accidente* están concretados a los tronchados o arrancados, no a los pies muertos. Explicaba GARCÍA GOYENA este precepto diciendo que no le satisfacían las razones dadas por los franceses en sus comentarios al art. 594 del *Code*: «El usufructuario hace suyo el árbol frutal en justa indemnización a los frutos que pierde». Más cierta me parece que, aun siendo en principio el árbol del nudo propietario, se varía su atribución concediéndoselo al fructuario, puesto que éste, para seguir el destino de la finca, se ve obligado a repónerlos, sin perci-

bir durante los años de crecimiento frutos, y la ley le concede esta compensación legal. De otro modo, el nudo propietario tendría dos utilidades: de momento, en el curso del usufructo, percibiría los pies caídos, y a la terminación de aquél recibiría graciosamente unos árboles repuestos, que no tendrían el carácter de mejora, y que, en todo caso, sería ingravida.

La reposición normal de toda explotación agrícola señala el límite de la obligación de conservar la finca el usufructuario, quedando indemne de ella el fructuario en el supuesto del art. 484, del tenor literal siguiente: «Si, a consecuencia de un siniestro o caso extraordinario, las viñas, olivares u otros árboles o arbustos hubieren desaparecido en número tan considerable que *no fuera posible o resultare demasiado gravosa* la reposición, el usufructuario podrá dejar los pies muertos, caídos o tronchados a disposición del propietario, y exigir de éste que los retire y deje el suelo expedito». Se trata de la otra solución basculante, en la que se atribuyen como *productos* (parte de la sustancia), por razón de cantidad, los árboles al nudo propietario. El módulo que señala el límite de cada una de las dos vertientes de esta alterna atribución, es el de que no fuera posible. A la imposibilidad objetiva ha de extenderse también la técnica cuando las normas agronómicas, por la esterilidad producida por un cultivo anterior, no aconsejen la replantación análoga, pudiendo sustituirse por la adecuada a *uso de buen labrador*. La misma medida se adopta cuando resultare *demasiado gravosa* la reposición. Esta evaluación no debe ser subjetiva, sino atendiendo a la naturaleza de la finca, pues la reposición es una carga de los frutos en tanto en cuanto ésta se puede estimar *normal* dentro de una regular explotación, así como cuando el accidente, sin perder este carácter, sea de producción más o menos regular. La excepción es sólo para los casos *extraordinarios*, y no puede calificarse de tal, por ejemplo, una helada, si cada diez o doce años se repite el mismo fenómeno, con lo que habrá que atender a la frecuencia local del accidente para calificarlo de ordinario o extraordinario. El trasplante del precepto, desde el capítulo de las obligaciones del usufructuario en que figura en el anteproyecto, embutiéndolo entre los derechos, da carácter de excepción al derecho a los pies muertos que concede.

La proposición última del art. 484 contiene un *facere*, que es accesorio del derecho a los árboles caídos que se le concede al propie-

tario, tomado del D. 7, 1, 19, 1, que dice: «Si el dueño no quitase los árboles arrancados por el viento, por lo que fuera más incómodo el usufructo o el paso, se ejercitarán contra él por el usufructuario sus acciones».

b) *Viveros*.—La sistemática del Código ha dado lugar a una transferencia de preceptos. En el Derecho romano se considera a los viveros como una explotación complementaria de la agricultura, y en el Código civil se les incluye dentro del usufructo forestal. Por apoyarse en ambos casos la solución jurídica en el destino, hay que aplicar una solución ambivalente, sin tener en cuenta la servidumbre del lugar que ocupa en el Código. Su texto era en el D. 7, 1, 9: «Mas el fruto del semillero opino que pertenece al usufructuario, pero de suerte que le sea lícito vender y plantar; mas debe siempre reponer el semillero preparado para *plantar los campos*, como instrumento del campo, para que sea restituído al dueño finido el usufructo». Más lacónicamente, el apartado 3º del art. 485, dispone: «En el vivero de árboles podrá el usufructuario hacer la entresaca necesaria para que los que queden puedan desarrollarse convenientemente», pero su tenor literal tiene una expresión excesivamente lacónica, que ni siquiera hace al fructuario expresamente la atribución de los plantones que entresaque. Con mayor concreción jurídica, dice el art. 590 del Código de Napoleón: «Los árboles que pueden sacarse de un plantel sin echarle a perder pertenecen al usufructuario, pero con arreglo a las costumbres de cada lugar para reemplazarlos por otros», que pasó al art. 491 del antiguo Código italiano. Literariamente es más correcta esta expresión, por ajustarse a la naturaleza jurídica del derecho sin necesidad de acudir a inducciones o deducciones para llegar al mismo resultado. En resumen, el vivero, tanto el agrícola como el forestal, debe de explotarse con arreglo a su destino, accesorio de la explotación principal, a la que debe de suministrar los plantones necesarios, siendo el remanente, después de cubiertas las necesidades del fondo o monte, frutos de los que puede disponer libremente el usufructuario, siempre que no perjudique la finalidad del vivero.

c) *Aprovechamientos forestales*.—Dispone el primer apartado del art. 485: «El usufructuario de un monte disfrutará *todos* los aprovechamientos que pueda éste producir según su naturaleza». Tanto por la generalidad de la regla, como por la de ser común co-

las normas que reglamentan el aprovechamiento agrícola, desdibuja la utilidad, desde este punto de mira, de una correcta calificación del objeto. En *todos*, tanto cabe la resina, el corcho, las hierbas, etcétera, siempre que se aprovechen de acuerdo con su naturaleza y destino, sin distinciones naturalistas de si afectan o no a la sustancia de la cosa, por estar superado el concepto de frutos de los dogmatismos que en alguna ocasión los ha restringido.

d) Monte tallar.—Un tratamiento jurídico especial tiene el monte maderable. El concepto de su aprovechamiento está en plena evolución por las múltiples aplicaciones que de aquél se derivan y los avances experimentados por la silvicultura. En este aspecto, nuestro Código puede considerarse retrasado con arreglo a la época en que se promulgó, pues no era original en la materia, ya que toma casi literalmente el precepto de los arts. 1.336 a 1.338 del Código civil de Guatemala, de 1877, que sustancialmente coinciden con el anteproyecto y Código de Napoleón, modificando nosotros los textos guatemaltecos al sustituir «Ordenanzas de montes» por «costumbre del lugar». La importancia de ésta tiende a decrecer a impulsos de la expansión del derecho público, que basado en normas dasonómicas limitan la iniciativa privada, impidiendo descuajamientos abusivos que dejen al bosque estéril durante muchos años.

Si normalmente el nacimiento del usufructo se debe a la iniciativa y a la libre voluntad de las partes, en cuanto las normas legales son supletorias de la iniciativa privada, el enmohecimiento de la legislación sólo será perceptible cuando en el acto constitutivo se hayan omitido normas vitalizadoras, por lo que es de interés conocer los preceptos de la legislación comparada, los que por vía de imitación pueden situar nuestras relaciones jurídicas a la altura en que lo estarán las de otros países donde la importancia forestal es mayor y su elaboración jurídica posterior a la nuestra. Sirva de ejemplo el contenido del párrafo 1.038 del BGB, que dice: «Si fuere objeto del usufructo un bosque, podrá el propietario, lo mismo que el usufructuario, pedir que la medida del disfrute y la forma de explotación se fijen mediante un plan correspondiente, si sobreviene alguna modificación notable en las circunstancias, podrá cada parte exigir la misma modificación en el plan de explotación». Igual precepto contiene el art. 770 del Código civil suizo.

La evolución del contenido de este usufructo se refleja en la exis-

tencia de normas anacrónicas. La propia limitación a las *maderas de construcción* ofrece un aspecto unilateral, que si fué cierto en alguna época, ignora las demás aplicaciones forestales de la industria moderna a la que la madera proporciona la materia prima. También en su semántica se han producido otros confusionismos. Se discutió el significado de *caudius*, el que, según el *Léxico de Derecho civil*, de NEBRIJA, es: «selva cortable (*caeda*) es aquella cuyos árboles pueden ser cortados ya para leña, ya para madera, pues una selva está siempre formada por árboles»; de aquí deriva esta locución aclaratoria señalada anteriormente con la frase reiterativa del Código, al decir: *monte tallar o de maderas de construcción*.

Este rezago de nuestro Código fué señalado por ALBERTO BOCH en el discurso que pronunció en el Senado, diciendo: «Si queréis llevar estos principios de la economía moderna de los campos al Código, ¿por qué razón no habéis llevado a definir los derechos que compete al usufructo de los montes, que reguláis por las costumbres del primitivo dueño, costumbres siempre difíciles de conocer y además variables, del primitivo dueño, que lo mismo podría ser un maderero que llevara todos los días el hacha a los árboles y descuajara el monte, como un admirador de la naturaleza que se contentase con cazar faisanes o descastar ardillas? Para determinar el derecho del usufructuario del monte, sí que hacían falta los preceptos modernos de la economía rural, las doctrinas dasonómicas, los principios seguros de la ordenación forestal». Como la crítica no era constructiva, al contestarle, por la Comisión, ROMERO GIRÓN, se limitó a señalar la diferencia entre la legislación romana y la austriaca —por su afición a los Códigos germánicos, y al que se debe la influencia de éstos en el Código, sobre todo del Código civil de Sajonia, que tradujo y no publicó—, por lo que quedó sin modificar el texto del apartado segundo del art. 485, que dice: «Siendo el monte tallar o de maderas de construcción, podrá el usufructuario hacer en él las talas o las cortas ordinarias que solía hacer el dueño, y *en su defecto* las hará acomodándose en el modo, porción y época a las costumbres del lugar».

El modo del aprovechamiento, que en D. 7, 1, 22 se circunscribía al arbitrio de buen varón como lo haría un padre diligente, encuentra una nueva concreción en el *Code civil*. «Un principio fecundo y luminoso—dijo GARY, en el Tribunado—nos ha guiado en el

examen de estas cuestiones. Estraiba este principio en el respeto debido al uso de los antiguos dueños. En efecto, no basta que el usufructuario goce de las cosas como un buen padre de familia ; es necesario que el propietario las dedique a los usos que el propietario las dedicaba y que se sirva de ellas. Es de creer, a menos que se haya convenido lo contrario, haber querido el dueño que disfrutara el usufructuario de la cosa lo mismo que él y sus predecesores, *idea que nos despierta la definición del usufructo*, que consiste en el derecho de gozar como el propietario». (Según la traducción publicada en B. 1.832, bajo el título : *Principios de Legislación*.)

El anteproyecto y proyecto atenuaban la influencia francesa, diciendo : «*Como lo haría el dueño*, acomodándose en el modo, porción y épocas a la costumbre del lugar» ; pero la costumbre bajó de rango por conducto de la modificación guatemalteca, y se rompe la paridad con el inciso *en su defecto*, que separa ambos modos. La expresión fuera correcta en los Códigos que irradiian la costumbre como fuente del Derecho, pero no en nuestro Código civil, que subrepticiamente introducía a última hora, en el art. 6.º, la costumbre como fuente del Derecho—suprimiendo a los principios del derecho—, bajo la influencia de la brillante votación recaída en el Congreso de Juristas Españoles, celebrado en Madrid en 1885, en la que se aprobó la costumbre *praeter legem* por 369 contra 19 votos.

La tala es el medio material que disgrega el árbol, dando a la parte separada el concepto de fruto ; pero aquélla no puede realizarse *ad libitum* por el fructuario, sino que está sólo legitimado para realizarlas dentro de una medida legal, diciéndose en el art. 485, apartado tercero : «En todo caso hará las talas o cortas de modo que no perjudique a la conservación de la finca», únicas *talas* que pueden considerarse *regulares*.

Necesidades extraordinarias; como las anteriormente apuntadas para los árboles por accidentes, tienen representaciones análogas en la explotación forestal y normas específicas contiene el art. 770 del ZGB sobre la aplicación del producto de las talas extraordinarias por tempestades, nieves, incendio o invasión de insectos, a los que llama aprovechamientos extraordinarios el moderno Código civil italiano ; son situaciones civiles del estado de necesidad. En el primero se subroga el usufructo sobre el valor del producto extraordinario, y el segundo se las adjudica al propietario. La cuestión aparece re-

suelta con relación a unos encinares por la Sentencia de 1 de marzo de 1951, en la cual se confirma el acuerdo del Juzgado de primera instancia de depositar el valor de la entresaca realizada de los mismos, siendo los intereses del usufructuario y debiendo devolverse el capital a los dueños a la terminación del usufructo; solución judicial que lleva nuestro arcaico usufructo de montes a las líneas doctrinales más avanzadas.

e) *Alamedas*.—Dice el D. 7, 1, 4, 13: «Si... el predio fué de recreo, teniendo vergeles o alamedas o paseos cubiertos de sombra o ámenos con árboles infructíferos, no deberá arrancarlos, acaso para hacer huertas, o alguna otra cosa que reditúe». Se mantiene su destino infructífero, concediéndole el uso de la sombra o de la vista que las alamedas proporcionan. A reglamentar este uso dedica el Código el último apartado del art. 485, incorrectamente colocado al final, más de señalar por la traslación, ya que en el proyecto y anteproyecto figuraban en último lugar los viveros, viiniendo ahora a constituir un enclave. Dispone éste: «*Fuera de lo establecido en los párrafos anteriores*, el usufructuario no podrá cortar árboles por el pie como no sea para *reponer o mejorar* alguna de las cosas usufructuadas, y en este caso hará saber al propietario la necesidad de la obra».

El precepto queda un poco desdibujado; se omiten las dos citas clásicas: la toma de rodrigones para las viñas o de maderas para las reparaciones del edificio conjuntamente disfrutado. La notificación al dueño es singular de nuestro Código, que la exige para reponer o mejorar, pero entiendo por su formación histórica que se refiere a todos aquellos árboles que no tengan propiamente una aplicación agrícola o forestal definida, como se infiere del carácter residual que tiene el principio del párrafo, en relación con los anteriores, cuyos árboles tampoco producen propio y especial fruto.

f) *Usufructo de montes en Cataluña*.—Después de la citada opinión de BENITO GUTIÉRREZ del sentido romanista de las disposiciones sobre montes en el Código civil, vemos que en la Memoria de DURÁN Y BAS, con buen sentido, no se recogía como especialidad digna de conservarse en Cataluña el usufructo forestal, a cuya conclusión llega recientemente MARTÍN RAMOS en la «Revista Jurídica de Cataluña».

La interpretación producida sobre textos arcaicos ha complicado el problema, y para poner al día lá materia, en los anteproyectos de Apéndice de 1930 y 1952 se reglamenta este usufructo. Disponé el artículo 136 de este último, tomado del anterior: «El usufructuario podrá disponer de los árboles y arbustos que suelen cortarse por el pie para aprovechar los renuenos que echa en el tronco o las raíces, en la forma y plazos que sean costumbre de la comarca. La misma regla se aplicará a los árboles de ribera, de crecimiento rápido, pero deberá reponer los que cortase sin más demora que la normal. Igualmente podrá extraer y disponer de los árboles plantados en terreno destinado a vivero para la venta, pero reponiendo también los que falten». En el artículo siguiente, se dice: «En cuanto a los árboles maderables o de construcción, el usufructuario sólo podrá disponer de los productos y de las ramas mediante podas, según costumbre de la localidad; y como no sea para menesteres de las fincas usufructuadas, no podrá cortar árboles ni para hacer entresacas que faciliten el desarrollo de los restantes, sino con permiso del propietario, y, en este caso, el producto de la venta pertenecerá al propietario en dominio y al usufructuario en usufructo.—Los árboles que mueran serán del usufructuario, con la obligación de dejar los que le sustituyan; y los arrancados o tronchados por el viento serán del propietario, pero el usufructuario podrá también utilizarlos en los menesteres para reparaciones de los edificios usufructuados y para la leña de su consumo doméstico.—Del monte bajo podrá disponer el usufructuario haciendo cortas periódicas, según la costumbre de la localidad. Igualmente podrá disponer de la hierba».

El Derecho romano, además de otros principios anteriormente recogidos, para que no quedara vacuo el usufructo establecía en el D. 7, 8, 22: «porque si no les fuera lícito a los legatarios hacer cortas en la selva y venderlas, al modo que es lícito a los usufructuarios, nada habrían de tener por este legado». El párrafo más discutido y que más implicaciones ha traído ha sido el del D. 50, 16, 36, que dice: «Bosque tallar es el que, según opinan algunos, se tiene para ser cortado. SERVIO dice que el que cortado por el pie renace otra vez de su tronco o las raíces». Parece hoy una ironía de los recopiladores del *Digesto* el que éste pasaje forme parte del título que tiene el siguiente epígrafe: «De la significación de las palabras», que anquilosando conceptos impide su evolución gramatical

y jurídica. Este es uno de los preceptos más perturbadores a través de la historia jurídica, cuyas implicaciones estuvieron representadas no sólo en España, a las que dió fin NEBRIJA, sino en los escritores foráneos. El que no sean frutos los pinos, por ejemplo, y que sí lo sean las talas de los castaños, por la distinta forma de reproducirse, porque al ser talados aquéllos no vuelven a renacer, como ocurre con éstos, es una razón biológica que escapa al sentido común que de acuerdo con la moderna técnica silvícola rechaza una solución tan contradictoria, superada técnica y jurídicamente por el Código civil, que le impone al usufructuario la obligación de mantener el vivero cuando existiera anteriormente, obligación que por vía supletoria pudiera aplicarse a los territorios de derecho foral.

Algunas tendencias filosóficas dan especial realce a la lógica, de cuyos trabajos se deriva la crítica de la aristotélica que privó durante siglos, pero sin necesidad de recurrir a estos procedimientos, la regla de SERVIO, como norma interpretativa del Derecho romano, debió de ser enunciada como secuencia de principios o premisas presupuestados en aquélla, en forma de entímema. Si anteriormente señalamos que el concepto primario de fruto es el de aquella parte que se puede desprender de un árbol sin quitarle su facultad fecundante, se llega lógicamente a la conclusión de SERVIO. Si se rechaza la validez de la premisa principal, la conclusión es sofística. Prescindiendo de la logomaquia jurídica alrededor de este texto sostenida, la palabra principal que define este pasaje del Digesto es, *Silva caedua*, y la traducción de bosque, tallar, no agota sus etimologías, pues también admite la acepción de selva (en sentido vulgar).

Mientras este derecho no evolucione debidamente, las discrepancias entre la ley y el derecho seguirán produciendo un fenómeno jurídico estudiado por HERING en *La lucha por el Derecho*, en la que dice: «Es cosa averiguada que no hay jueces más rectos en cuestiones de propiedad que los campesinos; por más que no podamos hablar por experiencia, nos atrevemos a asegurar que si un campesino por casualidad formulase una acción sobre reparación de injurias, el juez podría con más facilidad moverlo a un arreglo que si tratara de una cuestión acerca de la propiedad». El concepto de la sustancia en el usufructo de edificios tiene escasa importancia por su existencia material. Su estudio tiene conexión con la obligación de conservar la casa y con

los efectos sobre la extinción del usufructo o su modificación, cuyo sentido teleológico determina una alterna solución en el art. 517, según se trate de casa de labor o casa destinada a la vivienda.

11. USUFRUCTO DE LA CONCESIÓN MINERA. La distinta concepción que se tenga de la propiedad repercuté sobre el concepto del usufructo en virtud del mimetismo jurídico de este derecho real menor. El usufructo de minas representa las dos etapas: la de una concepción material, en que el mineral es *pars domini*, y su extracción es difícil de justificar por el *salva rerum substancial*, para cuyo objeto hay que acudir a distintos medios dialécticos o a soluciones pragmáticas. La concepción romana está superada por el Código civil español, que tomando el concepto de la concesión de la legislación particular de minas, derivada de la absorción de las ideas regalistas, transvasa el usufructo al campo de los derechos sobre las cosas incorpórales.

Esta absorción jurídica de las cosas incorpórales por los derechos reales ha sido señalada por RICATI de la siguiente forma: «En *El Derecho real*: «Los derechos pueden ser objetivados por el espíritu como valores económicos y servir, por tanto, como objeto de derechos reales, los que, lo mismo que la hipoteca, recaen sobre el valor económico y no sujetan a las cosas más que bajo este aspecto». Esta objetividad jurídica ha ampliado el objeto del usufructo, para el que son aptos casi todos los bienes, excepto los derechos personalísimos o intransmisibles. La incorporación de las cosas incorpórales ha traído otro desplazamiento interno de signo contrario, correcto de la tendencia materialista originaria en el concepto de frutos, manifestándose en el devénir del arrendamiento rústico por la espiritualización de sus rentas, paralela a la que vamos a estudiar en el usufructo sobre minas, refleja del cambio del concepto de su propiedad.»

a) *Pars domini*.— El art. 441 del arteproyecto, tomando de los Códigos fundados en el Derecho romano, decía: «Corresponden al usufructuario los productos de las canteras y minas que se hallen denunciados y en estado de laborear al tiempo de comenzar el usufructo.» La entrada de los principios regalistas en el Código tiene lugar por el proyecto, pero en aquellos aprovechamientos superficiales hay una reminiscencia su unidad con el suelo. Dispone el apartado segundo del art. 476: «Podrá sin embargo el usufructuario

extraer piedras, cal y yeso de las canteras para *reparaciones u obras* que estuviere obligado a hacer o que fueren necesarias». Pequeñas cuestiones determina este artículo. En su aspecto literario-jurídico, termina con una tautología, pues tanto da decir que las reparaciones sean necesarias como que esté el usufructuario obligado a realizar la refacción. En el aspecto histórico se deriva de su construcción literaria por el principio *sin embargo*, con cuya locución empieza también el artículo siguiente, 477, que, aprobado el dictamen en una primera lectura, fué objeto de una interpolación, probablemente al suscitarse alguno de los problemas de mejoras, como el de aprovechamiento de árboles para la reposición o mejora del art. 485.

Esta aportación adventicia le da un carácter singular y se presta a una interpretación unilateral, que puede destruir la jurisprudencia romana recogida por el anteproyecto: la continuidad del destino, que, no obstante, parece que no se ha pretendido derogar. Sin gran esfuerzo se puede deducir la facultad de continuar la explotación superficial del art. 475, que concede al usufructuario todos los *beneficios inherentes* a la propiedad, y no se le debe otorgar para establecer nuevos aprovechamientos, en virtud del sentido teleológico asignado al usufructo, siguiendo las coordenadas del sistema civil, en frase de EUGENIO IMAZ en *El pensamiento de Dilthey*.

b) *La concesión de minas y su usufructo.*—Un defecto suele señalarse al usufructo de derechos y en particular al usufructo sobre la concesión minera —no de minas—, al que el Código civil llama usufructo de un *predio en que existan minas*, y es la falta de una definición o una reglamentación legal. El circunloquio que emplea el Código puede obedecer a la razón de considerar tan poco evolucionado el derecho, que deja a la doctrina la definición de su alcance y contenido, o por el contrario, idea que éste por más cierta, que siendo el usufructo un *derecho periférico al derecho que grava*, su admisión no supone un cambio fundamental en su naturaleza, sino un simple desplazamiento de las titularidades y derechos *creados o modificados* por su ley particular. A su vez, el silencio envuelve la ventaja de que siendo esta legislación más inestable, sus modificaciones no varían fundamentalmente el Derecho civil en tanto en cuanto no cambien de sistema. También suele manifestarse el usufructo sobre las minas de otra forma subyacente, pues cuando su explotación es a través de una sociedad anónima, se esfuma el objeto

jurídico-mineral, para aparecer las acciones que representen a la sociedad como objeto inmediato del usufructo.

Nuestro criticado Código no es aquí original, pues toma los preceptos fundamentales, apartado primero del art. 476 y el art. 478, de los arts. 1.327 y 1.328 del Código de Guatemala, y 979 del de Méjico; pero con la expansión de nuestro Código civil a Cuba y Puerto Rico vuelven hacia el cuadrante de origen. Cuando la explotación de la mina se haga de forma directa, se debe de aplicar el Código civil, que en recuerdo de una legislación anterior distinta, emplea en éste, como en otros casos análogos, una expresión negativa, siempre más enérgica, cuyo uso repetido la convierte en afirmativa, en conexión con la proposición última de concesión expresa o usufructo universal. El Código civil, como decíamos, considera a la mina como una propiedad separada de la del suelo, en cuanto aquélla está absorbida por la legislación minera; dice en el art. 476: «No corresponden al usufructuario de un predio en que existan minas los *productos* de las denunciadas, concedidas o que se hallen en laboreo al principiar el usufructo, a *no ser* que expresamente se le conceda en éste o que sea universal». El precepto aparentemente dice mucho, pero realmente afirmado el principio de ser la concesión minera una propiedad independiente de la del suelo, emanan dos seculas: la de poder concederse el usufructo sobre este derecho de concesión minera (con independencia de la disposición del suelo), y si el usufructo constituido es universal recae, por lo tanto, sobre todo el patrimonio; y si dentro del haz que forma el activo del constituyente existe una propiedad minera, no se puede excluir a ésta de la disposición universal fructuaría. Estos dos corolarios intrascendentes demuestran la agudeza de nuestra codificación, que supo captar el tránsito de nuestra legislación minera, fenómeno que había pasado desapercibido en otras codificaciones que no recibieron la transmutación del objeto, por lo que VENEZIAN señala a nuestro Código civil como al «único» que da la solución correcta *más en armonía*, pues «proscribe la presunción de que constituya las minas en explotación el usufructo concedido sobre un fundo».

Otro principio reflejo de la legislación minera, que como propiedad particular ha tenido entrada en el Código, es el contenido en el art. 478, que dice: «La calidad de usufructuario no priva al que la tiene del derecho que a todos concede la Ley de Minas para denunciar

y obtener la concesión de las que existan en los predios usufructuados en la forma y condiciones que la misma ley establece». La recepción en el Código civil de la legislación minera, con su impacto en el usufructo, señala el tránsito del concepto de *parts domini*, al de propiedad, independiente, que altera totalmente el concepto de sustancia;

La plena aceptación de estas ideas, eliminando las rémoras que se habían producido en el concepto de sustancia, con la espiritualidad que a su concepto proporciona la concesión, se acusa en la Sentencia de 8 de julio de 1915, en la que rompiendo los vínculos materiales, afirma: «debe deducirse la posibilidad de que el usufructuario, agregue, cuando el título constitucional lo autorice, al usufructo, suyo, el beneficio de todos los *productos mineros* o su representación, quedando para el mero o nudo propietario lo que de la mina, quede al extinguirse aquéllos.»

c) *Usufructo legal en cuyo patrimonio existían minas.*—Es original de nuestra legislación el contenido del art. 477, que viene a establecer una excepción a los principios sentados en el artículo anterior, bajo el siguiente enunciado: «Sin embargo—dice reiterativamente—de lo dispuesto en el artículo anterior—se refiere sólo a su primera parte—, en el usufructo legal podrá el usufructuario explotar las minas denunciadas, concedidas o en laboreo existentes en el predio, haciendo suya la mitad de las utilidades después de rebajar los gastos, que satisfará con el propietario». El doble juego de conceptos empleado en estos dos artículos induce a confusión. El artículo 476 se refiere a los usufructos universales, pero como una de las clases que forman éstos son los legales a que se refiere el artículo 477, pues todos los legales son de aquella clase, en esta posterior norma se establece una excepción a la regla sobre atribución de frutos en los usufructos universales.

Con esta identidad de supuestos, la última diferencia que separa a las referidas normas es la de que en el usufructo universal se concede al fructuario la totalidad de los frutos o utilidades que proporciona la mina. En el usufructo legal se hace una reducción; los de trae, dividiéndolos en dos partes: la mitad de los beneficios los adjudica al padre o marido, y la otra la aplica al hijo o a la madre, protegiéndoles tutivamente por medio de este amparo salomónico ante el temor, sin duda, de que los beneficios mineros excedan en mucho a las cargas que por el usufructuario se tengan que levantar.

Esta ley del encaje, sin embargo, no es suficiente para explicar este singular precepto ecléctico de nuestra legislación, coadyuvando la causídica a explicar el ciclo de su evolución histórica. En una etapa anterior jurisprudencial, a través de influencias variadas, se llegó a la doctrina de la Sentencia de 7 de mayo de 1879, a la que siguen las Sentencias de 27 de diciembre de 1879 y 1 de diciembre de 1884, diciéndose en aquélla «que el usufructo está limitado, como todos los de su clase, por la obligación de conservar la sustancia o esencia de la cosa usufructuada, y el usufructo que corresponde al padre en las participaciones que sus hijos representa en una mina consiste en las utilidades que por las transformaciones industriales o mercantiles a que se las destinan produzcan los metales y otros minerales extraídos de las minas». Esta anacrónica jurisprudencia se salva en el Código con una solución de compromiso, contemplándose dando un paso adelante sobre los Códigos que estaban en la misma línea de cultura, a los que mejora.

d) *Del modo de explotación de las minas por el usufructuario.*— Si el usufructuario puede constituir un derecho autónomo a la concesión minera con independencia del terrero que usufructúe, por aquél será *concesionario*; pero al usufructo de minas sólo se puede llegar por un medio derivado, sucediendo al titular, originario a título singular o *universal*. En cuyaquier de estos dos supuestos se produce una laguna sobre el modo o intensidad del laboreo por el usufructuario de la mina. Puede servir la norma general del buen padre de familia que determina el art. 497, moderada por la explotación del propietario anterior (D. 7, 1, 9, 7), aplicando por analogía, las normas de la explotación forestal; como lo hace el párrafo 1:038, del BGB y el art. 771 del ZGB.

12. MUEBLES POR NATURALEZA. Conforme la economía patriarcal sobre la que nació el usufructo va avanzando, los bienes muebles se van incorporando con el tráfico al usufructo, bien como accesorio de los bienes raíces o con carácter autónomo. Se acrecienta la importancia de los muebles y en la actualidad ocupan un lugar destacado dentro del campo usufructuario.

La incorporación de los bienes muebles pronto demuestra la falta de aptitud de alguno de ellos para el cumplimiento de las obligaciones primordiales del usufructuario: la devolución de la cosa si su goce se confunde con el consumo. Esta antinomia en el usufructo, en

tre la obligación de conservar y la de devolver se ensancha a medida que aumenta la panorámica e irradia a nuevos objetos el campo del usufructo; pero el principio de que todas las cosas son aptas para el usufructo, creado por un senado-consulto, hace que nazca una institución paralela y accesoria del usufructo, llamado *quassi usus-fructus*. Esta institución jurídica se basa en la ficción de declarar hábil el goce extintivo de las cosas consumibles, contra su ley natural, olvidando la obligación de conservarlas, y sustituye su devolución por la de otras de igual cantidad o calidad, o su valor. Los romanos le dieron tratamiento conjunto con el usufructo, intitulándose posteriormente *cuasi usufructo*, tomárselo del siguiente texto de GAYO, D. 7, 5, 2: «*Sed remedio introducto coepit quassi usus-fructus haberí*». Este *cuasi* (casi) ha persistido sin romancear hasta nuestros días. Los nombres de las instituciones son muchas veces posteriores a la creación de las mismas, que fluyen de las necesidades de la vida, principal motor que impulsa la evolución jurídica..

13. EL CUASI USUFRUCTO. La ampliación panorámica del objeto del usufructo, producida principalmente después del Derecho romano, trae el desarraigó de los primitivos preceptos naturalistas e inicia una escisión en la unidad creada. Decía la I. 2, 4, 2: «*Mas constituyese el usufructo .. sobre las demás cosas, excepto aquellas que se consumen sobre el mismo uso. Porque tales cosas ni por razón natural ni por derecho civil admiten el usufructo .. porque en cierto modo se extinguén por el mismo uso en el cambio continuo. Pero por causa de utilidad decretó el Senado que también pudiera constituirse el usufructo de éstas cosas, con tal de que por tal título se dé al heredero suficiente caución*».

El origen unitario y filial del cuasi usufructo y su homonimia con el derecho real ha creado cierto confusionismo. A la palabra usufructo se le han atribuido semánticamente tres acepciones: la clásica que corresponde a su origen, no cabe el usufructo más que sobre cosas no consumibles, única posible con anterioridad al Senado-consulto, pues admiten el uso repetido; la justiniana, por la que se extingue el usufructo por la pérdida de la cosa—excluye a las consumibles—; y otra moderna, francesa, atribuida a POTHIER, sobre la obligación de conservar. La tercera no es cierta desde el punto de vista histórico ni jurídico, pues la hemos derivado de la obligación de devolver. Las otras, son dos facetas distintas de los elemen-

tos esenciales del usufructo, pero cuya acepción exclusiva a la una o a la otra es irrelevante, pues dice LA SERNA en su *Tratado de Derecho romano*: «En mi concepto es infecunda, y no me detengo a demostrarlo porque no altera en nada las doctrinas, cualesquiera que sea la interpretación que se adopte», acorde con la opinión de ORTOUÁN en las *Instituciones del Emperador Justiniano*, en las que leemos: «Así, en el sentido de los jurisconsultos romanos, disfrutar *salva rerum substantia* es disfrutar sin consumir. La controversia, por lo demás, carece de importancia. Se reconoce por una y otra parte que el usufructuario debe conservar la sustancia, y que el usufructo se destruye con la sustancia».

Explicada esta bizantina cuestión, hace falta hacer un paralelo entre estas dos instituciones jurídicas antagónicas, unidas en su nacimiento y extinción; la una, regulada como un derecho real, y la otra, interferida, con efectos traídos del campo de las obligaciones y cuya unidad se mantiene sólo lo indispensable, atendiendo a su distinta naturaleza. Su paralelismo es el siguiente:

Usufructo: no consumible, conservación, posesión.

Cuasi usufructo: consumible, disposición, propiedad.

Estos tres caracteres fundamentales, que son opuestos en una y otra institución, dan idea de la artificial unidad jurídica que les une, por la razón apuntada por PLANIOI, de que el cuasi usufructo nace *siempre* adherido al usufructo; aunque así no fuere, sirve para explicar aquel derecho parasitario.

14. EL CUASI USUFRUCTO SOBRE EL DINERO. La calificación jurídica del dinero, como bien consumible, a efectos del usufructo, lleva implícito su apartamiento de esta institución. Este criterio se debe en el Derecho romano a dos causas. En el pasaje citado anteriormente se dice: «el dinero contante, porque en cierto modo se extingue por el mismo uso con el cambio continuo» (I. 2, 4, 2); y en el D. 36, 3, 78, también se dice: «Si fueron dados en pago dineros ajenos ignorándolo su dueño o contra su voluntad, permanecen siendo de aquel de quien fueron; si hubieren sido mezclados, de suerte que no se pudieran distinguir, se halla escrito en los libros de GAYC que se hacen del que los recibió, de modo que al dueño le competería la acción del hurto contra el que los hubiese dado». Esta identidad que atenaza el concepto del dinero romano se refleja en

el usufructo, diciendo Gayo en D. 7, 5, 2: «Pero respecto al dinero conviene que debidamente se de caucion a quienes a cargo de quien se hubiera legado el usufructo de este dinero. Por cuyo Señado consulto no se hizo esto, que propriamente hubiera usufructo de la cantidad de dinero, porque la razon natural no se pudo alterar por la autoridad del Seriado, pero introducido este remedio comenzó a tenerse un quasi usufructo, de donde tomó el nombre (V: 12 in fine).»

Este anacrónico concepto del dinero perdura actualmente, sin que se haya revisado el concepto romano. La elaboración de éste responde igualmente a otro impacto del aristotelismo: la esterilidad del dinero. La primera fricción que inicia su ciclo evolutivo tiene lugar con la admisión en el Derecho romano del interés en el mutuo. A la vacuidad del dinero en la época feudal por su cerrada economía, cuando evoluciona en la época de las Cruzadas, que estableció el comercio con Oriente, vuelve a ponerse sobre el tapete el aspecto filosófico para determinar los límites de la usura. Señala VON MARTIN en la *Sociología del Renacimiento* cómo en esta época pierde importancia y prestigio la propiedad territorial, y el dinero es el instrumento de la nueva clase burguesa que nace con la época. Persiste la identidad del dinero, cuando casi ha desaparecido de la circulación el amonedado, y en el depósito su forma irregular, es frecuente en el depósito mercantil con la cuenta corriente bancaria; todavía se sigue diciendo que el dinero es cosa consumible, marcando una de las diferencias insuperables en relación con la clasificación de fungibilidad. Por ser estéril el dinero, como creía ARISTÓTELES, sin atenernos a la vida, que es uno de los motores que impulsan vitalmente al derecho, está proscrito como objeto del usufructo. Bien es verdad que el usufructo es un derecho familiar, donde las razones económicas no tienen el mismo impulso que impelle a las relaciones contractualés.

Mientras es corriente en otros Códigos la enumeración del dinero como objeto del usufructo, el nuestro, atisbando la cuestión, es más cauto y se vale de una perífrasis para nombrarle, diciendo en el art. 494, tomado la idea del francés: «Los capitales o sumas en metálico y el precio de la enajenación de los bienes muebles se invierten en valores seguros», solución que dispone en el caso de que el usufructuario que deba darla no preste fianza. Es corriente solución

nar por la doctrina esta postura legal alternativa diciendo que cuando se preste la *obligada*, la fianza se ha constituido un usufructo, y cuando falta ésta tenemos un cuasi usufructo; si se acepta esta tesis tendremos que la fianza es el elemento determinante de la calificación jurídica usufructuaria.

El cumplimiento de la obligación de devolver fué garantizado por el Derecho pretorio y luego absorbida, en forma normativa, por la fianza que asegura la obligación de devolver el *tantum den* del objeto del cuasi usufructo. Con lucha se va ampliando en la evolución del usufructo el campo de la remisión de la fianza y en la época de la codificación, al fallar esta base jurídica de la institución, evade el problema y variando el destino del dinero bloquea su importe, invirtiéndolo en valores seguros; en realidad, pensada o impensadamente, ha roto las amarras con la tradición y ha creado la ley un usufructo *sui generis*. El Código da una solución justa, terminando un ciclo económico. Al dinero estéril e inhábil para el usufructo lo lleva, a esta institución de rebote, cuando falte la *obligada*, fianza. En la alternativa evolución que se da entre la ciencia y la historia, tiene aquélla la palabra para determinar si sigue vigente el concepto de que el dinero es cosa consumible y no apto para ser objeto del usufructo mediamente.

En el campo económico es paralela, aunque más prematura, la evolución del concepto del dinero, al que, entre las funciones accesorias que se le otorgan, está la de servir de depósito de valor, que jurídicamente dentro del usufructo —derecho alimenticio— está en primer plano. Dice OLARIAGA en *El dinero*: «La función del depósito del valor del dinero hizo posible una concentración indefinida, de la riqueza ahorrada, y en forma líquida y disponible para ser convertida fácilmente en capital y hacer fructificar la producción, llevando de un modo rápido los auxilios necesarios a cualquier parte del mecanismo económico y haciendo aprovechable la mayor parte de cuanto antes se dedicaba a un estéril ahorramiento».

El carácter proteíco del dinero y la evolución del concepto de fianza señalan los hitos para reedificar al usufructo sobre aquél, que muchas veces, y así se indica en los resultados de alguna Sentencia, configurado por el testador sobre una suma de dinero que se ha de sacar de la herencia para constituir un depósito de valores, determinados o no.

15. · · · COSAS CONSUMIBLES O NO CONSUMIBLES. Si por la distinta naturaleza de las cosas corporales se ha llegado a la división entre el usufructo y el quasi usufructo, en la misma línea y con absoluta correlación se encuentra la clasificación de las cosas consumibles o no consumibles. Esta clasificación es netamente jurídica, concretamente usufructuaria, cuyo objeto es separar los objetos que caen dentro de cada una de las dos vertientes del disfrute de las cosas sienas: usufructo o quasi usufructo. El traer al campo del derecho clásificaciones creadas por la economía o la lógica confunde más que aclara el problema al pretender refundir los dintornos de ambas, por ser transmutativo el destino de determinados objetos. Dentro del anquilosado concepto del dinero como cosa consumible, los mismos romanos establecían una excepción, diciendo en el D. 7, 1, 28: «puede legarse el usufructo de las monedas antiguas de oro y plata, de las cuales se suele usar en lugar de piedras preciosas». Corrientemente se cita el caso de un libro, que puede ser venal cuando se disponga del mismo colectivamente. El criterio rector es teleológico, la consumibilidad depende del destino que haya de dársele al objeto; en última instancia, de la obligación de devolver *el mismo* a la extinción del usufructo o de restituir, finido éste, su valor u otro objeto equivalente.

Otra clasificación jurídica, a la que dió el nombre ULRICO ZASIO, según BARASSI, en el año 1500; es la de cosas fungibles o no; pero el Diccionario, que no trae la definición de consumible, dice de aquéllas son las «que se consumen o se gastan por el uso». Acentuando este juego de palabras, dijo IHERING, en su citada *Jurisprudencia*: «El que los clavos de hierro, las velas, la leña, etc., pertenecen a la categoría de cosas consumibles, verbi gratia, sería idea que, una vez adquirida, se gravaría indeleblemente en el espíritu de los instruidos por este método, mientras que yo recuerdo todavía de mis tiempos de estudiante una viva polémica que sostuve con un compañero, el cual afirmaba que aquellos objetos no podían clasificarse como consumibles, porque no es costumbre comer los clavos de hierro, ni leña, ni velas de sebo».

Ambos conceptos pertenecen a campos distintos, adaptándose el de fungibilidad en las obligaciones y contratos como cosas que pueden o no ser objeto del mismo, sin que su fusión y absorción por el usufructo pueda realizarse de momento mientras no se supere.

el concepto de dinero, que actualmente las distingue como principal obstáculo y se le dé un carácter ambivalente.

La fusión de ambos conceptos en el Derecho español tuvo lugar en el art. 383 del anteproyecto, tomándolo, según GARCÍA GOYENA, del Código holandés. A aquél le sigue el art. 337 vigente, con ligeras modificaciones de estilo, que van señaladas con letra cursiva. Dice así: «Los bienes muebles son fungibles o no fungibles. A la primera especie pertenecen aquéllos de que no puede hacerse uso adecuado a su naturaleza sin que se consuman; a la segunda especie corresponden los demás». La finalidad de este artículo, según el repetido portavoz de la Comisión del anteproyecto, era el servir de entrada a la distinción entre el comodato y el préstamo de consumo, como en el art. 1.892 del Código civil francés, concordante con nuestro art. 1.740 del mismo cuerpo legal. Hasta aquí era *correcta* la expresión, pero los excesos se cometieron realmente por lo sentado en el título del usufructo, en que indistintamente se usan las palabras *consumible* o *fungible*, tal vez llevados del confusionismo producido por un sector de la doctrina extranjera. Superada ésta, en la posterior elaboración del Código civil se expurga el usufructo y se suprime los términos fungibles deslizados a través del articulado del usufructo, y sólo se salva de esta sustitución una reminiscencia del primitivo texto del anteproyecto, el art. 499 *in fine*, en que persiste la referencia a las *cosas fungibles*, sin duda por inadvertencia.

La poda más importante se hace en los primeros artículos definitorios. La definición del usufructo en el anteproyecto, como ya dijimos, terminaba así: «salvo lo dispuesto en el art. 444», que fué omitido en la primera edición del Código y se sustituyó por un círculo en la segunda. Aquella referencia es de interés, pues este art. 444 del anteproyecto concedía los siguientes efectos al usufructo improPIO: «El usufructuario de *bienes fungibles* puede usar libremente de ellos y consumirlos, con la obligación determinada en el art. 449», que se refería a las genéricas de inventario y fianza. En su actual redacción, del cotejo de los textos se ve la influencia portuguesa, por no decir copia, de la que precisamente los distingue la cortina de humo que pone nuestro Código al vidrioso problema doctrinal de las diferencias entre consumibilidad y fungibilidad, según resulta de los textos legales siguientes:

En el Código civil portugués aparece el Código civil español en

Art. 2.209. Si el usufructo comprendiera *cosas fungibles*, podrá el usufructuario consumirlas; pero está obligado a restituir su valor terminado el usufructo, si esas cosas hubieren sido estimadas; si no lo fueran, podrá hacer la restitución con la entrega de otras del mismo género, calidad y cantidad o por el valor de ellas al finalizar el usufructo.

Art. 482. Si el usufructo comprendiera *cosas que no se puedan usar sin consumirlas*, el usufructuario tendrá derecho a servirse de ellas, con la obligación de pagar el importe del avalúo al terminar el usufructo si se hubiesen dado estimadas. Cuando no se hubiesen estimado, tendrá el derecho de restituirlas en igual cantidad y calidad, o pagar su precio corriente al tiempo de cesar el usufructo.

La ficción del usufructo impropio ha conculado el principio cardinal de idéntidad de la cosa, que servía de soporte a las obligaciones principales del usufructuario: la de conservar y restituir la cosa fructuaria. Esta se ha sustituido por la entrega de una cosa análoga, contra valor; ante la imposibilidad de devolver la originaria por su valor en cambio. La inherencia característica del usufructo sobre una cosa material puede sustituirse, en los casos que al derecho convenga hacer uso de ello, por una contraprestación, si se admite el neologismo. Esta posibilidad de los *usufructos subrogados* abre un nuevo campo al Derecho moderno; sucesivamente habremos de ocuparnos de ellos en este trabajo en su expansión legislativa o jurisprudencial. La expropiación o indemnización por incendio, por no referirnos más que a los dos supuestos legales, divide al usufructo en dos fases, a las que el dinero sirve de empalme, creando dos situaciones distintas. En la primera fase, recae sobre bienes raíces, y en la segunda sobre valores, pero sin que se altere la naturaleza del usufructo ni la interferencia del dinero — medio económico — le dé carácter de casi usufructo por la repercusión del carácter consumible de aquél. Por el contrario, algún sector de la doctrina francesa, cuando se trata del usufructo de un crédito, a la primera fase le llama usufructo, y casi usufructo al período posterior. La importancia que tiene la idea de *valor* en el concepto de sustancia ha sido señalado acertadamente por

GARCÍA VALDECASAS en la «Revista de Derecho Privado». Este nuevo concepto pone en crisis muchas de las conclusiones anteriores sobre la clasificación en la consumibilidad o no de las cosas, perfectamente encajable cuando se trataba de aplicarlas a las consueltas cosas materiales, pero que se esfuman al transportarlas a las cosas incorpóreas, que crean un usufructo híbrido, e indiferenciado jurídicamente, al que en cada situación se le ha de dar un tratamiento adecuado, bien preceda o subsiga a su forma primitiva.

La calificación jurídica usufructuaria, no es una cuestión académica por el diverso resultado que se obtiene de aquélla al aplicar la doctrina de los riesgos. En el usufructo, la cosa se pierde para el propietario, pero el caso fortuito no produce la extinción del derecho, ni libera al cuasi usufructuario de la obligación de restituir. También aparta al propietario de los engrosamientos que experimente el objeto, después de la entrega en el usufructo impropio.

16. "COSAS DETERIORABLES. En el reproducido art. 444 del anteproyecto, según el testimonio del portavoz GARCÍA GOVENA, fué rechazada una enmienda de éste sobre el usufructo de cosas deteriorables, que con cierta reticencia dice que no se reglamentó en Francia. Esta omisión, siguiendo la tradición romana—en la que no falta algún renuncio—, se salva en el proyecto tomándolo del art. 2.208 del Código civil portugués, diciendo su concordante, el art. 481 del nuestro: «Si el usufructo comprendiera cosas que sin consumirse se deteriorasen poco a poco por el uso, el usufructuario tendrá derecho a servirse de ellas empleándolas según su destino y no estará obligado a restituirlas al concluir el usufructo, sino en el estado en que se encuentren; pero con la obligación de indemnizar al propietario del deterioro que hubieran sufrido por el dolo o negligencia».

Las razones de este precepto, con la evolución de la vida, van perdiendo la razón de su vigencia, pues si los vestidos de la viuda pudieron ser, dentro del prototipo vidual romano, una de las causas determinantes de la relajación de la obligación de restituir, que se realiza simbólicamente, con criterio más generoso dispone el artículo 1.420: «No se incluirán en el inventario los efectos que constituyan el lecho de que usaban ordinariamente los esposos. Estos efectos, así como las ropas y vestidos de uso ordinario, se entregarán al que de ellos sobreviva».

La introducción de este tercer término, dentro de la dicotomía romana; de bienes consumibles o no consumibles; que la convierte aparentemente en tripartita, no llega a tener autonomía, pues se trata de una simple ficción que crea un *subgrupo de las cosas no consumibles*. Esta incertidumbre romana se refleja por el contraste del pasaje citado anteriormente (V. 6. a.) con los siguientes: «Si se hubiere legado el usufructo de un vestido—escribió POMPONIO—, que aunque el heredero haya estipulado que finido el usufructo se devuelva el vestido, no se obliga sin embargo el prometedor si con dolo malo no lo hubiera devuelto muy deteriorado» (D. 7, 9, 9, 3), y cuya antítesis resuelve la I. 2, 4, 2, diciendo: «excepto aquellas cosas que se consumen por el mismo uso... Porque tales cosas, ni por razón natural ni por derecho civil, admiten el usufructo, en cuyo número están... los vestidos».

Por consiguiente, hay que rechazar este término de cosas deteriorables, que rompe la clasificación de las cosas en consumibles o no, y considerarlo como una moderación de la obligación de conservar y de restituir determinados objetos no consumibles, por definición legal, dentro de la tradición y en sentido restrictivo del marcado por la voluntad del constituyente o su propio destino.

17 SEMOVIENTES. La clasificación romana tripartita de los bienes, abandonada en el campo de la doctrina, está implícita en el usufructo, en el que perdura esta nueva reminiscencia romana al concederle el art. 499 un tratamiento singular al usufructo sobre ganados, de la siguiente forma: «Si el usufructo se constituye sobre un rebaño o piara de ganados, el usufructuario estará obligado a reemplazar con las crías las cabezas que mueran anual y ordinariamente o que falten por la rapacidad de los animales dañinos.—Si el ganado en que se constituye el usufructo pereciere del todo, sin culpa del usufructuario, por efecto de un contagio o de otro acontencimiento no común, el usufructuario cumplirá con entregar al dueño los despojos que se hubiesen salvado de esta desgracia.—Si el ganado pereciere en parte, también por un accidente, y sin culpa del usufructuario, continuará el usufructo en la parte que se conserve.—Si el usufructo fuera de ganado estéril, se consideraría en cuánto a sus efectos como si hubiera sido constituido sobre una cosa fungible».

Del contexto del anterior artículo resulta una clasificación legal,

según que se constituya el usufructo sobre ganado de vientre destinado a la reproducción, en que la persistencia e identidad de las cabezas, de vida, normalmente más corta que el usufructo, se sustituye por el de un número igual de cabezas necesarias para mantener el rebaño, del que, como decía GARCÍA GOYENA, abandonaba las antiguas normas que determinaban el número de cabezas que se necesitaban para integrarlo. Cuando se trate de ganado estéril, dentro del que considero al de tiro o de labor, llamado de vida, se constituye un quasi usufructo, pues el fructuario se obliga a devolver un número igual de cabezas prescindiendo de la sucesión, que no es su finalidad. Tanto en el antiguo Código italiano, que hacía referencia a los animales que constituyan la dotación de un fundo, como en el antiguo de Venezuela, cuando se trate de animales colocados en un fundo y destinados al consumo, en ambos se considera como usufructo impropio, en méritos a su accesoriedad, del usufructo principal sobre el fundo, sentido que tiene nuestro Código al hablar del ganado estéril.

La ascendencia romanista del Código civil, con la influencia del francés en cuanto a la sistemática, del que somos tributarios, trae el inconveniente de que su redacción acoplada al título de *obligaciones del usufructuario*, elimina el derecho a las crías o madres remanentes. Como síntesis de la doctrina romana, en la I. 2, 1, 38, se dice así: «Mas si alguno tuviera el usufructo de un rebaño, debe el usufructuario reponer las crías en el lugar de las cabezas muertas, como pareció a JULIANO». La opinión de JULIANO, que con más extensión está referida en el D. 7, 1, 70, 1, ha ganado singular fortuna por haber servido esta norma sobre atribución de crías para explicar el usufructo. Nos referimos a la explicación atomística del usufructo cuando recae sobre una universalidad de cosas, que se descompone en tantos usufructos como objetos formen la unidad. El referido texto del *Corpus* decía: «Pero pregúntase de quién sea lo que nace ínterin se sustituyan o suplan las cabezas que murieron. Y escribe JULIANO en el libro trigésimo quinto del Digesto, que queda en suspenso su dominio, para que si se sustituyeran sean del propietario; si no se sustituyeran, del usufructuario, cuya opinión es verdadera», opinión que se recoge de ULPIANO.

Las nociones arcaicas sobre pérdida por rapiña o por contagio, sin aludir, como hace algún Código suramericano, a las epizootias,

y a los efectos del incumplimiento de las normas de derecho público en el derecho privado, demandan un concepto más estricto de las obligaciones del usufructuario atendiendo a los usos corrientes en una explotación pecuaria.

18. USUFRUCTO DE DERECHOS. La formación inmobiliaria del usufructo a escala romana, a consecuencia del acuerdo del Senado, se expandió a todos los bienes, y por extensión se han ido desenvolviendo los principios jurídicos originarios cuando no siempre aquéllos convenían a la distinta naturaleza. Actualmente entiendo que se puede también seguir el camino contrario: partir de la naturaleza del derecho para estudiar su usufructo, creado por una extensión legal. Dice OERTMAN en *Introducción del Derecho civil*: «El Código entiende por cosa, de acuerdo con el Derecho rectamente interpretado, aunque en contradicción con el Derecho prusiano, que amplió mucho el concepto, solamente los *objetos corporales*. Y, en efecto, la extensión del concepto de cosa a todo lo que puede ser *objeto* de un derecho y de una obligación no harían más que ampliar su ámbito a costa del contenido y convertir aquél en un concepto casi sin valor alguno... Tampoco implica la extensión del concepto de cosas a objetos no corporales el hecho de que el Código... incluya el *usufructo* y la prenda sobre los créditos, es decir, sobre objetos incorpórales. Ello no significa que el crédito sea cosa, ni en modo alguno va contra la construcción del concepto, habiéndose limitado la ley a tratar unitariamente la materia del usufructo y la de la prenda, en atención a la íntima conexión entre todos los casos pertenecientes a cada una de ellas, incluyendo los respectivos tratados en la parte del sistema a la que corresponderían los casos más importantes y más simples de las indicadas materias». El usufructo sobre una cosa inmaterial se nos presenta como un derecho bifronte; en su lado activo es un derecho real, pero continuando con su naturaleza obligatoria desde el punto de vista del deudor, puntos de mira que es necesario ensaniblar.

Estas dos vertientes jurídicas, la una obligante y la otra real, harán de unirse por medio del mimetismo jurídico del usufructo, que representa el derecho flexible ante la especial situación del contrato o la propiedad, hacienda mercantil o propiedades especiales que grava, tanto más intangible por la absorción cuando se trate del

usufructo de un crédito, en que la persona del deudor es extraña a la relación interna usufructuaria.

El carácter complementario de los conceptos de sustancia y frutos requiere adelantar primeramente el concepto de éstos para aplicarlos al usufructo de derechos, donde conjuntamente estudiaremos el concepto de sustancia y frutos en las cosas incorporables, siguiendo el orden de su formación histórica y doctrinal. «También en este supuesto usufructo de derechos, dice HEDEMANN, la total relación está subordinada a la separación entre sustancia y provecho. Sino que siendo la sustancia, conforme al significado primario que se da a esta palabra, algo corporal, para dar sentido aquí a este distingue se necesita acudir de nuevo a cierta intelectualización.» Esto produce el que la extinción de una relación jurídica no siempre produce la pérdida de la sustancia, sino, como dicen los Códigos de Guatemala, art. 1.333, y 984, de Méjico, cuando el capital se redima se volverá a imponer a satisfacción del propietario y del usufructuario. Esta comutabilidad del usufructo de derechos es el carácter esencial y el *valor* como medio, lo que hace pervivir al usufructo, que en cada momento recae sobre una relación preconstituida o creada con posterioridad al derecho real originario.

Las diferencias de este particular en el derecho positivo son muy acusadas como derecho en formación, y no dejan de existir impugnadores tan calificados como WOLFF en *Derecho de cosas* al decir que quien califica de usufructo sobre el valor de la cosa, no hace sino describir su función económica. «Esto es cierto si, como se dice, «si lo pagado es cosa consumible, es, por ejemplo, dinero, el usufructuario adquiere su propiedad con el deber de indemnizar su valor. Solución que no se da en nuestro Código».

En el nuestro, por su mayor flexibilidad, permite el llegar a otras soluciones, aunque de forma subsidiaria, pues inicia un avance para la busca del concepto de sustancia en el usufructo sobre derechos, una vez superado el concepto jurídico-material de consumibilidad y el económico de esterilidad del dinero, concediendo a éste la función que desempeña en la vida real de vehículo para reconstituir otra relación jurídica redituable como *objeto del usufructo*. Vitalizando el punto muerto en que había quedado en el usufructo el concepto del dinero y considerándolo como representación de la relación jurídica primitiva, debe admitirse la posibilidad de generar otra nue-

va relación redituable que subrogue a la del usufructo primitivamente constituido.

En resumen, para terminar esta parte del trabajo, podemos afirmar con FADDA y BENSA: «el concepto de cosa es progresivo, como lo son las necesidades humanas». La evolución del concepto del usufructo a través de estas nuevas aportaciones económicas produce un movimiento de reajuste de las primitivas disposiciones sobre las cosas corporales, paradigma del usufructo. La materialización que sufren los derechos al pasar a ser objeto del derecho real le conceden corporeidad, al propio tiempo que el usufructo, por su *adherencia*, se espiritualiza.

El sentido secular del usufructo, con una unidad de formación continental proyectada a las naciones americanas, sorprende aparentemente por la persistencia y la lentitud de su formación. En esto también se puede ver la causa de su grandeza, pues como dice IHERING en *El espíritu del Derecho romano*: «Cuando más fácil, rápida y copiosa es la producción del derecho de un estado y más débil su fuerza moral, más menguada es esta producción; y a medida que es más pródigo el intervalo entre la concepción y el nacimiento y más largos y penosos los dolores del parto, más sólido y robusto es el fruto que nace».

JOSÉ LATOUR BROTÓNS

Fiscal de ascenso y excedente en el Cuerpo
de Letrados del Ministerio de Justicia