

este derecho no se perderá ya por el no uso: *nisi talis exceptio usufructuario opponatur, quae etiamsi dominium vindicaret, possit eum praesentem vel absentem excludere*. Pero no adoptamos esta interpretacion. Creemos que no está en armonía con la naturaleza de las servidumbres rurales, pues siendo discontinuo el ejercicio de éstas, puede haber cesado del todo y desde mucho tiempo ántes, sin que haya ningun hecho contrario por parte del propietario de la herencia sirviente. Hay más: Justiniano habla expresamente, para la pérdida por el no uso, de la prescripcion por diez años contra presentes, ó de veinte contra ausentes (1). Luego la interpretacion que quiere darse á las expresiones de su constitucion acerca del usufructo haria casi imposible la aplicacion de esta prescripcion, y á ella sustituiria en realizar la prescripcion de treinta años, sin distincion de ausencia ni presencia: en efecto, si se quiere tomar de este modo literalmente esta expresion: *nisi talis exceptio*, etc., será forzoso decir que se necesita, no sólo que el propietario del fundo sirviente haya hecho un acto contrario á la servidumbre, sino tambien que lo haya hecho de buena fe y en virtud de un justo título, porque todo esto sería necesario si se tratase de dominio. De esta manera se toca en lo imposible, salvo en dos casos excepcionales: 1.º Aquel en que un tercero hubiese adquirido y poseído de buena fe el fundo sirviente, como franco y libre de la servidumbre. 2.º Aquel en que el propietario del fundo sirviente hubiese adquirido de buena fe la libertad de un tercero á quien creia propietario del fundo dominante: es decir, que en realidad la verdadera prescripcion de las servidumbres por el no uso sería la de treinta años, por medio de la que quedaria extinguida la accion en vindicacion de la servidumbre, sin distincion entre ausentes ni presentes, sin necesidad de buena fe ni de causa justa de libertad; pero siempre con la diferencia que necesariamente supone la naturaleza de las cosas, entre las servidumbres urbanas, cuyo ejercicio es continuo, y las servidumbres rurales, que no tienen por lo general más que un ejercicio discontinuo (2). Éste puede ser muy bien un sistema de legislacion, y casi es el mismo que ha adoptado nuestro código civil (3); pero no es el de las constituciones

(1) «*Censuimus, ut omnes servitutes non utendo amittantur, non bienio, quia tantummodo in rebus annexae sunt, sed decennio contra praesentes, vel viginti spatio annorum contra absentes.*» (Cod. 3. 34. 13.)

(2) Cod. 7. 39. 3.

(3) Cod. civ., arts. 706 y 707.

de Justiniano, que hablan positivamente del no uso, por diez años contra presentes y veinte contra ausentes, sin decir nunca una sola palabra especial acerca de la prescripcion por treinta años. Todos estos motivos nos hacen creer con toda seguridad que la frase de Justiniano sólo se refiere al tiempo de la prescripcion, y no á las demas condiciones exigidas para la adquisicion del dominio. Pero lo que todavía es más decisivo á propósito de las servidumbres prediales, es que Justiniano dice en todas partes en sus nuevas constituciones que aquéllas se extinguirán *non utendo*. En fin, la hipótesis sentada y la solucion dada por el Emperador, en su constitucion 14, contradicen, radicalmente en nuestro concepto y sin réplica, la opinion que nos negamos á adoptar (1).

Hay ademas otros casos ménos importantes que pueden hacer cesar las servidumbres, como, por ejemplo, si están establecidas de un modo definitivo ó por personas cuyos derechos están resueltos (2).

TITULUS IV.
DE USUFRUCTU.

TÍTULO IV.
DEL USUFRUCTO (3).

Pasamos á tratar de las servidumbres personales (*servitutes personarum*), en las cuales el derecho aislado de la propiedad no lo está para aumentar el recreo ó la utilidad de un fundo, sino en ventaja especial de una persona á la que aquél pertenece. A diferencia de las servidumbres reales, las servidumbres personales se aplican á las cosas muebles lo mismo que á las inmuebles; sólo consisten en sufrir; no todas son indivisibles; así, pues, el usufructo, que consiste principalmente en la percepcion de los frutos, objetos capaces de division, puede ser adquirido ó perdido en parte, siendo así que no sucede lo mismo con el uso, que se considera indivisible (4).

(1) Cod. 3. 34. const. 13 y 14. Sin embargo, ésta es la opinion adoptada por mis compañeros, M. DUCAUROY (*Instit. nuev. expl.*, t. 1, p. 345, n. 438), y M. PELLAT (*De la propiedad y del usufructo*, p. 168).

(2) D. 8. 3. 11. § 1. f. Marcel.

(3) Véase en esta materia especial el tratado de nuestro compañero M. PELLAT, intitulado: *De la propiedad y del usufructo*. Paris, 1837, folleto 8.º

(4) D. 7. 4. 14 y 25. f. Pomp.—*Fructi quidem pro parte possumus: uti pro parte non possumus.* (D. 8. 19. f. Paul.)

Parece que estas servidumbres no fueron introducidas en la legislación romana sino después de las servidumbres de herencias, y que no se metodizaron en ella sucesivamente. Así es que nada indica en los fragmentos de las Doce Tablas ni en los escritos posteriores su existencia en aquella época primitiva. Nos consta por los escritos de Ciceron, que en su tiempo estaban establecidos el usufructo y el uso; que los juriscultos discutian tambien si los hijos de una esclava estaban ó no comprendidos en el número de los frutos; que se conocia aún el cuasi-usufructo de las cosas de consumo (1). Un senado-consulta posterior introdujo este cuasi-usufructo. En fin, se colocó más adelante entre las servidumbres personales el derecho de habitacion y el de servicios. Los recordaremos sucesivamente.

Usufructus est jus alienis rebus utendi, fruendi, salva rerum substantia. Est enim jus in corpore, quo sublato, et ipsum tolli necesse est.

El usufructo es el derecho de usar de las cosas de otro, y de percibir sus frutos sin alterar la sustancia de ellos; porque es un derecho sobre un cuerpo, y si el cuerpo se destruye, queda necesariamente destruido el derecho.

El usufructo, que es la más importante de todas las servidumbres personales, se trata con mucha extension en el Digesto. Los comentadores de Gayo, las reglas de Ulpiano y las sentencias de Paulo, nos presentan tambien pasajes relativos á él; por último, los fragmentos del derecho romano descubiertos por M. Mai en la biblioteca del Vaticano contienen un título relativo á esta materia (2).

Son notables en la definicion que da nuestro texto las palabras *utendi* y *fruendi*, que indican todos los derechos que comprende el usufructo (el uso y los frutos); las palabras *rebus alienis*, porque el usufructo no puede existir sino sobre las cosas de otro (*nemini res sua servit*); y en fin, las expresiones *salva rerum substantia*, que están tomadas en dos diferentes sentidos. En efecto, algunos juriscultos las consideran como relativas á la duracion del usufructo, y las traducen de este modo: *El derecho de usar y de disfrutar mientras dura la sustancia*; otros, como relativas á los de-

(1) Cicero. *De finib. boni et mali*, lib. 1, cap. 4.—Id. *in Topicis*.

(2) Dig. lib. 7, tit. 1 y sig.—Gay. 2. §§ 30 y sig.—Ulp. Reg. 24. §§ 26 y 27.—Paul. Sent. 2. §§ 17 y sig.—Vaticana J. R. Frag. tit. 2. *De usu et fructu*. Themis, t. 5; y BLONDEAU, *Jus antiquo-romanum*, p. 336, § 41 y sig.

rechos del usufructuario, y las traducen así: *El derecho de usar y de disfrutar..... sin alterar la sustancia*. Esta última interpretacion me parece la preferible y que debo adoptar; las palabras del texto, en mi dictámen, son casi equivalentes á estas: *Jus utendi, fruendi, sed non abutendi* (1).

El dominio, en oposicion al usufructo que ha sido separado de él, se llama con frecuencia entre los romanos *nuda proprietas*, y en frances *nue propriété*.

Veamos ahora cuáles son los derechos y las obligaciones del usufructuario y del propietario.

El usufructuario tiene el *jus utendi*; y no puede darse aquí una teoría más sana y más lógica que la que ha sido presentada en Alemania por M. Thibaut, y por M. Ducaurroy entre nosotros (2). El *jus utendi* no es, como habian dicho los comentadores hasta

(1) La primera interpretacion, apoyada en Teófilo, fué dada en otro tiempo por Gifanio, y generalmente desechada. Mr. Ducaurroy la ha reproducido con nuevos motivos en la *Thémis* (t. 1. p. 260), y en las *Institutas explicadas* (t. 1. p. 333). Se profesa en la escuela, y Mr. Varnkenig la ha adoptado en sus comentarios del derecho romano (n. 300, t. 1. p. 438). A pesar de estas autoridades, hé aquí las razones que no me permiten admitirla. Se fundan en dos motivos principales: 1.º En el *est enim* que enlaza la primera frase con la segunda. Este enlace no está rigorosamente justificado, es preciso confesarlo, con el sentido que yo adopto; pero veámoslo con el otro. Este aligismo: *todos los animales son hombres, porque todos los hombres son animales*, parece ridículo; ¿no haria un raciocinio enteramente igual el texto si dijera: *el usufructo dura tanto como la sustancia, porque se destruye si la sustancia se destruye*? La segunda proposicion es verdadera, pero la primera es completamente falsa. Es preciso, pues, conocer en el *enim* una de esas conjunciones tan comunes en la lengua latina, y especialmente en las *Institutas*, y en las que por lo ménos las dos terceras partes de los párrafos empiezan con *autem*, *tamen*, etc., y en las que podríamos citar muchísimos ejemplos, como el lib. 1. tit. 10. § 1; tit. 13. § 3; tit. 24. pr., lib. 2. tit. 1. § 25, y tantos otros, en los que los *ergo*, *itaque*, *tamen*, no tienen absolutamente sentido alguno. La duda desaparece si se reflexiona que estas dos frases forman en el Digesto dos leyes diferentes (7. 1. 1 y 2), y están tomadas la una de Paulo y la otra de Celso, que se han reunido, aunque mal.—2.º El segundo motivo se apoya en el *ne tamen* del § 1. Este *tamen* es de la misma naturaleza que los que hemos citado; ni aquí ni en el Digesto (7. 1. 3. § 2.) hay ninguna conexcion con el párrafo precedente. Por lo demas, la frase está sacada de un tercer jurisculto, Gayo. Expresa la reflexion natural de que el usufructo, siendo el *jus utendi, fruendi*, haria inútil la propiedad si estuviese siempre separado de ella. Pero ¿está en la esencia del usufructo durar tanto cuanto dura la sustancia de las cosas, ó sólo es por correctivo el hacerlo extinguir ántes? Ó más bien, ¿no está en la esencia del usufructo, servidumbre personal, acabar con la persona para la que estaba establecido? ¿Para qué se da una falsa definicion del usufructo, si es preciso corregirla al instante?—En fin, prescindiendo de todas estas razones, me parece que un pasaje de Ulpiano demuestra por sí solo cuál era el sentido dado aquí á las palabras *salva substantia*. «El usufructo puede establecerse, dice este jurisculto, sobre cosas de que no es posible disfrutar *salva rerum substantia*; pero no respecto de aquellas que se consumen por el uso, como el vino, el aceite..... etc.» (Ulp. Reg. tit. 24. §§ 26 y 27.) Así en el sentido de los juriscultos romanos, disfrutar *salva substantia* es disfrutar sin consumir.—La controversia, por lo demas, 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.

(2) THIBAUT, *Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts*. (Ensayos sobre algunas partes especiales de la teoría del derecho.) Jen. 1798-1801 y 1817, 2 vol. en 8.º 1. 3.—DUCAURROY, *Thémis*, t. 1. p. 263-265. 1819.—*Institutas explicadas*, t. 1, p. 348 y sig.—Esta teoría está actualmente establecida tanto en Alemania como entre nosotros.

nuestros días, el derecho de percibir los frutos, circunscripto por la necesidad. Es un derecho particular y muy distinto, que consiste en sacar de la cosa toda la utilidad que pueda proporcionar, sin tomar ningun producto de ella ni alterar su sustancia. De esto procede el derecho de habitar la casa, de vivir en el fundo rural, de ejercer las servidumbres de simple uso que se le deben, de emplear los bueyes y los caballos en la labor y en todos los trabajos para que son propios, los barcos en la navegacion, etc. (1).

El usufructuario tiene ademas el *jus fruendi*, es decir, el derecho de percibir todos los frutos de la cosa (2). En este lugar importa determinar lo que se entiende por frutos. Son, nos dicen muchos textos, *quidquid in fundo nascitur, quidquid inde percipitur* (3). Sin embargo, en realidad sólo se colocan en la clase de frutos los objetos que la cosa está destinada á producir; así los que son un resultado ó accesorio accidental, como el aluvion, la isla nacida cerca del fundo (4), el tesoro (5), y el legado hecho al esclavo (6), no pertenecen al usufructuario. Por una razon casi semejante, al hijo de una esclava, como hemos visto, no se le coloca entre los frutos; del mismo modo no se consideran como frutos los objetos que son más bien una parte de la cosa que un producto ordinario de ella; tales son los bosques no destinados á ser cortados; el usufructuario no adquiere los árboles que mueren ó que arranca la violencia de los vientos, miéntras que recoge el producto de los árboles cortados (*silva caedua*) (7).

El usufructuario puede ejercer por sí mismo su derecho, ó bien

(1) Dig. 7. 8. fr. 2 y 10. § 4. Ulp.—D. 7. 1. 15. § 7.—7. 6. 1. pr. y § 1.—8. 5. 2. § 2. f. f. Ulp.—D. 7. 8. 12. §§ 3 y 4. f. Ulp.—D. 7. 1. 12. § 1. f. Ulp.—El *jus utendi* es una fraccion tan pequeña del *jus fruendi*, que el que tiene éste integramente, está tambien obligado á introducirse en él por todo lo que es necesario al cultivo y recoleccion de los frutos. Esto es lo que nos dice Florentino (D. 7. 1. 42). Es verdad que muchas veces se dice entre los romanos *uti*, por obtener una utilidad cualquiera, ya en frutos, ya de otro modo; pero entónces se emplea esta palabra en una acepcion general.

(2) D. 7. 1. 7. p. f. Ulp.

(3) D. 7. 1. 9. p. f. Ulp., y 59. § 1. f. Paul.

(4) D. 7. 1. 9. § 4. f. Ulp.

(5) D. 24. 3. 7. § 12. f. Ulp.

(6) Inst. 2. 9. § 4.

(7) D. 7. 1. 9. § 7 y f. 12. pr. Ulp.—Puede solamente usar de estos árboles para sus necesidades domésticas y el mantenimiento del edificio. Respecto de las canteras, minas, etc., véanse las leyes D. 7. 1. 1. 9. §§ 2 y 3. l. 13. § 5.—D. 23. 5. 18.—24. 3. 7. §§ 13 y 14, que en último resultado conceden al parecer los productos al usufructuario.—Todo lo que aquí vemos nos prueba que la descomposicion ordinaria que se hace del dominio en *jus utendi, fruendi et abutendi*, no es, como dejamos dicho, completamente exacto; así pues, despues de haber separado de él para el usufructuario el *jus utendi et fruendi*, le queda al propietario no sólo el *jus abutendi*, sino tambien el derecho de adquirir todos los accesorios que no pertenecen á la clase de frutos.

vender, alquilar y ceder gratuitamente el ejercicio de este derecho en todo ó en parte (1). Si alquila la cosa cuyo usufructo le pertenece, el precio que se paga por el alquiler reemplaza para él la utilidad ó los frutos de la cosa; esto es lo que se llama frutos civiles.

Es indispensable advertir que el usufructuario no tiene la propiedad de los frutos, sino sólo el derecho, exclusivamente afecto á su persona, de recogerlos ó de hacerlos recoger; esto es lo que hemos visto (2). De esto se sigue que todavía no es propietario de los frutos que naturalmente han caido del árbol, pero que no han sido recogidos; ni de los frutos cogidos por otros, que no sean él mismo ó los que le representan; por ejemplo, un ladron (3). Tambien se sigue de esto que los frutos no percibidos en el momento de su muerte no pasan á sus herederos, sino que permanecen siendo del propietario. Y recíprocamente, si al principio del usufructo existen frutos en las ramas ó en las raíces, el usufructuario tiene derecho á percibirlos (4). ¿Qué se deducirá en este punto relativamente á los frutos cogidos ántes de su madurez? No hay contra él ni contra sus herederos ninguna accion en este asunto, siempre que los hubiese cogido sin intencion de fraude, y como un buen padre de familia (5). ¿Y qué decidiremos tocante á los frutos civiles? Los textos no están bien terminantes en esta materia, pero parece que de ellos resulta que se adquieren día por día, cuando se trata, por ejemplo, de los alquileres de una casa, del trabajo de un esclavo, de una acémila; pero que cuando estos alquileres son representacion de frutos naturales, como en el arriendo de un fundo rural, no se deben al usufructuario sino cuando las cosechas se han recogido en vida suya (6).

El usufructuario debe gozar del usufructo como un buen padre de familia (*quasi bonus pater familias*) (7). Por esto no debe esta-

(1) D. 7. 1. 12 § 2. f. Ulp.

(2) Inst. 2. 1. § 26.

(3) D. 7. 4. 13. f. Paul.—7. 1. 12. § 5. f. Ulp.—Es muy diferente en esto del poseedor de buena fe, que á vista de terceros es considerado como propietario de los frutos desde que han caido. Así el usufructuario no tendria contra el ladron la *rei vindicatio* ni la *conditio furtiva*, que sólo se conceden al propietario, sino únicamente la *actio furti*, como interesado en que no se verificase el robo.

(4) D. 7. 1. 27. pr. f. Ulp.

(5) D. 7. 1. 48. § 2. f. Ulp.—23. 2. 42. f. Javol.—Por ejemplo, las aceitunas, porque dan un aceite más exquisito; el heno para que sea más fino; las naranjas para exportarlas.

(6) D. 7. 1. 26. f. Paul.; 58. f. Scevol.

(7) Inst. 2. 1. 38.

blecer en la casa una posada, baños públicos, un taller, si no estaba destinada á estos usos (1). No debe desnaturalizar los empleos de los esclavos, haciendo, por ejemplo, un panadero de un músico, un mozo de baños de un comediante (2). Debe, como hemos visto, reemplazar las viñas y los árboles frutales que mueren, y emplear el aumento del ganado en sustituir las cabezas que falten. No tiene el derecho de alterar la sustancia de las cosas (*salva substantia*). Pero ¿qué se entiende por sustancia? Física ó metafísicamente hablando, sería muy difícil dar un sentido exacto á esta palabra bastante vaga, que es derivada de *sub stare*; pero en derecho, en la materia que nos ocupa, significa lo que es lo principal, el carácter esencial en la manera de ser de la cosa; por esta razón no sólo no tiene el usufructuario el derecho de destruir (*abuti*), sino que ni aun podría edificar sobre el terreno cuyo usufructo posee; variar los edificios, transformar un verjel ó un jardín de recreo en una huerta, ni al contrario (3).

El usufructuario está obligado á costear las reparaciones de mantenimiento (*modica refectio*), y los impuestos ú otras cargas que pesan sobre los frutos (4).

En fin, el derecho pretoriano le obliga á dar, ántes de entrar en posesion, satisfaccion de que gozará del usufructo como un buen padre de familia, y que restituirá al fin de aquél lo que quede de la cosa: «*Usurum se boni viri arbitrato: et cum usufructus ad eum pertinere desinet, restitutum quod inde extabit.*» Un título del Digesto está consagrado á esta satisfaccion (5).

1. Usufructus a proprietate separationem recipit, idque pluribus modis accidit. Ut ecce, si quis usumfructum alicui legaverit: nam heres nudam habet proprietatem, legatarius vero usumfructum. Et contra, si fundum legaverit, deducta usufructu, legatarius nudam habet proprietatem, heres vero usumfructum. Item, alii usumfructum, alii, deducto eo, fundum legare potest. Sine

1. El usufructo está separado de la propiedad; y esta desmembracion se hace de muchas maneras: por ejemplo, si el usufructo está legado á alguno, porque el heredero tiene la mera propiedad, y el legatario el usufructo. Y recíprocamente, si un fundo es legado, deducido el usufructo, entónces tiene el legatario la mera propiedad, y el heredero el usufructo. Tambien se puede legar á uno el usufructo, y á otro la propiedad, deducido aquel usufructo.

(1) D. 7. 1. 13. §§ 89 y 27. § 1. f. Ulp.

(2) D. 7. 1. 15. § 1 y sig.

(3) D. 7. 1. 7. § 1.; 8. 13. § 4., etc., f. f. Ulp.

(4) D. 7. 1. 7. § 2. f. Ulp.

(5) D. 7. 9. 1. y sig.

testamento si quis velit usumfructum alii constituere, *pactionibus et stipulationibus* id efficere debet. Ne tamen in universum inutiles essent proprietates, semper abscedente usufructu, placuit certis modis extingui usumfructum, et ad proprietatem reverti.

Si alguno quiere, sin testamento, establecer un usufructo, es preciso que lo haga por *pactos* y *estipulaciones*. Pero como la propiedad habria sido completamente inútil si el usufructo se segregase siempre, se ha querido que el usufructo se extinga y que se reuna de muchos modos á la propiedad.

Este párrafo se refiere á los modos con que se constituye el usufructo. Gayo, Paulo, y sobre todo los fragmentos del Vaticano, suministran sobre este punto nociones preciosas del antiguo derecho (1). Ya en parte las hemos expuesto más arriba, al tratar del establecimiento de las servidumbres: sólo nos falta añadir algunas ligeras consideraciones.

Es preciso establecer desde luégo la distincion entre dar y deducir el usufructo (*dare, deducere usumfructum*). Darlo es transferirlo á alguno, reteniendo la mera propiedad; deducirlo es, por el contrario, dar la mera propiedad á alguno, reteniendo el usufructo.—Los legados, los pactos y las estipulaciones son los medios indicados por el texto para establecer el usufructo: es preciso añadir la adjudicacion y la ley en ciertos casos.

Respecto á los legados, sólo añadiremos al texto algunas observaciones. La primera, que era el medio más usado y más favorablemente interpretado para el establecimiento de las servidumbres personales (2).—La segunda es que en tiempo de Justiniano, por regla general, cualesquiera términos en que el legado se hubiese hecho, transferia siempre el usufructo como derecho real, sin ninguna cuasi-tradicion (3).—La tercera, que en esta especie de legados no habia intervalo entre lo que se llamaba el *dies cedit* y el *dies venit*; es decir, entre el momento en que el derecho eventual al legado se hallaba fijado en beneficio del legatario (*dies cedit*), y aquel en que el legado era exigible (*dies venit*). Así, en los legados ordinarios, el derecho eventual al legado se adquiria y fijaba en beneficio del legatario por punto general desde el dia de la muerte, no siendo exigible sino desde el dia de la adición de la herencia. En los legados de usufructo no se fija el derecho (*dies*

(1) Gay. 2. §§ 31 y sig.—Paul. Sent. 3. 6. §§ 17 y sig.—Vatic. J. R. Fragm. §§ 41 y sig.

(2) Ulpiano y Paulo sólo tratan del usufructo con ocasion de los legados; un título del Digesto está destinado al legado de usufructo. (D. 33. 2.)

(3) Inst. 2. 20. § 2.

cedit) hasta que es exigible; porque, según dice Ulpiano, no hay usufructo sino cuando alguno principia á poder disfrutar, es decir, en general á la adición de la herencia (1). El efecto principal del *dies cedit* en los legados ordinarios es de hacer el derecho eventual transmisible á los herederos; este efecto no puede realizarse en el usufructo, que es un derecho exclusivamente personal; pero muriendo el usufructuario después del *dies cedit* trasmite á sus herederos lo que ha adquirido, es decir, el derecho que recobra sobre los frutos percibidos desde aquel día hasta su muerte. El *dies cedit* conserva además su importancia en otros muchos puntos que explicaremos al tratar de los legados; principalmente en la determinación de las cosas que deben componer el legado.—En fin, nuestra cuarta observación recae sobre estas palabras del párrafo: *Item alii usumfructum, alii deducto eo fundum legare potest.* Se explican por una ley del Digesto, en la que vemos que si el testador quiere legar á uno todo el usufructo, y á otro sólo la mera propiedad, debe tener gran cuidado de legar á este último el fundo, *deducto usumfructu*; porque si le legase el fundo (*fundum*) sin expresar la deducción del usufructo, este legatario tendría también en su legado el usufructo, y lo partiría con el otro legatario (2).

Respecto de los pactos y estipulaciones, es preciso recurrir á lo que hemos dicho de las servidumbres. En tiempo de Justiniano los pactos puestos en una tradición establecían desde el momento el usufructo como derecho real; pero los demás pactos y estipulaciones dan origen solamente á la obligación de constituir el usufructo, que no existe como derecho real hasta después de la cuasi-tradición. Esta es al menos la opinión que adoptamos. Hemos visto el motivo de la reunión del pacto y de la estipulación.

La adjudicación del juez establece el usufructo como las servidumbres prediales en las acciones *familiae eriscundae*, y *communidividundo* (3).—En fin, en algunos casos la ley da el usufructo

(1) D. 7. 3. f. Ulp.—«*Tunc enim constituitur usufructus, cum quis jam frui potest.*» Laboon había creído, por el contrario, que el *dies cedit* debía verificarse en los legados de usufructo lo mismo que en los demás. (Vatic. J. R. Fragmenta, § 60.)

(2) D. 33. 2. 19 f. Modest.—Se puede añadir aquí que el uso, no habiendo prueba contraria, se sobreentendía en los frutos. Así cuando se había legado *fructus*, era lo mismo que si se hubiese legado *usumfructum*; á menos que no se hubiese dejado á uno el uso, á otro los frutos y á un tercero la mera propiedad (D. 7. 8. 14. § 1. f. Ulp.).

(3) D. 7. 1. 6. § 1. f. Gay.

legal. En breve propondremos un ejemplo en el usufructo concedido al padre sobre ciertos bienes de sus hijos (1).

En cuanto al uso ó cuasi-posesión, es seguro que nunca en el antiguo derecho pudo establecerse un derecho de usufructo, ya por el tiempo de la usucapion, ya por un tiempo inmemorial (2); pero era cosa vulgarmente admitida que Justiniano había introducido en su código la adquisición del usufructo por diez años de uso contra presentes y veinte contra ausentes. Esta opinión ha sido fuertemente impugnada en nuestros días por un jurisconsulto alemán, el señor de Zimmern, y ya la han abandonado muchos escritores (3).

II. *Constituitur autem ususfructus non tantum in fundo et aedibus, verum etiam in servis, et jumentis, et caeteris rebus, exceptis iis quae ipso usu consumuntur: nam haec res, neque naturali ratione, neque civili, recipiunt usumfructum: quo numero sunt vinum, oleum, frumentum, vestimenta: quibus proxima est pecunia numerata, namque ipso usu assidua per mutatione quodammodo extinguitur. Sed utilitatis causa, senatus censuit posse etiam earum rerum usumfructum constitui: ut tamen eo nomine heredi utiliter caveatur. Itaque si pecuniae ususfructus legatus sit, ita datur legatario ut ejus fiat, et legatarius satisdet heredi de tanta pecunia restituenda, si moriatur, aut capite minnatur. Caetera quoque res ita traduntur legatario ut ejus fiant; sed aestimatis his, satisdatur, ut si moriatur, aut*

2. El usufructo puede constituirse no sólo sobre fundos y edificios, sino también sobre esclavos, bestias de carga y demás cosas, exceptuándose las que se consumen con el uso; pues éstas, ni por su naturaleza, ni por el derecho civil son susceptibles de usufructo. En el número de estas cosas se hallan el vino, el aceite, el trigo, los *vestidos*, á los cuales puede asimilarse la plata acuñada, que en cierto modo se consume con el uso diario del cambio. Pero el senado ha decidido con objeto de utilidad que el usufructo pueda establecerse aun sobre estos objetos, con tal que el heredero reciba una suficiente caución. Si, pues, ha sido legada en usufructo una suma de dinero, se le da en toda propiedad al legatario; pero éste da satisfacción al heredero de la restitución de igual suma á su muerte ó á su disminución de cabeza. Las demás cosas se dan del mismo modo en propiedad al legatario que, en vista de tasación, presta satisfacción de que

(1) Inst. 2. 9. §§ 1 y 2.

(2) D. 41. 3. 41. § 5. f. Pap.

(3) Véase más arriba la *Thémis*, t. 4, p. 373; y t. 6, p. 333.—La constitución de Justiniano se halla en el Cod., lib. 7, tit. 33, constit. 12. Después de haber expuesto largamente y resuelto las dificultades que pueden nacer relativamente á la ausencia y presencia de las partes para la prescripción de diez ó veinte años, el Emperador termina con estas frases: «*Eodem observando etsi res non soli sint, sed incorporales, quae jure consistunt, veluti ususfructus et caetera servitutes.*» Estas palabras habían sido entendidas como aplicadas á la adquisición de las servidumbres y del usufructo por la prescripción. Por lo demás, ningún otro pasaje acerca del usufructo indica este modo de adquirir. Así es que el señor de Zimmern no ha creído que el prolijo Emperador haya podido en tan pocas palabras introducir tan grande alteración; y sólo aplica la frase del código á la extinción del usufructo por diez ó veinte años de no uso.

capite minuatur, tanta pecunia restituitur, quanti hæ fuerint aestimata. Ergo senatus non fecit quidem earum rerum usumfructum (nec enim poterat), sed per cautionem quasi usumfructum constituit.

á su muerte ó por su disminucion de cabeza, restituirá una suma igual á su tasacion. El senado no ha creado sobre estas cosas un usufructo, porque era imposible, sino que por medio de una caucion ha construido un quasi-usufructo.

Aquí se trata de la especie de usufructo que puede establecerse sobre las cosas de consumo, en virtud de las disposiciones generales de un senado-consulta cuya fecha no se conoce con seguridad. Es cierto, como ya hemos dicho, que esta especie de usufructo no existia todavía en tiempo de Ciceron. El senado-consulta en virtud del cual se ha introducido puede referirse, ya á los últimos tiempos de la república, ya al reinado de Augusto ó de Tiberio. Ulpiano nos ha trasmitido la decision precisa del senado-consulta en estos términos: «*Ut omnium rerum, quas in cuiusque patrimonio esse constaret, ususfructus legari possit.*» De donde por induccion se deduce la consecuencia de que se puede legar el usufructo aún de las cosas de consumo. Los comentadores han dado á este usufructo el nombre de *quasi-usufructo*; expresion que en rigor no pertenece al derecho romano, aunque de él se deduzca; pero que puede usarse porque es cómoda, y ademas exacta. Los textos romanos llaman siempre *usufructo* al derecho así establecido. Puede verse en nuestro párrafo, y aún en el epígrafe del título especial del Digesto: *De usufructu earum rerum quæ usu consumuntur vel minuuntur* (1). Sólo Gayo, y despues de él nuestro texto, hacen notar que el senado no ha podido hacer que el derecho de esta manera legado fuese un usufructo; pero con el auxilio del remedio introducido principió á considerarse como usufructo: «*Sed remedio introducto cepit quasi usufructus haberi*» (2). Véase el origen de la denominacion especial de *quasi-usufructus* hecha vulgar.—Obsérvese que en la decision del senado referida por Ulpiano, lo mismo que en los diferentes textos que nos han quedado, no se trata nunca sino de legados, de lo que podría cualquiera inclinarse á creer que la posibilidad de constituir semejante derecho no habia sido introducida sino para los legados y que á ellos estaba limitada.

Es bueno observar tambien que el usufructo en este caso tiene

(1) D. 7. 5.

(2) Ib. 2. f. Gay.

una grande analogía con el préstamo de consumo (*mutuum*). Sin embargo, se diferencia en muchos puntos: en la manera con que se establece; en la manera con que se extingue; en la satisfaccion que se exige del usufructuario, y en algunos otros.

Vestimenta. Dos leyes del Digesto colocan los vestidos entre las cosas capaces de un verdadero usufructo (1), y las Institutas entre las cosas sobre las cuales se establece un usufructo de cosas de consumo. Es preciso decir, en efecto, que, segun su naturaleza y la intencion de las partes, pueden ser igualmente destinadas, ya á ser dadas en toda propiedad, ya á serlo únicamente en uso.

Tanta pecunia restituitur. El texto habla sólo de la estimacion de las cosas y de la promesa de restituir el precio de esta estimacion. Gayo nos dice en el Digesto que se puede ó tomar este medio, que es más cómodo (*quod et commodius est*), ú obligarse á restituir los objetos en la misma cantidad y calidad (2).

III. Finitur autem ususfructus morte usufructuarii, et duabus capitibus deminutionibus, maxima et media, et non utendo per modum et tempus: quæ omnia nostra statuit constitutio. Item, finitur ususfructus si domino proprietatis ab usufructuario cedatur, nam cedendo extraneo nihil agit; vel, ex contrario, si fructuarius proprietatem rei adquisierit, quæ res consolidatio appellatur. Eo amplius si ædes incendio consumptæ fuerint, vel etiam terræ motu, vel vitio suo corruerint, extingui ususfructum necesse est, et ne aræ quidem ususfructum deberi.

3. El usufructo acaba por la muerte del usufructuario; por dos disminuciones de cabeza, la grande y la media, y por no uso, segun el modo convenido y durante el tiempo determinado, cosas todas establecidas por nuestra constitucion. Se acaba si el usufructuario hace cesion de ella al propietario, porque la cesion hecha á un extraño sería nula; y por el contrario, si el usufructuario adquiere la propiedad de la cosa, lo que se llama consolidacion; en fin, si el edificio se consume por un incendio ó se derriba por un temblor de tierra ó por un vicio de construccion, el usufructo debe necesariamente acabarse, y no se debe ni aún sobre el suelo.

Pasemos á los medios con que se acaba el usufructo. El texto indica cinco: la muerte del usufructuario, su disminucion de cabeza, el no uso, la cesion, la consolidacion y la pérdida ó alteracion de la cosa (3).

Morte. Si el usufructo perteneciese á una ciudad ó corporacion,

(1) D. 7. 1. 15. § 4. f. Ulp.—7. 9. 9. § 3. f. Ulp.

(2) D. 7. 5. 7. f. Gayo.

(3) Se puede ver en los fragmentos del Vaticano, §§ 57, 61 y siguientes, y en las sentencias de Paulo, 3. 6. §§ 17 y siguientes, esta materia segun el antiguo derecho.

debía acabarse al cabo de cien años, término regularmente de la vida del hombre (1).

Capitis deminutionibus. La pequeña disminucion hacía perder en otro tiempo el usufructo. Así es que cuando un jefe de familia se daba en adrogacion pasando con todos sus bienes á poder del adrogante, se extinguían los derechos de usufructo, porque pertenecían exclusivamente á su persona; pero la primera persona se absorbía y extinguía en otra. Justiniano decidió por una constitucion que no fuese así en adelante, y que sólo la grande y media disminucion de cabeza extinguiesen el usufructo (2). Entre los jurisconsultos romanos se habia discutido una cuestion relativa á si el usufructo que un jefe de familia habia adquirido por su esclavo ó por su hijo, debía extinguirse por muerte, enajenacion ó manumision del esclavo, ó por muerte y disminuciones de cabeza del hijo. Sabemos por los fragmentos del Vaticano que esta controversia sólo se aplica al caso del usufructo legado *per vindicationem*, al esclavo ó al hijo de familia, y no al usufructo que hubiesen adquirido por consecuencia de una estipulacion: en este último caso lo que recaía sobre el esclavo ó el hijo no alteraba el derecho (3). Justiniano, sin hacer ya distincion entre estos diversos casos, decide por una constitucion que el usufructo no se acabará sino con la muerte ó disminuciones de cabeza del jefe de familia. Quiere ademas, cuando este usufructo ha sido adquirido por el hijo, que á la muerte ó disminuciones de cabeza del padre pasen en cabeza del hijo (4).

Non utendo per modum et tempus. Esta expresion significa, segun la opinion comun: «por el no uso segun el modo conveniente y durante el tiempo fijado.» En efecto, si el usufructuario no hubiese ejercido su derecho segun el modo que exige imperiosamente la naturaleza del usufructo, ó que las partes hubiesen ar-

(1) 7. 1. 56. f. Gay.

(2) Cod. c. 3. 36. 16.

(3) El motivo de la diferencia es que en un legado hecho al esclavo ó al hijo, la persona del dueño no se considera sino para saber si hay faccion de testamento; por lo demas, en la persona del esclavo ó del hijo de familia reside el legado (D. 31. f. 82. § 2. Paul.—Vatic. J. R. frag. § 73); á tal punto que no se podia legar una servidumbre predial á un esclavo ó á un hijo de familia en el fundo del dueño, á ménos que no se tratase de un fundo que perteneciese á su peculio (Vaticano J. R. frag. § 56.—D. 32. f. 17. § 1. Marcian.—D. 33. 3. 5. f. Papin.). En la estipulacion, por el contrario, se considera únicamente la persona del dueño. Esto suministra la explicacion del fragmento de Paulo (Dig. 45. 3. 3. 26. f. Paul., y Vatic. frag. § 55).—Véase la obra de M. PELLAT, *De la propiedad y del usufructo*, pág. 104.

(4) Cod. 3. 38. 17.

reglado entre sí este derecho, al ménos en los antiguos principios de la jurisprudencia romana se habria perdido, conforme á lo que ya hemos expuesto al tratar de las servidumbres prediales (1). Sin embargo, nuestro colega M. Ducaurroy da otro sentido á las expresiones del texto y las considera como inmediatamente ligadas á las palabras que siguen, significando: «segun el modo y durante el tiempo que nuestra constitucion tiene determinados»; que harían alusion á un cambio radical que la constitucion de Justiniano habria introducido, no sólo en cuanto á la duracion del tiempo, sino tambien en cuanto al modo prescrito para la extincion del usufructo por el no uso. Por nuestra parte, adoptamos la opinion comun, porque es la que nos parece más conforme á la construccion de la frase, y la que por otra parte da textualmente Teófilo, cuya paráfrasis dice: «segun el modo convenido y durante el tiempo fijado.»

En cuanto al cambio radical á que hace alusion el texto, ya hemos hablado de él al tratar de las servidumbres prediales. Este cambio recae incontestablemente sobre el tiempo, que era en aquella época el mismo que el de la usucapion: un año para los muebles y dos para los inmuebles. Justiniano, por su constitucion inserta en el Código, bajo el número 16 (lib. 3, tit. 33), quiere que sea el mismo tiempo que el fijado para la pérdida de la propiedad, es decir, tres años para los muebles, y respecto de los inmuebles, diez años entre presentes y veinte entre ausentes. Pero el cambio introducido por el Emperador ¿se limita á lo que concierne al tiempo, ó modifica igualmente el modo, es decir, las condiciones exigidas para la extincion. Hemos referido los términos de la constitucion: *nisi talis exceptio usufructuario opponatur quæ etiam si dominium vindicaret, posset eum presentem vel absentem excludere.* Lo que, interpretado á la letra, significa que sería preciso para rebazar al usufructuario, que otro hubiese poseído, que hubiese poseído de buena fe, y con justa causa de adquisicion, al ménos para la prescripcion de diez ó veinte años. De donde se deduce la consecuencia de que el usufructo no

(1) Sin embargo, la aplicacion de esto es más limitada en hecho de usufructo que en hecho de servidumbres prediales, porque basta usar para conservar el *ius fruendi*, ó tomar cualesquiera frutos para conservar el derecho relativamente á todos. Sin embargo, supóngase que el establecimiento del derecho de usufructo se limitase á ciertos frutos, como, por ejemplo, al derecho de recolectar todas las uvas y que el usufructuario hubiese recogido todo el trigo sin tocar nunca á las uvas; al cabo del tiempo fijado habria perdido su derecho (V. Dig. 7. 4. 20. f. Paul.)

se extinguiría ya realmente por el no uso del usufructuario, sino sólo por gozar de él otro; que la extinción por diez ó veinte años no podría ocurrir, á excepcion de dos casos: 1.º, aquel en que un tercer adquirente hubiese adquirido de buena fe, ya el fundo como libre, ya el usufructo de manos de otro que no fuese el usufructuario, y hubiese gozado de él bajo este título; 2.º, aquel en que el propietario ha adquirido de buena fe la libertad de su cosa, de manos de un tercero á quien hubiese tenido por usufructuario, y hubiese disfrutado de ella bajo este título. Fuera de estos dos casos la extinción del usufructo por diez ó veinte años no tendría ninguna aplicacion posible. Sólo le quedaria al propietario que hubiese gozado de su fundo como libre, la prescripcion de treinta años contra la accion del usufructuario (1). Este sistema, desechado por nosotros en cuanto á las servidumbres prediales, le desechamos tambien en cuanto al usufructo. La constitucion 13, en el Cod., lib. 3, tít. 34, prueba que Justiniano ha establecido absolutamente el mismo derecho para el usufructo y para las servidumbres prediales; que para el uno y las otras constituye la prescripcion de diez ó veinte años de no uso, y no la de treinta años. «*Ei decem vel viginti annis annorum dedimus spatium*», dice positivamente hablando del usufructo de las cosas inmuebles: lo que hemos dicho de las servidumbres prediales debe entenderse del usufructo.

Es notable, relativamente á la pequeña disminucion de cabeza y al no uso, que estos medios sólo destruian el usufructo cuyo derecho se habia ya adquirido. Si, pues, el legatario experimentaba la pequeña disminucion de cabeza ántes de la adiccion de la herencia ó del vencimiento del legado, no por eso dejaba de adquirir el derecho de usufructo cuando éste vencia. Esto dió origen entre los romanos al legado de usufructo para cada año, para cada mes ó para cada dia (*in singulos annos, vel menses, vel dies*). Un legado de esta naturaleza no constituia un derecho único de usufructo, sino otros tantos derechos distintos, de los que cada uno empezaba cada año, cada mes, cada dia, de manera que el no uso no podía ocasionar la pérdida de estos derechos, y la disminucion de cabeza no podía extinguir sino el usufructo del año, del mes ó del dia empezado (2).

(1) Cod. 7. 39. 3.

(2) D. 7. 4. 1. §§ 1 y sig. f. Ulp.—Ibid. 28. f. Paul.

Si domino cedatur. Este pasaje está sacado de Gayo (1), pero está mutilado. En los comentarios de este jurisconsulto se trataba de la *in jure cessio*. Siendo esta cesion una vindicacion simulada, seguida de la declaracion de que el usufructo pertenecia al vindicante, no podia ser hecha regularmente, sino por el propietario á aquel á quien queria dar el usufructo, ó por el usufructuario al propietario á quien queria dar el usufructo. Hecha esta cesion por el usufructuario á un tercero, hubiera sido absolutamente nula, sin efectos (*nihil agit*), á lo ménos en sentir de Gayo, porque siendo el usufructo un derecho inherente á la persona, no podia ser vindicado por otra cabeza y declararse que le pertenecia (2). En tiempo de Justiniano la cesion *in jure* ya no existia; y la frase de Gayo, inserta aquí sin fundamento, sólo debe tomarse en el sentido de que el usufructuario no puede transferir él mismo su derecho á otro, aunque sí pueda ceder el ejercicio de este derecho.

Consumpta fuerint. No es necesario, para que se extinga el usufructo, que la cosa haya perecido completamente; basta que ni sea ya lo que ántes era, que haya sido destruido lo que constituia lo principal, lo esencial en su manera de ser. Esto es lo que da á entender Justiniano cuando dice que finaliza con la sustancia de la cosa (*cum rei substantia expirare*), y por esto tambien dice Paulo *rei mutatione* (3). Así es que ni el edificio destruido, ni el suelo, ni las ruinas, están sometidas al usufructo, y no renace el derecho como en las servidumbres prediales, despues de la reconstruccion. En el rebaño reducido á una sola cabeza se extingue el usufructo, porque ya no hay rebaño; en el caballo muerto, el usufructo no se extiende al pellejo, etc. (4).

Hay ademas algunos otros casos de extincion, como el término ó la condicion, cuando el usufructo no estaba establecido sino hasta cierto tiempo, ó con una cierta condicion.

De todos estos modos de extincion, sólo la muerte ó las dismi-

(1) Gayo, 2. § 80.

(2) Sin embargo, resultaria de un fragmento de Pomponio (D. 23. 3. 66), que la opinion de Gayo no era la única admitida entre los jurisconsultos romanos. Segun Pomponio, la *in jure cessio* no podia sin duda transferir el usufructo á un tercero vindicante, pero el usufructuario no podría ya pretenderla, puesto que no ha probado que este usufructo fuese de otro; el usufructo se extinguirá, pues, y volverá á la propiedad. Véanse ideas análogas en lo que dice el mismo Gayo de la cesion *in jure* de una herencia (Gayo 2. §§ 35 y 36). Véase tambien á Mr. PELLAT, *De la propiedad y del usufructo*, p. 99.

(3) Cod. 3. 33. 16. § 2.—Paul. Sent. 3. 6. § 31.

(4) D. 7. 4. 12. f. Ulp., 30. f. Gay. y 31. f. Pomp.

nuciones de cabeza del usufructuario, el término ó la condicion, son aplicables al usufructo de las cosas de consumo.

IV. Cum autem finitus fuerit totus usufructus, revertitur ad proprietatem, et ex eo tempore nudæ proprietatis dominus incipit plenam in re habere potestatem.

4. Cuando el usufructo se extingue en totalidad, se reúne á la propiedad, y el mero propietario tiene desde aquel momento un pleno poder sobre la cosa.

Totus usufructus. No siendo el usufructo indivisible como las servidumbres prediales, podría extinguirse en parte, y entonces sólo la parte extinguida se reuniría á la propiedad. Esto sucedería, por ejemplo, si un testador hubiese legado á *Ticio* el usufructo de la mitad de una casa, y á *Seyo* el usufructo de la otra mitad. Pero si el testador hubiese legado á la vez á *Ticio* y á *Seyo* el usufructo de toda la casa, ó separadamente á *Ticio* el usufructo de toda la casa, y á *Seyo* el usufructo de la misma, en tal caso, muerto el testador, y habiendo sido distribuido el usufructo entre los dos legatarios, si uno de ellos moría, su parte no volvería á la propiedad, pero se agregaría por derecho de acreción á la del colegatario que había sobrevivido. Este derecho de acreción, muy importante en los legados, tiene de particular en el usufructo, que produce su efecto aún después de cumplido el legado de usufructo y el ejercicio de este derecho (1).

TITULUS V.

DE USU ET HABITATIONE.

Seguiremos aquí la teoría completa de M. Thibaut y de M. Durcauroy.—El uso puede estar separado de los frutos, y entonces se le llama *nudus usus*: «*Constituitur etiam nudus usus, id est sine fructu*» (3). En este caso el usuario tiene el derecho de usar, pero no de percibir los frutos: «*Uti potest, frui non potest*» (4). Dejamos indicado la diferencia que hay entre estos dos derechos. El usuario tiene todo el uso, porque este hecho está se-

(1) V. en el Dig. lib. 7, el tit. 2, consagrado á este asunto: *de usufructu adcrecendo*.

(2) El sistema de nuestro derecho francés en este punto se diferencia enteramente del de los romanos.

(3) D. 7. 8. 1. f. Gay.

(4) Ibid. 2. f. Ulp. Este derecho es *ius rebus alienis salva earum substantia utendi vel fruendi*.

parado para él de la propiedad, y está también considerado como indivisible por los romanos y no puede adquirirse ó perderse parcialmente (1). Sería, por consiguiente, un gran error creer que el usuario no tiene derecho al uso sino por efecto de sus necesidades; no está obligado á dejar á aquel á quien pertenecen los frutos sino lo que es indispensable para hacer nacer y recolectar estos frutos. Pero el usuario no puede tomar absolutamente ningun producto de la cosa, ni fruto natural ni fruto civil. Así, pues, no puede ni vender á otro el ejercicio de su derecho, porque el precio que sacase sería un producto, un fruto civil. Tal era el derecho estricto. Sin embargo, la interpretacion de los jurisconsultos ha introducido sucesivamente algunas modificaciones. Así es que unas veces porque el solo uso de la cosa no procuraba ninguna ventaja, otras porque las voluntades de los testadores deben ser interpretadas favorablemente, la jurisprudencia ha concedido al usuario algunos frutos, y este derecho excepcional ha sido limitado á las necesidades diarias. Algunas veces se le ha dejado hasta la facultad de arrendar; pero todas estas concesiones no deben tomarse por regla general, de la cual sólo son excepciones. El texto nos ofrecerá la aplicacion de todos estos principios.

Iisdem illis modis quibus usufructus constituitur, etiam nudus usus constitui solet; iisdemque illis modis finitur, quibus et usufructus desinit.

Se acostumbra establecer el mero uso por los mismos medios que el usufructo, y se extingue por las mismas causas.

I. Minus autem juris est in usu quam in usufructu. Namque is qui fundi nudum habet usum, nihil ulterius habere intelligitur quam ut oleribus, pomis, floribus, feno, stramentis et lignis ad usum quotidianum utatur. In eo quoque fundo hactenus ei morari licet, ut neque domino fundi molestus sit, neque iis per quas opera rustica fiunt impedimento. Nec ulli alii jus quod habet aut locare, aut vendere, aut gratis concedere potest: cum is qui usufructum habet possit hæc omnia facere.

1. Pero hay ménos derecho en el uso que en el usufructo, porque el que tiene el mero uso de un fundo sólo tiene el derecho de coger de él las legumbres, los frutos, las flores, el forraje, la paja y leña para su uso diario. Puede también vivir en el fundo, con tal que no perjudique al propietario y que no le ponga obstáculos á los trabajos de la agricultura. Por lo demás no puede alquilar, vender ó ceder gratuitamente su derecho á nadie, aunque el usufructuario pueda hacerlo.

Este párrafo es relativo al uso de un fundo rural. Lo que el

(1) Ib. 19. Paul.

usuario tiene en este caso de la naturaleza del *jus utendi* es la facultad de habitar, de pasearse, de trasladarse al fundo (*deambulandi et gestandi*); de usar él solo de la habitacion por entero, ya sea ésta una simple casa de campo, ya una quinta de recreo (*villae praetorii*); de servirse de las bodegas de vino ó de aceite; y en fin, de impedir al propietario y á sus dependientes el que vayan al fundo, no siendo para las labores del cultivo (1). Pero éstos derechos de uso tienen realmente poca importancia en lo tocante al fundo; por esta razon los juriscultos habian concedido por extension al usuario algunos frutos para su uso diario. Pero no todos estaban de acuerdo en esto: unos concedian y otros negaban ciertos productos, como la paja, el aceite, el trigo; unos querian que el usuario no pudiese consumir estos frutos sino en los mismos lugares, y otros le permitian conducirlos á la ciudad. Todas éstas son concesiones que, segun dice Ulpiano, deben arreglarse á la cantidad de productos que da el fundo (*si abundant in fundo*) y á la dignidad del usuario (*pro dignitate ejus cui relictus est usus*).

Aut gratis concedere. El usufructuario tiene derecho á todo el uso y á todos los frutos; poco importa al propietario que sea uno ú otro el que los tome, pues puede ceder á otro el ejercicio de su derecho. El usuario tiene igualmente derecho á todo el uso. ¿Por qué no le ha de ser permitido hacer que otro lo aproveche? Porque el arrendar y vender los beneficios del uso ya no sería *usar*, sino sacar de la cosa un producto civil. Era tambien preciso prohibir la cesion gratuita, que hubiera sido un medio de burlar la prohibicion; y por otra parte, el placer de dar es tambien un producto para el donador, es el equivalente, la representacion del precio de la cosa dada. Hé aquí por qué en el derecho romano, aunque el uso comprenda todos los servicios, debe ser exclusivamente ejercido por el usuario (2).

II. Item, is qui *ædium usum* habet, hactenus *jus habere* intelligitur ut ipse tantum habitet: nec hoc *jus* ad alium transferre potest. Et vix receptum esse videtur ut hospitem ei recipere liceat, et cum uxore liberisque suis, item liberitis, nec non

2. El que tiene el uso de una casa, no tiene más que el derecho de habitarla él mismo, sin poder transferir este derecho á otro. Y sólo tiene permiso para recibir en ella un huésped, habitarla con su mujer, sus hijos, sus criados y las demás per-

(1) D. 7. 8. 10. § 4; 12. p. § 1. f. Ulp.

(2) Segun el derecho frances, siendo el uso el derecho de tomar los frutos para las necesidades diarias, y variando éstas con las personas, esta razon impide ceder el ejercicio del derecho.

alios liberis personis quibus non minus quam servis utitur, habitandi *jus* habeat; et convenienter, si ad mulierem *usus ædium* pertinet, cum marito ei habitare liceat.

sonas libres afectas á su servicio, lo mismo que sus esclavos; ó con su marido si es mujer la que tiene el uso de la casa.

Por poco numerosa que sea la familia del usuario, el propietario no puede ocupar la más pequeña parte de la casa, porque el usuario tiene el *jus utendi* en su totalidad (1). Pero éste debe usarlo por sí mismo: el texto nos indica las concesiones que le han sido hechas bajo este aspecto. Vemos ademas en el Digesto que si habitando la casa recibiese en ella un locatorio, no deberia concedérsele este producto (2).

III. Item, is ad quem servi *usus* pertinet, ipse tantum operibus et ministerio ejus uti potest; ad alium vero nullo modo *jus suum* transferre ei concessum est. Idem scilicet juris est et in jumento.

3. Del mismo modo, el que tiene el uso de un esclavo, sólo tiene el derecho de usar él mismo de sus trabajos y servicios; pero de ninguna manera le es permitido transferir este derecho á otro. Lo mismo se verifica relativamente á los animales de carga.

El uso de un esclavo, de una acémila, siendo bastante ventajoso por sí mismo, no ha recibido este derecho ninguna extension extraña. Por lo demas, el jefe de familia se reputa que usa la cosa por sí mismo cuando la emplea para su mujer ó para sus hijos, porque el uso de todas las cosas es comun entre marido y mujer (3).

IV. Sed et si *pecorum veluti ovium usus* legatus sit, neque lacte, neque agnis, neque lana utetur *usuarius*, quia ea in fructu sunt. Plane ad *stercorandum agrum suum* *pecoribus* uti potest.

4. Si se ha legado el uso de un rebaño menor, por ejemplo, de corderos, el usuario no cogerá ni leche, ni lana, ni corderos, porque éstos son frutos. Pero podrá servirse del rebaño para estercolar su campo.

Tal es el riguroso derecho. Pero este uso de un rebaño es casi nulo: por esto nos dice Ulpiano en el Digesto que cree que el usuario podrá coger un poco de leche, porque aquí se trata de un legado, y la voluntad del difunto no debe recibir una interpretacion tan rigida (4).

(1) D. 7. 8. 22. § 1. f. Pomp.

(2) *Et si pensionem percipiat, dum ipse quoque inhabitat, non erit ei invidendum* (D. 7. 8. 4. f. Ulpiano).

(3) D. 7. 8. 9. f. Paul.; 12. § 5. f. Ulp.

(4) *Hoc amplius, etiam modico lacte usurum puto; neque enim tam stricte interpretanda sunt voluntates defunctorum* (Ibid. § 2).

Hay casos en que el legado de uso se asemeja enteramente al legado de usufructo. Tal es, por una decision de Adriano, el legado de uso sobre un bosque de maderas de corte, porque sin esta interpretacion tal uso sería inútil (1). Tal es tambien el legado de uso sobre las cosas de consumo (2).

El uso, los frutos y la mera propiedad pueden separarse y pertenecer á tres personas diferentes: «*Poterit autem apud alium esse usus apud alium fructus sine usu, apud alium proprietas*» (3). En este caso el usuario tomará en general todo el uso, todos los servicios, y ademas los frutos que se le conceden por extension; el que tenga los frutos tomará todos los frutos, hecha la deducion de los que se conceden al usuario; tendrá derecho tambien al uso necesario para cultivar y recolectar; todos los derechos restantes serán del mero propietario (4).

V. Sed si cui habitatio legata, sive aliquo modo constituta sit neque usus videtur, neque usufructus, sed quasi proprium aliquod jus: quam habitationem habentibus, propter rerum utilitatem, secundum Marcelli sententiam, nostra decisione promulgata, permisimus non solum in ea degere, sed etiam aliis locare.

5. Si por medio de legados ó por otro cualquier modo se ha dado á alguno la habitacion, esto no es ni uso, ni usufructo, sino un derecho enteramente particular. Aquellos á quienes pertenece el derecho citado, segun una decision conforme al parecer de Marcelo que hemos publicado con miras de utilidad, han recibido de nosotros la facultad, no sólo de habitar ellos mismos, sino tambien de arrendar á otros.

Sólo las nociones históricas pueden explicar la diferencia de la habitacion al uso y al usufructo. La habitacion no se colocaba al principio en el número de las servidumbres personales; sólo se conocian como tales, relativamente á una casa, el uso ó el usufructo. Pero si un testador lega la habitacion, ¿qué contendrá este legado? Hay en este punto grandes controversias: segun unos, la casa misma, la habitacion ha sido legada en propiedad (5); segun otros, únicamente la facultad de habitar; pero ¿por cuánto tiempo? Tambien sobre esto hay discordancia: segun unos, por un año; porque no se ha querido aposentar al legatario por un solo

(1) Ibid. 22. f. Pomp.

(2) D. 7. 5. 5. § 2. f. Ulp.

(3) D. 7. 8. 14. § 3. f. Ulp.

(4) *Si alii usus, alii fructus ejusdem rei legitur: id percipiet fructuarius quod usuario superest. Nec minus et ipse fruendi causa et usum habebit* (D. 7. 1. 42. f. Florent.).

(5) Cod. 3. 33. 13.

dia ni por toda su vida; segun otros, por toda su vida (1). Este parecer ha obtenido la victoria. Esto supuesto, ¿qué beneficio proporcionará este legado de habitacion? ¿Será como el uso, el de ocupar la casa con su familia, ó como el usufructo, el de alquilarla? Acerca de esto se repiten igualmente encontradas opiniones; la mayoría, sin embargo, prohibia la facultad de arrendar. Pero la habitacion así arreglada y asimilada en cuanto á sus efectos con el uso (*effectu quidem*), no estaba enteramente asimilada en cuanto á su naturaleza. La habitacion no constituia una verdadera servidumbre personal; no era, propiamente hablando, un derecho único, una desmembracion del dominio, sino sólo un hecho, una ventaja diaria abierta y adquirida dia por dia al legatario: «*Tale legatum in facto potius quam in jure consistit*» (2). Por lo tanto, no podia destruirse nunca por el no uso ó por la pequeña disminucion de cabeza (3). Tal era su naturaleza en tiempo de Justiniano, que la considera como una servidumbre particular y que en sus efectos la asemeja al usufructo, concediendo el derecho de arrendar.

De los trabajos de los esclavos.

El legado de los trabajos de un esclavo (*operarum servi*) constituia, ménos que la habitacion, una verdadera servidumbre personal. Tal legado daba al legatario el derecho de aprovecharse del servicio y del trabajo del esclavo, y aún de alquilarlo, en cuyo efecto se asemejaba al usufructo. Pero este derecho, del mismo modo que la habitacion, era una ventaja cotidiana adquirida dia por dia, que no se extinguia ni por la pequeña disminucion de cabeza, ni por el no uso. Ademas, y esto acaba de separarla completamente de las servidumbres personales, la muerte del legatario no la extinguia, pues pasaba á los herederos que de él gozaban, tanto cuanto duraba la vida del esclavo. Si alguno adquiria este esclavo por usucapion, se acababa el derecho á su trabajo (4). Justiniano ha dedicado á esta materia un título del Digesto, entre el usufructo y el uso, poniendo así en cierto modo este derecho en

(1) D. 7. 8. 10. § 3. f. Ulp.

(2) D. 4. 5. 10. f. Modest.

(3) D. 7. 8. 10. princ. f. Ulp.

(4) D. 7. 7. 5. Terent.—33. 2. 2. f. Papin.

el número de las servidumbres personales, de que tanto se diferencia por su naturaleza.

VI. Hæc de servitutibus, et usufructu, et usu, et habitatione dixisse sufficit. De hereditatibus autem et obligationibus, suis locis proponemus. Exposuimus summatim quibus modis jure gentium res acquiruntur, modo videamus quibus modis legitimo et civili jure acquiruntur.

6. No hablaremos más de las servidumbres, del usufructo, del uso y la habitacion. En cuanto á las herencias y á las obligaciones, trataremos de ellas en sus respectivos lugares. Sumariamente hemos expuesto los modos de adquirir que son del derecho de gentes. Veamos ahora los que proceden del derecho civil.

Este párrafo nos demuestra la marcha bastante irregular de las Institutas. Despues de haber tratado de la division de las cosas, se ha pasado á los modos naturales de adquirirlas; despues se ha vuelto á la division de las cosas en corpóreas é incorpóreas, y despues de haber tratado de las servidumbres, dejando por el momento las herencias y obligaciones, se vuelve á los modos de adquirir, á fin de exponer los que son de derecho civil.

ACCIONES RELATIVAS Á LAS SERVIDUMBRES.

No siendo las servidumbres, que son cosas incorpóreas, susceptibles de verdadera posesion, no podian los interdictos generales acordados por los pretores para proteger la posesion, aplicarse rigurosamente al caso de la servidumbre. Sin embargo, habiéndose admitido respecto de ella una especie de posesion, se debieron igualmente admitir, como nos dice Javoleno, interdictos en cierto modo posesorios (*interdicta veluti possessoria*) (1). Así los interdictos generales *uti possidetis* y *utrubi*, dados para mantener la posesion, el primero respecto de los inmuebles, y el segundo respecto de los muebles; y el interdicto *unde vi*, dado para hacerla restituir cuando ha sido arrebatada por la violencia, fueron aplicables á las servidumbres, tanto personales cuanto reales, no directamente, porque no era éste el caso preciso de tales interdictos, sino *útilmente*, por extension y por miras de utilidad, experimentando por otra parte en la fórmula las modificaciones requeridas por la naturaleza particular de estos derechos. Esto es lo que nos dan á conocer positivamente respecto del usufructo los fragmentos

(1) Dig. 8. 1. 20. f. Javol.

del Vaticano, que contienen algunas de estas modificaciones formularias (1). Además, ántes probablemente de la extension útil de los interdictos generales, se habian introducido por el pretor muchos interdictos especiales, con el objeto de proteger particularmente la cuasi-posesion de ciertas servidumbres rurales, más antiguas y más importantes en la economía social de los romanos. Tales eran: el interdicto de *itinere actuque privato*, relativo al derecho de camino ó de conduccion; de *aqua quotidiana et aestiva*, para tomar agua, y de *fonte*, para el derecho de sacar agua y de beber el ganado. Estos interdictos tenian por objeto mantener en el disfrute á los que durante el año habian usado de estos derechos *nec vi, nec clam, nec precario* (2). Otros se expidieron, oponiéndose á que se impidiese al que gozaba de la servidumbre practicar los trabajos necesarios á su ejercicio, como el interdicto *de ripis* para la separacion de los conductos por donde caminaba el agua, y el *de cloacis*, para la de los albañales (3).

En cuanto á la vindicacion de las servidumbres, ya prediales, ya personales, habia entre los romanos dos acciones: la accion confesoria y la accion negatoria (*actio in rem confessoria; actio in rem negatoria*). La primera se daba al propietario de la servidumbre contra aquel que disputaba su derecho, ó que á él ponía algun obstáculo, para sostener que la servidumbre era suya. No se trataba aquí de fallar acerca del hecho, ni acerca de la servidumbre, sino acerca del mismo derecho. El demandante podia intentar esta accion, áun cuando se hallase casi en posesion de la servidumbre, por la circunstancia sólo de que se quisiese turbarlo en el ejercicio de ella.—La accion negatoria se daba al propietario del fundo ó de la cosa, contra aquel que queria tomar en ella ó que en efecto tomaba un derecho de servidumbre, para sostener que no tenía tal derecho y que la cosa era libre de tal servidumbre. Es preciso tener cuidado de no considerar esta accion como defensa contra la accion confesoria: la accion es un medio de ataque, y no de defensa. Aquí es el mismo propietario el que ataca; su accion es real, porque vindica la cosa, ó más bien vindica la servidumbre, la fraccion de dominio que se quiere quitarle, sosteniendo que no hay derecho para ello, y por consiguiente, que dicha fraccion es

(1) Vatic. J. R. Frag. §§ 90 á 93.—Dig. 43. 16. 3. §§ 13 y sig. 43. 17. 4. f. Ulp.

(2) D. 43. tit. 19. 20 y 22.

(3) *Ibid.* 21 y 23.