

## CAPITULO IV

## Derechos reales de goce

§ 58.—*Eciones generales y categorias*

Filomusi, Enc. §§ 63-64; Brugi, Ist. § 49; Pacifici, Ist. III, 2, pág. 1; Zachariae, Man. I, § 203; Aubry et Rau, Cours. II, pág. 225; Planiol, Traité, I, núms. 2.745 y 2.746 Windscheid, Pand. I; 2, §§ 200-201.

De los derechos que tienen por objeto la cosa ajena (*iura in re aliena*) deben ser distinguidas fundamentalmente dos cate-

tículo que concuerda con el 439 del Código civil italiano; de ambos artículos pueden sacarse idénticas consecuencias en cuanto a los requisitos de la reivindicación.

Objeto de la misma, en nuestro Derecho, resulta indubitable que pueden ser, tanto las cosas inmuebles como las muebles, sin otras excepciones que las consignadas en los Códigos civil y de comercio. De carácter general es la que señala el autor respecto de las cosas muebles, adquiridas de buena fe, derivada del principio «en materia de muebles la posesión vale título» contenido en el párrafo 1.<sup>º</sup> del art. 464 de nuestro Código civil.

Por falta de buena fe, que las hace irreivindicables, no pueden serlo todas las poseídas con conocimiento de la insuficiencia del título y aun existiendo la buena fe, nuestro Código en el artículo 464, párrafo 2.<sup>º</sup>, concordante con el 708 del italiano, declara reivindicables las cosas extra viadas o las que el propietario hubiese sido privado ilegítimamente, siendo excepciones expresas a este apartado las consignadas en los siguientes del mismo art. 464: 1.<sup>a</sup> Las cosas adquiridas en venta pública, si no se reembolsa el precio al adquirente de buena fe (párrafo 3.<sup>º</sup>, art. 464 concordante con el art. 709 del Código italiano). 2.<sup>a</sup> Las empeñadas en los Montes de Piedad sin reintegrar el empeño y los intereses vencidos (párrafo 4.<sup>º</sup>, art. 464 concordante con el art. 11 de la ley de 4 de Mayo de 1898, ampliando los efectos del art. 709 del Código italiano). 3.<sup>a</sup> Las adquiridas en Bolsa, feria, mercado o de un comerciante legalmente establecido y dedicado habitualmente al tráfico de objetos análogos; las que según el Código de Comercio, al que expresamente el Código civil se refiere en el párrafo último del art. 464, no son reivindicables a tenor de los artículos 85 y 86—cosas adquiridas en tiendas y moneda con que se verifique el pago—concordante con el 709 del Código italiano y de el 546 número 3.<sup>º</sup>—sobre efectos al portador negociados en Bolsa con intervención de Agente colegiado o fuera de ella con la de Notario—concordante con el art. 57 del Código de Comercio italiano. 4.<sup>a</sup> Tampoco pueden ser reivindicadas las cosas legítimamente prescritas, por el transcurso de los plazos que señalan los artículos 1.955—seis años los bienes muebles—y 1.959—treinta años los inmuebles—.

Es natural que tratándose de una acción que protege la propiedad, tan

gorías: unos cuyo contenido o fin es el goce más o menos amplio de las utilidades de la cosa; otros en que la cosa viene sujeta al poder de un tercero para garantía de un crédito suyo contra el solo puede ejercerla el propietario, a quien únicamente se la concede el ya citado art. 348 del Código civil.

Al hablar de esta cuestión, trata el autor de la referente a la subsistencia de la acción *publiciana* en el derecho actual. En nuestro antiguo derecho fué reconocida en la ley XIII, tít. XI, Partida 3.<sup>a</sup> y en la ley L, al final, tít. V, Partida 5.<sup>a</sup> y en el actual puede considerarse concedida por el art. 441 del Código civil e indudablemente deriva del art. 41 de la ley Hipotecaria, coincidiendo los tratadistas españoles en considerarla subsistente.

La acción reivindicatoria ha de dirigirse contra el poseedor o el detentador (art. 348 del Código civil) pero no se regula en nuestro Derecho expresamente la excepción del art. 439 del Código civil italiano que obliga al poseedor que dolosamente, en perjuicio del dueño, cesase en la posesión, a recuperarla a sus expensas o a abonar su valor si el recobro fuera imposible, pero esto no excluye la acción que al propietario corresponde, que según nuestros civilistas está fundada en la regla *dolus pro possessione habetur*.

La jurisprudencia española ha señalado la necesidad de la concurrencia de los dos primeros requisitos; identidad de objeto y legitimación activa, o sea justo título de dominio (Sentencia, entre otras, de 6 de Julio de 1920) no habiendo hecho expresa mención del tercero, si bien es imprescindible para que la acción prospere, que tenga personalidad el demandado, la cual ha de ser objeto de prueba que incumbe al actor. La falta de cualquiera de los dos primeros requisitos hace que no prospere la acción y de ello nace la dificultad de su ejercicio, sobre todo respecto a bienes inmuebles por no estar ordenado el Catastro a una mayor efectividad del Registro dando lugar a que con un simple cambio de linderos, hecho constar en información posesoria, pueda desfigurarse una finca y prescribirse contra el derecho de su titular aunque esté inscrito.

Son idénticos los efectos de la reivindicación de las cosas, respecto al poseedor o detentador vencido, en el Código italiano y en el español; distingue también éste el caso del poseedor de buena fe del de mala, regulando los derechos del primero en los artículos 451—concuerda con el 703 del italiano—y 452 y los del segundo en el 455 referente a los derechos en los frutos.

En cuanto a los gastos realizados en la cosa, ambos tienen derecho a los necesarios (art. 453 que concuerda con el 1.150 del Código italiano); los útiles se abonan al poseedor de buena fe (art. 453); los de puro lujo y recreo no son de abono pero puede cualquier poseedor retirarlos si la cosa principal no sufriese deterioro (concuerdan los artículos 454 y 455 de nuestro Código con los 704 y 705 del Código italiano) y únicamente y en ambos Códigos, se reconoce al poseedor de buena fe el derecho de retención por los gastos útiles o necesarios (art. 706 del Código civil italiano concordante con el 453 del español).

II. *Acción negatoria*.—Fundada en el carácter absoluto de la propiedad, es comúnmente referida por los tratadistas españoles, inspirándose en el Derecho romano, a la defensa de la propiedad contra los que pretendieran ejercer servidumbre sobre un predio, y puede servir de base a esta construcción la imprecisión de los límites del concepto de servidumbre que lo hacen de gran amplitud. Análogos requisitos y efectos

proprietario de la cosa o contra otro que se sirve de la cosa ajena (con o sin consentimiento del propietario) para garantizar la propia deuda. A los primeros se les llama *derechos reales de goce*; a éstos, *derechos reales de garantía*.

que los señalados por el autor, se exigen para su ejercicio y produce su reconocimiento en nuestro Derecho

III. *Acciones relativas a los confines.*—El Código civil español en el capítulo III, tít. II, lib. III, que lleva por rúbrica «Del deslinde y amojo-namiento» tan sólo habla del primero, dejando las operaciones más materiales que jurídicas, en que el segundo consiste para que fueran reguladas en la ley de Enjuiciamiento civil. tít. XV, lib. III, que lleva el mismo epígrafe.

Plantea el autor el problema de la naturaleza de la acción de deslinde, el cual, en nuestra patria, carece de importancia práctica, porque el ser real o personal, sólo serviría para determinar la competencia judicial y sobre este punto hay disposición expresa de la ley de Enjuiciamiento civil, en el núm. 15 de su art. 63; otra cosa sería si dicha acción no fuese imprescriptible, por disposición del art. 1.965 del Código civil. Pero aun en el campo científico, es preciso hacer notar que el autor resalta la posibilidad de una cuestión sobre propiedad de una zona intermedia, que le da un marcado carácter real y en cambio otros tratadistas creen que su característica es el exigir el cumplimiento de una obligación legal, cual es la de que se señalen los límites de los predios, lo que la caracte- riza de personal.

Ha de recordarse también que no es posible confundir esta acción con la reivindicatoria que se da cuando los límites de los fundos están ya demarcados o cuando como consecuencia de la demarcación, es preciso reivindicar terrenos que se creen usurpados; en el ejercicio de la *actio finium regundurum*, que tiene su procedimiento como acto de jurisdicción voluntaria, no puede darse cuestión sobre la propiedad, sino todo lo más a una adjudicación de la zona que no resulte atribuída a uno de los colindantes, en su título o por la posesión, sobreseyéndose el expediente, según el art. 2.070 de la ley de Enjuiciamiento civil cuando no se llegase a un acuerdo en la adjudicación.

Su ejercicio corresponde, tanto al propietario de la finca como a los que tengan derechos reales (art. 384 del Código civil, párrafo 2.<sup>º</sup> y 2.061 de la ley de Enjuiciamiento civil concordantes con el 79 del Código de procedimiento civil italiano). Comúnmente sólo se da en predios rústicos, pero puede darse en los huertos y jardines anejos a los urbanos y casi nunca en estos perfectamente definidos, en los títulos y también en la realidad, por las paredes o muros que los cercan.

IV. *Acciones de denuncia.*—Bajo esta denominación estudia el autor los conocidos en nuestro Derecho con el nombre de interdictos de obra nueva y de obra ruinosa, regulados en las secciones 3.<sup>a</sup> y 4.<sup>a</sup> del tít. XX, libro 2.<sup>º</sup> de la ley de Enjuiciamiento civil. Ya hemos señalado el carácter de acciones prohibitivas de actos que nos pueden causar un perjuicio, figurando junto a los verdaderos juicios posesorios (interdictos de adquirir, retener y recobrar) por lo sumarísimo de sus trámites y provisional de su fallo y por su comunidad de origen en el Derecho romano.

*Acción de denuncia de obra nueva.*—No hay en nuestro Derecho precepto concordante del art. 698 del Código civil italiano, pero no deja de reconocerse la facultad de ejercitarse la llamada en nuestra legislación his-

En los primeros se imponen otras clasificaciones por el diverso contenido del goce, su mayor o menor extensión, la distinta naturaleza del vínculo real con que la cosa puede hallarse sujeta. Prescindiendo ahora de la enfiteusis y de la superficie cuya naturaleza es muy discutida en el Derecho moderno, y que será examinada más adelante, todos los restantes derechos reales de goce se agrupan en dos categorías según que el servicio que la cosa presta sea en ventaja de una determinada persona o de un fundo determinado. Pertenecen a la primera especie los derechos de usufructo, de uso, de habitación, en los cuales la utilidad de la cosa se halla total o parcialmente sustraída al propietario y atribuída a un tercero que tiene en la cosa un señorío particular y dependiente; a la segunda, las servidumbres todas impuestas a un fundo (sirviente) en servicio de otro fundo (dominante) del cual se consideran como pertenencias o mejoras por el beneficio que le reporta la limitación de los poderes en el propietario del fundo sirviente.

La tradición escolástica, fundándose en una antigua clasificación bizantina que Justiniano adoptó y atribuyó a la doctrina clásica (1), recoge ambos grupos en el concepto único de servi-

tórica, acción de denuncia de obra nueva, a toda persona que temiere un perjuicio racional en la cosa, que por cualquier título posea, con la construcción o reforma de un inmueble realizada por otro. Análogos son los requisitos que se exigen en ambas legislaciones y muy parecidos los efectos de la denuncia, dándose lugar a la suspensión de la obra (art. 1.663 de la ley de Enjuiciamiento civil) provisionalmente, pudiendo el dueño de la obra pedir se le permita hacer las obras indispensables para la conservación de lo edificado (art. 1.665 de igual ley) y, una vez que se haya dictado sentencia, solicitar que se le permita la continuación de la obra, prestando la fianza necesaria para responder de la demolición y de los daños y perjuicios (art. 1.672 de la ley Procesal) en tanto se resuelve en el juicio que corresponda su derecho a edificar.

*Acción de daño temido.*— Concedida por los artículos 389 y 390 de nuestro Código civil, tiene por objeto la demolición de obra ruinosa, si el propietario no quiere realizar las obras de consolidación o el arrancar y retirar el árbol que amenazara caerse, cuando puedan resultar daños. No se da en nuestra legislación, la posibilidad de prestar caución por los daños posibles (art. 699 del Código civil italiano).

Esta acción tiene un desdoblamiento en nuestro Derecho: en primer lugar la interdictal ante los Tribunales de justicia, pudiendo ejercitárla las personas enumeradas en el art. 1.677 de la ley de Enjuiciamiento civil y por otro lado la acción pública ante la autoridad municipal que corresponde a todos los ciudadanos.

(1) Ha sido demostrado por Longo, *La categoria delle servitutes nel*

dumbre, y como en el primero las utilidades se dan en beneficio de una persona y en el segundo de un fundo, llama *servidumbres personales* a los derechos reales del primer tipo y *servidumbres prediales* a los del segundo. El sistema del Código francés seguido por nosotros no abolió la impropia unificación al separar netamente el usufructo, el uso, la habitación, de las demás servidumbres; tal unificación dominó en la doctrina civilística a la que no parecieron suficientes los motivos que indujeron al legislador francés a proscribir de su Código una palabra (*servidumbre personal*) que pudiera recordar la servidumbre de la persona, la aminoración de su libertad y los vínculos feudales abolidos para siempre (1).

Más correcto desde el punto de vista científico es, pues, separar de las servidumbres el derecho de usufructo y de las formas menores de goce de la cosa ajena que, como el uso y la habitación, no son actualmente otra cosa que modificaciones del usufructo. A esto autoriza el mismo ordenamiento legislativo que felizmente coincide (sea por efectos de diferentes motivos) con la más pura concepción del Derecho romano clásico. Y si en

*diritto romano clasico* (*Bull. Ist. dir. rom.*, XI, pág. 281), que los jurisconsultos clásicos no pensaron nunca en incluir en el concepto de servidumbre el derecho de usufructo y el derecho de uso (ni siquiera en el justiniano la habitación y las obras de los siervos se incluyen): se trata de categorías totalmente diversas de *iure in re aliena* que no tienen de común sino algún principio general derivado de ser derechos en cosa ajena y por esto tampoco exclusivo de ellos sino también común a otros *iure in re* como la superficie, la prenda, etc. La mayor parte de las reglas generales que la doctrina tradicional romanística y civilística enuncia como principios de las servidumbres prediales y personales (como *nemini res sua servit, servitus in faciendo consistere neguit, servitus servitutis esse non potest*, etc.) o no son exclusivas de las dos categorías o son especiales de las servidumbres prediales; lo cual demuestra que a más de ser la unificación conceptualmente errónea, es prácticamente inútil y hasta nociva; ver Longo, op. cit., pág. 337 y siguientes, y Venezian, *Usufrutto*, I, página 91 y siguientes.

(1) Esta es la razón principal que determinó la supresión del nombre, pero no debe dejarse de tener en cuenta que se trataba de instituciones de naturaleza intrínsecamente diversa y que debían por esto estar separadas; ver Venezian, op. cit., pág. 91 y siguientes.

el Código se habla de *servidumbres prediales* cuando no debiera hablarse sino de *servidumbres* simplemente, se explica como un vestigio de la terminología tradicional.

Sentado esto, todos los derechos reales de goce que recaen en cosa ajena representan una limitación al derecho del propietario; limitación que puede variar desde una mínima y casi imperceptible carga, como la de sufrir el desagüe de edificios o el alero de un tejado ajeno, hasta el más pleno goce de todas las utilidades económicas que la cosa produce, como se da en el usufructo y más aún (para quien admite su carácter de *iura in re aliena*) en la enfiteusis. Estas restricciones de la propiedad no deben concebirse como efecto del fraccionamiento o desmembración de la misma: el creer, como por mucho tiempo ha enseñado la doctrina más antiguada, que del derecho de propiedad se destaque una o más facultades singulares para ser atribuidas a un diverso titular, significa admitir que el dominio sea la suma de una serie de facultades y no un derecho único y complejo que comprende todos los poderes imaginables de goce y de disposición. Son poderes especiales y dependientes que vienen conferidos a otro que no es el propietario y que por esto limitan el señorío de éste sin destruirlo (1). Y son poderes que pueden tener el mismo contenido que la correspondiente facultad del propietario, ya como goce general de toda utilidad de la cosa (usufructo), ya como goce parcial (ejemplo, servidumbre de paso, de pasto); pero a veces tienen por contenido propio una utilidad que no es precisamente la misma de que hubiera podido gozar el propietario; es más, es la negación de éste (*servitus altius non tollendi*), lo cual explica por qué no puede hablarse de fraccionamiento de la propiedad (2).

(1) El concepto rechazado en el texto, ha dominado por largo tiempo en la doctrina antigua que admitió que el usufructo pudiese corresponder al propietario en la cosa propia y se reconocieron dos especies: el *usufructo formal* que corresponde a un tercero en la cosa ajena y el *usufructo causal* que no hallándose separado de la propiedad, corresponde al mismo propietario. Tal idea esa tribuida al Derecho romano clásico por Pampaloni, *Il concetto classico dell'usufrutto* (Bull. Ist. dir. rom., XXII, página 109 y siguientes), pero no nos parece exacta.

(2) NOTA DEL TRADUCTOR.—*Derechos reales de goce. Nociones generales*

### § 59.—*Usufructo, uso y habitación.*

Brugi, Ist. § 49; Pacifici, Ist. III, 2, pág. 41; Chironi Ist. I, §§ 163-171; Zachariae, Man. I, §§ 204-215; Aubry et Rau, Cours, II, 226-237; Planiol, Traité I, número 2.747 y siguientes; Windscheid, Pand. I, 2, §§ 202-208 (1).

De las cuatro figuras típicas conocidas por el Derecho romano de goce de la cosa ajena, atribuído con derecho real a una persona determinada, no han sobrevivido en el nuestro más que el *usus fructus*, el *usus* y la *habitatio*, habiendo desaparecido las *operae servorum*. Aquellas tres pueden ser unificadas en el con-

*les*.—El usufructo, el uso y la habitación, derechos reales de goce a favor de persona determinada, tienen grandes analogías con las servidumbres prediales, y aunque se diferencien perfectamente por la característica temporal de éstas, se acusan al decir de Girard (*Manuel de droit romain*, pág. 357): 1.<sup>a</sup> Ser derechos reales. 2.<sup>a</sup> Ser derechos en cosa de otro; y 3.<sup>a</sup> Ser derogaciones del modo común de ser el derecho de propiedad.

En la Edad Media, en el famoso *arbor servitutum*, se clasificaban el usufructo, el uso y la habitación dentro de las servidumbres mixtas junto con las que se debían por las personas a las cosas (Clemente de Diego, *Apuntes de Derecho civil*, primer curso, páginas 248 y 249), y Vinnio, sigue asimilándolos a las servidumbres personales, indicando que se pueden enumerar junto a ellos por su semejanza la servidumbre de los siervos.

El legislador francés, llevado de su odio a todo lo que suena o recuerde a feudalismo, rompió como indica el autor en el texto con la doctrina ya tradicional, decisión aplaudida por el Profesor Ruggiero y por nuestro comentarista Manresa, que encuentra (Obra citada, t. IV, pág. 351) mayores analogías entre el usufructo y el arrendamiento si se borrara el carácter de personalísimo, que el primero reviste que es puramente convencional. Sin embargo, en nuestra legislación, al admitirse las servidumbres en favor de una persona determinada o de una comunidad, prescindiendo de su condición de titular de un fundo (art. 531 del Código civil español), resulta indudable que se pueden incluir en este concepto los derechos de usufructo, uso y habitación y que de no ser por el carácter perpetuo de las servidumbres personales, sería difícil diferenciarlas de aquellos derechos en su aspecto cualitativo, si bien en su aspecto material, no causan una huella tan profunda en el derecho de propiedad. En la actualidad siguen el criterio unitario, estimándolos servidumbres personales numerosos autores y algún Código moderno como el alemán.

(1) La obra más notable sobre la materia en orden al derecho civil italiano, es hoy la de Venezian, *Dell'usufrutto dell'uso e dell'abitazione*, Napoli, 1895-1913 (en la colección *Il diritto civ. it. de Fiore*). Para el derecho romano ver De Ruggiero, *Usufrutto e diritti affini (c. d. servitu personali)*, Napoli, 1913.

cepto de usufructo. No es, en efecto, el derecho de uso, sino un usufructo más limitado, un goce de la cosa ajena limitado a las necesidades del usuario y de su familia y no difiere, por tanto, cualitativamente del goce ilimitado del usufructuario, sino que sólo es cuantitativamente diverso. A su vez el derecho de habitación no es más que una forma particular del uso caracterizado por la especial naturaleza de la cosa en que se concreta el goce del usuario: es el derecho de uso de una casa-habitación. Pueden, pues, el uso y la habitación ser considerados como modificaciones del usufructo y subordinados a éste, del cual contiene las notas características fundamentales, si bien la disciplina sea diversa.

La disciplina la establece el Código en los artículos 477-530; pero el art. 476 sienta una norma general con la cual se declara que los derechos de usufructo, de uso y de habitación se regulan por el título de que derivan y que la ley sólo suple en cuanto el título no provea, salvo que la misma ley disponga otra cosa. Es, pues, la regulación de la relación dejada a la soberana voluntad privada de las partes en cuanto a la determinación del contenido y de los límites del goce, responsabilidades recíprocas, duración y modalidades del derecho. Pero no debe creerse que en toda ocasión se apliquen las normas de la ley; tan sólo cuando se dé el silencio de la voluntad particular. Como fuera de los tres tipos de usufructo, uso y habitación, no podrían constituirse otros derechos reales de goce (las llamadas servidumbres irregulares de que se hablará más adelante), así, dentro de los límites de cada tipo no es lícito al particular regularlos de modo que resulten desnaturalizados, o dictar una disciplina que pugne con las normas inderogables, como son, por ejemplo, las que prohíben la perpetuidad del goce o su atribución sucesiva en forma de fideicomiso o que aseguran al propietario su derecho de inventario, incluso cuando el usufructuario haya sido dispensado de él.

I. *Usufructo*.—Deriva su nombre del contenido mismo del derecho de goce que comprende el *uti* y el *frui*, es decir, la facultad de usar de la cosa ajena y de apropiarse sus productos. Es, pues, un derecho real que atribuye al titular el poder gozar de la cosa ajena, como podría gozar el propietario con la limita-

ción que debe conservarse la substancia de la cosa para poder el propietario reintegrarse en su derecho, cuando, cesado el usufructo, el señorío de aquél recobre su natural plenitud. Tiene, pues, un doble y substancial carácter: uno positivo, del poder de disfrute; el otro negativo, de límite que pone en evidencia la concisa definición romana: *Usus fructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia* (1), a la que corresponde la contenida en el art. 477: «El usufructo es el derecho de gozar de las cosas cuya propiedad es de otro, del modo que gozaría el propietario, con la obligación de conservar la substancia en la materia y en la forma». De estos dos caracteres fundamentales a la naturaleza real del derecho derivan las ulteriores determinaciones de su contenido; la temporalidad del derecho que no podría concebirse constituido perpetuamente; la posibilidad de hacerlo valer *erga omnes* lo que le diferencia de todo otro goce de la cosa ajena atribuído en virtud de una relación obligatoria; las amplias facultades que corresponden al usufructuario de disfrute, de disposición de las utilidades económicas de la cosa y las más limitadas del nudo propietario a las que son correlativas las recíprocas obligaciones de no perjudicar ni alterar la función económico-social de la cosa y de no turbar el goce del titular; la conceptual ineptitud de las cosas que se consumen con su disfrute para ser objeto del usufructo. Todas las especiales normas, a veces minuciosas, que el Código establece se contienen en los dos principios que constituyen la esencia del usufructo: y hay que referirse a ellos para entender las que se refieren al objeto, derechos y obligaciones del usufructuario, modos de extinción.

a) *Constitución*.—Se establece el derecho de usufructo por virtud de la ley, por acto voluntario o por prescripción adquisitiva (art. 478).

Deriva directamente de la ley el usufructo correspondiente por derecho a algunas personas en los bienes de los demás, sin

(1) Pr. Inst., 2. 4; fr. 1. D. 7. 1; Ulp., Reg. 24-26. Sobre el carácter clásico de la definición idéntica en los dos pasajes de las Ist. y del Digesto, ver Di Marzo, *Sulla definizione romana dell usufrutto* (St. per Fadda I, página 139 y siguientes); ver también sobre el concepto romano del usufructo el escrito de Pampaloni citado más arriba.

que concurra la voluntad del propietario. Dos son los casos más notables: 1) el del usufructo legal del padre que ejerce la patria potestad sobre los bienes que adquiere el hijo por sucesión, donación o por cualquiera otro título lucrativo; dura en tanto el hijo no haya sido emancipado o no haya alcanzado la mayor edad (art. 228), y es regulado por normas particulares que, substractando al disfrute del padre algunos especiales bienes (artículo 229), imponiéndole los gastos de mantenimiento, educación e instrucción del hijo (art. 230), estableciendo causas especiales de cesación (artículos 232-234), alteran sensiblemente la naturaleza y el contenido con relación al tipo normal; 2) el del usufructo atribuído al cónyuge supérstite sobre los bienes del otro cónyuge, ya en la sucesión legítima, ya en la testamentaria (artículos 812 y siguientes).

Se adquiere por acto voluntario mediante negocio jurídico, y éste puede ser un acto a título gratuito como la donación o el testamento, o un acto a título oneroso como la venta, tanto entre vivos como a causa de muerte. Pero si el usufructo recae en bienes inmuebles, la adquisición no es eficaz respecto a los terceros si no es hecha pública mediante la transcripción del título (art. 1.932, números 1.<sup>º</sup> y 2.<sup>º</sup> y Decreto de 21 de Abril de 1918, art. 2).

Se funda, finalmente, en la posesión prolongada por el tiempo legal la adquisición del usufructo por prescripción, que puede ser de treinta años o decenal si acompaña a la posesión un título transscrito y la buena fe (artículos 2.135, 2.137 y 415); pero conviene observar que especialmente para la primera especie de prescripción una tal adquisición es en la práctica bastante rara, dado el carácter temporal del derecho mismo.

b) *Objeto.*—Puede el usufructo establecerse sobre toda clase de bienes muebles o inmuebles (art. 478); cuando recae sobre estos últimos se aplican a él las normas generales de toda adquisición de derechos inmobiliarios: necesidad de la forma escrita y transcripción (artículos 1.314-1.932).

De su naturaleza se deduce, dada la limitación *salva rerum substantia* que debieran hallarse excluidas todas las cosas de utilidad simple; esto es, aquellas cuyo goce consiste en consumir-

las. Sólo aquellas cosas susceptibles de un goce repetido pueden ser objeto de un derecho que confiere al titular la facultad de gozar de la cosa y al propio tiempo la obligación de conservar la substancia. Ya de antiguo, en el mismo Derecho romano, por la presión de necesidades y exigencias sociales y precisamente para salvar la validez de los legados de un patrimonio o de una cuota de patrimonio en que viniesen comprendidas cosas consumibles, se admitió la posibilidad de constituir un derecho temporal de goce en las cosas consumibles.

Un senadoconsulto de la primera época imperial admitió que el usufructo pudiera legarse válidamente, *Omnium rerum, quas in cuiusque patrimonio esse constaret*, entendiendo que el derecho de usufructo en tales cosas equivaliese al de propiedad, y así surgió, mediante el auxilio de la *cautio usufructuaria*, oportunamente modificada (1), la nueva figura del quasi usufructo (o usufructo impropio) cuya profunda desviación del tipo normal le representa la adquisición que el usufructuario hace de la propiedad de las cosas sujetas a su goce y por la obligación de restituir, al cesar el usufructo, otro tanto en cantidad y calidad. Acogida también por el Derecho moderno esta especie anómala de usufructo, está regulada por el art. 483, el cual, previendo dos hipótesis, según que al comenzar el usufructo se procediere o no a la estimación de la cosa, dispone que al cesar el usufructo deba el titular pagar el valor de estimación en el primer caso o tenga en el segundo opción entre restituir otro tanto de la misma calidad o pagar el precio corriente al tiempo de la cesación.

Del mismo modo que el patrimonio o una cuota patrimonial, así también una suma de dinero o una determinada cantidad de grano o de vino puede ser objeto de usufructo. A no pequeñas dificultades teóricas da lugar el usufructo de un crédito. La cuestión, que se enlaza con la de la posibilidad de derechos sobre derechos, no halla una resolución explícita en el Código, que sólo prevé un caso especialísimo: el del usufructo constituido sobre

(1) Sobre la función de la *cautio* en relación al usufructo y quasi usufructo en derecho romano, ver De Ruggiero, *Sulle cautio usufructuaria (St. per Scialoja, I, pág. 71 y siguientes)*.

una renta vitalicia, y la norma establecida es que al usufructuario corresponde el derecho de percibir las pensiones que *maduraran* día por día e incumbe también la obligación de restituir el exceso que hubiese percibido anticipadamente (art. 482). Se discute, en efecto, qué es lo que se debe considerar propiamente como objeto del goce, si el crédito en sí o el contenido mismo de la prestación debida por el deudor; si se debe desprender de la naturaleza de ésta la calificación del derecho de usufructo, considerándolo usufructo propio cuando el objeto de la prestación es una cosa inconsúmible, e impropio cuando es consumible; si varía la figura según que el crédito sea o no fructífero, considerándose propio el usufructo del crédito que se refiere a prestaciones periódicas y repetidas (en cuanto que el goce recae sobre frutos civiles y no sobre el capital) y como impropio el de prestación única (en cuanto que no es concebible otra forma de goce que no sea exigiendo el capital mismo) (1).

Pero la figura del cuasi usufructo no es aplicable a las cosas simplemente deteriorables; para ellas se da el usufructo propio y la restitución se efectúa consignando la cosa en el estado de deterioro en que se halle al usar el usufructo por efecto del uso normal de la misma (2). «Si el usufructo—se dispone en el artículo 484—comprende cosas que sin consumirse se deterioran poco a poco con el uso, como la ropa blanca, los muebles, el usufructuario tiene derecho de servirse de ellas para el uso a que estén destinadas, y no se halla obligado a restituirlas al cesar el usufructo sino en el estado en que se hallen, con la obli-

(1) Ver Stamber, *Der Niessbranch an Forderungen*, 1880; Mansbach, *Der Niessbranch an Forderungen*, 1880; Hartmann, *Zur Lehre vom Niessbranch an Rechten, insbesondere an Forderungsrechten* (*Krit. Vierteljahrsschr.*, XXII, 1880, pág. 518 y siguientes); Ferrara, *L'usufrutto dei crediti nel dir. civ. it.* (*Riv. it. p. le. sc. giur.*, XXXVIII, 1904, pág. 325 y siguientes; XXXIX, 1905, pág. 97 y siguientes); Venzi en Pacifici, *Ist. III, 2.* página 137, n. c.

(2) Ver para el derecho romano, ya respecto a estas cosas, ya respecto a las inconsúmibles, a las incorpóreas y a los derechos, Pampaloni *Sull'oggetto del quasi usufrusto* (*Bull. Ist. dir. rom.*, XIX, pág. 85 y siguientes) y sobre todo la doctrina del cuasi usufructo Hananser, *Die Lehre vom uneigentlichen Niessbrauch nach gemeinem Recht*, 1879.

gación, sin embargo, de indemnizar al propietario si se hubiesen deteriorado por dolo o culpa del usufructuario».

c) *Derechos del usufructuario*.—De las facultades que corresponden al titular del usufructo puede decirse con fórmula concisa que son todas aquellas que en el goce normal corresponden al propietario, salvo la obligación impuesta de conservar y restituir. Ahora, si bien (como ocurre en la propiedad) sea más fácil una determinación negativa que una enumeración de las singulares facultades, éstas pueden agruparse en el triple derecho que corresponde al usufructuario: α) pedir la entrega de la cosa; β) usar de ella y apropiarse de sus productos; γ) disponer de este goce.

α) *Derecho a la posesión*.—El usufructuario tiene derecho a la posesión de la cosa, y cuando ésta sea consumible, a la propiedad de la misma, y ejercita este derecho con acción real contra cualquier poseedor. La debe aceptar en el estado en que se halle (art. 496); no puede obligar al propietario a que le entregue la cosa en buen estado.

β) *Derecho de goce*.—Correspondele el *usus* y el *fructus*, es decir, el goce íntegro de las utilidades que la cosa en sí y en su producción ofrece (artículos 476 y 479). Por esto tiene derecho a usar de la cosa del modo que gozaría de ella el propietario, utilizándola según su destino, apropiándose los frutos naturales y civiles y gozando de las acciones y de sus pertenencias (artículo 494). Los frutos naturales se adquieren con la separación y son por ésto del usufructuario los que se hallen pendientes al tiempo de comenzar el usufructo, aunque hayan madurado anteriormente, y son del propietario los pendientes al tiempo de cesar el usufructo, aunque hayan madurado en tiempo en el que aún duraba el usufructo. Dispone el Código, con un precepto que deroga el principio *fructus non intelligentur nisi deductis impensis*, que éstos se adquieran, respectivamente, por el usufructuario y propietario sin indemnizar los gastos de cultivo y semillas que su producción haya originado (art. 480); pero se justifica la norma con el objeto que se propone de evitar todo conflicto y ofrecer una rápida actuación y reintegración del derecho de uno y otro y con el trato igual dispensado al propietario.

rio y al usufructuario se suprime toda injusticia, ya que el riesgo de uno viene compensado con el del otro.

Si el usufructo comprende bosques talares de alto fuste, se contienen normas particulares en los artículos 485 y 489 para la tala y uso de la leña, y en los sucesivos, resolviéndose antiguas controversias, se declara que de los árboles fructíferos pertenecen al usufructuario los que perezcan o hayan caído por accidente, con la obligación de sustituirlos por otros (art. 490); que puede apropiarse los plantones del vivero, siendo considerados como frutos, pero debe renovarlos reponiendo los vástagos (art. 491); que le corresponde el goce de las minas, cataras, turberas, con tal que estén abiertas y en explotación al tiempo en que el usufructo comienza (art. 494, párrafo 1.º); que no le corresponde derecho alguno en el tesoro descubierto en el fundo, salvo que sea él mismo el descubridor (art. 494, párrafo 2.º). Cuando el usufructo recaiga sobre animales, conviene distinguir si se ha constituido sobre un animal solo, sobre uno o varios que corresponden al fundo sometido al usufructo, sobre una piara o grey. El usufructuario tiene derecho a apropiarse los productos de trabajo, las crías de los animales; pero en tanto en el primero el perecimiento del animal (cuando ésto ocurra sin culpa) no obliga al usufructuario a restituir otro o a pagar su precio (art. 512), en el último está obligado a subrogar las cabezas muertas con las crías hasta concurrencia de éstas, y cuando perezca toda la piara o ganado no puede apropiarse las pieles, debiendo dar éstas o su valor al propietario (art. 513). El caso de animales que constituyan la dotación de un fundo está sometido a las reglas del usufructo en cosas consumibles (artículo 514). El usufructuario adquiere los frutos civiles día por día; de corresponden proporcionalmente a la duración del usufructo independientemente de su vencimiento (art. 481). La medida o criterio de adquisición viene dado por el cotidiano madurar de los mismos durante el tiempo en que el usufructo diera, y aplicación de esta norma es el usufructo en renta vitalicia de que se ocupa el art. 482.

Finalmente el usufructuario tiene derecho a rechazar todo acto del propietario que tienda a impedir el ejercicio de sus fa-

cultades o a limitar su derecho de goce. Pero como el goce no debe cambiar la naturaleza ni el destino de la cosa ni hacer más onerosa la posición del propietario, no corresponde al usufructuario indemnización alguna por las mejoras que hubiese introducido, aunque resultase aumentado el valor de la cosa. Por un justo criterio de equidad admitió la ley que puedan compensarse los deterioros causados sin grave culpa del usufructuario con el aumento de valor en la cosa. Cuando no haya lugar a compensación tiene este último el *ius tollendi*, siempre que los aumentos puedan retirarse con provecho para el usufructuario y sin daño para la propiedad; su ejercicio, sin embargo, se halla subordinado a la facultad que se confiere al propietario de retener las mejoras reembolsando el valor que las cosas tendrían luego de la separación (art. 495) (1).

γ) *Derecho de disposición*—Dentro de los límites en que la disposición de su derecho de goce no lesione los derechos del propietario ni desnaturalice la relación, puede el usufructuario ceder por un título cualquiera, oneroso o gratuito, el ejercicio del propio derecho (art. 492), que resulta siempre limitado en su duración a la vida del cedente (2). La rigurosa aplicación de este principio, que prohibiría al usufructuario el disponer de la cosa para después de la cesación del usufructo, llevaría a declarar sin eficacia toda disposición después de vencido el término del usufructo. Pero se ha considerado que la rigurosidad de este principio debía ser templada con relación a los arrendamientos. Estas son válidas, como toda otra cesión, por el tiempo en que el usufructo dura y no se resuelven inmediatamente de cesar el usufructo. A este efecto distingue el art. 493 si el usufructo es

(1) Sobre esta norma ver Fumaioli, *I miglioramenti fondiarii nell'usufrutto* (Filang, 1919, pág. 501 y siguientes y con carácter más general sobre el derecho del propietario a adquirir las mejoras hechas por un tercero, sobre el derecho de éste al reembolso, etc., ver Fumaioli, *Teoria dei miglioramenti fondiarii*, Siena, 1921.

(2) Es discutido si debe entenderse que sea cedible sólo el ejercicio constituyéndose así una mera relación obligatoria o además el mismo derecho real de usufructo, salva la limitación que acompaña a éste por la duración de la vida del cedente; ver Pacifici, Ist. III, 2. pág. 74 y Venzi idem, pág. 154.

por tiempo indeterminado o determinado, y dispone en el primer caso que: 1) los arrendamientos que sean hechos por un período que exceda de cinco años, no duran sino por el quinquenio que esté en curso al tiempo de cesar el usufructo, computándose el primer quinquenio desde el día en que tuvo lugar el arrendamiento y los sucesivos desde el día del vencimiento del primer quinquenio; 2) los arrendamientos por un quinquenio o por menos tiempo son válidos por el tiempo pactado, salvo que se pacten o renueven con más de un año (para los bienes rústicos) o de seis meses (para las casas) de anterioridad a su ejecución y ésta no haya comenzado antes de la cesación del usufructo. Si, por el contrario, el usufructo es por tiempo determinado y cierto, declara que: 3) los arrendamientos no durarán en todo caso sino el año y eventualmente el bienio o trienio en curso cuando se trate de fundos cuya principal cosecha sea bienal o trienal (1).

d) *Obligaciones del usufructuario.*—De las obligaciones que le incumben y que no son sino la manifestación concreta de aquél *salva rerum substantia* que rige toda la relación, se refieren algunas al derecho a la entrega de la cosa, otras al goce, otras a la restitución de la misma, y corresponden por esto a los tres momentos del comienzo, duración y fin del usufructo.

a) *Obligaciones al comenzar el usufructo.*—Dos son, principalmente, las que el usufructuario debe cumplir antes de entrar en el goce de la cosa: 1) Debe hacer a sus expensas el inventario de los muebles y la descripción del estado de los inmuebles presente el propietario o debidamente citado (art. 496); de esta obligación, que constituye condición para obtener la posesión, pero cuyo incumplimiento no implica pérdida del derecho, puede el usufructuario ser dispensado por razón del título, y si el título no le dispensa puede el nudo propietario dispensarlo. La dispensa contenida en el título no impide que el propietario proceda al inventario; por tanto, no tiene otro efecto que el de eximir al usufructuario de los gastos; por ello, la prohibición del

(1) Petroni, *Fine della locazione stipulata dall'usufruttuario nel diritto rom. e nel c. civ. it.* (Filang. XXIV, 1899, pág. 401 y siguientes) Sacchi en *Studi per Chironi*, I, pág. 425.

constituyente y cualquiera cláusula penal deberían considerarse como no escritas. 2) Debe, además, prestar caución, garantizar (con garantía real o personal) que gozará de la cosa como un buen padre de familia y la restituirá al cesar el usufructo sin disminución ni deterioro (art. 497) (1), pero el doble contenido de la *cautio* se modifica substancialmente cuando se trata de quasi usufructo (2). De esta segunda obligación están exentos por disposición legal (art. 497, párrafo I.<sup>º</sup>) el padre y la madre que tengan el usufructo legal en los bienes de los hijos, el vendedor o donante que se hayan reservado el usufructo sobre los bienes vendidos o donados; en cualquier otro caso el título puede dispensar sin que se den aquí limitaciones (como en la precedente obligación) a la libre voluntad de quien constituya el usufructo. Pero ni la omisión de la caución hace perder el derecho ni la tardanza en prestarla priva del derecho a los frutos (artículo 500). Previendo el caso que el usufructuario no pueda prestarla o prestarla suficiente, la ley, protegiendo a éste y al propietario, dispone que los inmuebles sean arrendados o puestos en administración, el dinero colocado a rédito, los títulos al portador convertidos en nominativos a favor del propietario con la anotación del relativo usufructo, los productos vendidos, colocándose su precio a rédito, los muebles que se deterioran con el uso enajenados, y mientras al usufructuario son atribuídos los intereses, las rentas, al propietario corresponde salva la subsistencia de la cosa o el capital (artículos 498 y 499).

β) *Obligaciones durante el goce.*—La positiva determinación del modo cómo el titular del usufructo debe gozar de la cosa es dada por el art. 497 con una fórmula que reproduce la doctrina romana. Debe usar de la cosa como un buen *pater familias*, es

(1) Este artículo sólo se refiere a la obligación de gozar de la cosa como un buen padre de familia pero puede aplicarse en nuestro derecho la norma romana, por la cual debía el usufructuario *cavere et usurum se-boni viri arbitratu et cum ususfructus ad cum pertinere desinet, restitutu-rum quod inde extabit*, ver fr. 1. pr. D. 7. 9; 30. § 5. D. 12. 2.

(2) Y así también en derecho romano cuando la *cautio* normal es substituida por la *cautio senatus consulti* que tiene por objeto un *eiusdem qualitatis res se restituturum* ver De Ruggiero, op. cit.

decir, emplear aquella diligencia media que corresponde al tipo normal de un hombre experto y honrado absteniéndose de toda innovación que cambie el destino actual de la cosa. Y como a él corresponde el goce y a otro la propiedad de la misma cosa, es claro que las cargas que sobre ellos recaigan deben repartirse equitativamente entre el propietario y el usufructuario por razón del derecho de cada uno.

En concreto, y combinando el principio que al propietario debe quedar salva la substancia con el de que los frutos sólo se adquieren en la medida que resulte luego de deducidos los gastos, resulta la norma general, que cuando el usufructuario realice un gasto que corresponda al propietario, debe éste reembolsar al primero, pero sin intereses, porque éstos se hallan representados por el material disfrute que ha obtenido el usufructuario; si el gasto se ha realizado por el propietario debe el usufructuario abonarle los intereses por la misma razón, con tal que se trate de gastos a que el propietario no esté obligado a realizar.

Más concretamente: 1) figuran a cargo del usufructuario las reparaciones ordinarias y extraordinarias, causadas estas últimas por la inejecución de las primeras (ver la enumeración del artículo 504); si estas últimas, las extraordinarias, se verifican por el usufructuario, debe ser reembolsado de su valor por el propietario sin intereses, con tal que la utilidad de las reparaciones subsista al tiempo en que cesó el usufructo (art. 502); si las realiza el propietario, como éste no se halla obligado, debe el usufructuario abonarle durante el usufructo los intereses del capital empleado (art. 503). 2) Recaen en el usufructuario todas las cargas anuales, como son las contribuciones, cánones y gravámenes que, según la costumbre, gravan los frutos (art. 506); en el propietario, los que se imponen a la propiedad, estando obligado el usufructuario a abonarle el interés, y si anticipa el pago tiene derecho (el usufructuario) al reembolso del capital sin intereses (art. 507). 3) Se hallan a cargo del propietario las deudas en cuya garantía haya sido hipotecado el fundo, los censos, las rentas simples impuestas al mismo, y, en general, cualquiera otra deuda si el usufructo está constituido sobre una o varias

cosas particulares (art. 508); cuando, por el contrario, se trate de usufructo sobre un patrimonio o cuota de éste, el usufructuario está obligado a pagar las anualidades e intereses de las deudas que gravan aquél o aquélla totalmente o en proporción a su cuota de disfrute (art. 590). El pago que el usufructuario haga en uno u otro caso de deudas que no recaigan sobre él le da derecho a repetir contra el propietario por la restitución del capital con o sin intereses, según la norma antes recordada. 4) Finalmente, debe el usufructuario soportar los gastos de los litigios referentes al usufructo; y los relativos a aquellos que se refieran a la nuda propiedad los soportan ambos proporcionalmente (artículo 510), debiendo el usufructuario denunciar toda usurpación o ataque que lesione su derecho (art. 511).

γ) *Obligaciones finales.*—La principal es la de restitución de la posesión de la cosa. Ya dijimos que los deterioros que se produzcan sin culpa del usufructuario pueden compensarse con los aumentos de valor por mejoras hechas por él. La obligación de restituir se convierte en el quasi usufructo, en la de pagar la estimación; y si la estimación no fué hecha, en la de consignar otro tanto de la misma calidad o en la de pagar su precio.

e) *Extinción.*—Es antigua la observación de que si el usufructo pudiese durar perpetuamente cesaría la razón de la defensa de un derecho de propiedad vacío de contenido económico (1); no hay, en efecto, como en las servidumbres, una particular utilidad substraída al propietario, sino el goce completo de la cosa; ni se da tampoco, como en la enfiteusis, la compensación de un canon periódico que represente una utilidad económica y justifique la separación del derecho de su contenido patrimonial. Por esto, prescindiendo de otras causas de extinción naturales (perecimiento de la cosa), voluntarias (consolidación, renuncia) o legales (no uso), cuando no haya sido establecido un término de duración (como es, por ejemplo, el de la mayor edad en el usufructo legal, o la caducidad libremente querida por el constituyente en el voluntario), la ley no consiente que dure

(1) Párrafo Inst. 2. 4. *Ne tamen in universum inutiles essent proprietates semper abscendente usu fructo plainet certis modis extingui usum fructum et ad proprietatum reverti.*

más que la vida del hombre y de aquí su carácter de derecho temporal. Son, pues, causas o modos de extinción:

1) *La muerte del usufructuario* (art. 515) y cuando el usufructo se constituya en favor de varias personas conjuntamente con derecho de acrecer, la muerte del investido últimamente (art. 885). No se permite el usufructo sucesivo; es válido únicamente en favor del primer llamado (art. 901) y se extingue con su muerte. Cuando, por su naturaleza, el titular no esté sujeto a muerte, como ocurre con las personas jurídicas, el derecho positivo fija un término máximo de duración; el Derecho romano estableció el de cien años, considerando éste como el máximo límite de la vida humana (1), y nuestro Código en treinta años (art. 519).

2) *Transcurso del tiempo* por el que fué establecido (artículo 515) y que no puede ser superior a la vida del hombre o a los treinta años para las personas jurídicas, si el límite consiste en alcanzar cierta edad una tercera persona, subsiste aunque ésta muera antes de haberla alcanzado (art. 517).

3) *La consolidación*, al darse en una persona las cualidades de usufructuario y de propietario por haber adquirido éste el usufructo en virtud de un título cualquiera o el usufructuario la nuda propiedad (art. 515).

4) *La prescripción extintiva* cuando el usufructuario, por espacio de treinta años, no haya usado del usufructo (art. 515).

*El total perecimiento de la cosa* (art. 515), de modo que si una parte sólo perece, el usufructo subsiste sobre lo que se conserva (art. 519). Excepcionalmente, cuando objeto del usufructo es un edificio, rige la norma que éste subsiste sobre los materiales y sobre el área, el goce se convierte en derecho a percibir el inte-

(1) Gayo, fr. 8. D. 33. 2: ...nam si quis eos perpetuo tuctur, nulla utilitas erit medae proprietatis semper absidente usu fructo, unde centum annos observandos esse constat, qui finis vitae longissimus esset; ver fr. 56. D. 7. 1. Pero a lo que parece, esta determinación es debida al derecho justiniano; Fadda, *Il limite de tempo all'usufrutto delle persone giuridiche* (*Atti di R. Acc. Sc. mor. e pol. di Napoli*, XXXIV, 1903, pág. 53 y siguientes); Di Marzo, *Sull'usufrutto delle persone giuridiche nel dir. rom. clasico* (*Bull. Ist. dir. rom.*, XIV, pág. 122 y siguientes).

rés del valor de una y otros cuando el propietario a quien corresponda el dominio quiera utilizar el suelo o los materiales para construir un nuevo edificio (art. 520).

6) *El abuso* que el usufructuario haga de su derecho o enajenando los bienes, deteriorándolos o dejándolos perecer por falta de las reparaciones ordinarias (art. 516). El abuso no da derecho al propietario a obtener la declaración judicial de caducidad del usufructo; es facultativo en el Juez el declararla y se puede recurrir a otros remedios para asegurar los derechos del propietario como la condenación a prestar caución si hubiera habido dispensa, el nombramiento de un administrador, la entrega de los bienes al propietario con la obligación en éste de entregar al usufructuario una suma anual que represente el valor del goce, salvos los derechos de los acreedores del usufructuario a intervenir en el juicio en defensa de sus créditos (art. 516, párrafos 1.<sup>º</sup> y 2.<sup>º</sup>).

II. *Uso y habitación.*—La nota característica fundamental que distingue el uso del usufructo es la limitación del goce atribuido al titular; económicamente sirve para conferir a alguien un goce proporcionado a sus necesidades sin ser sustraídas al propietario las demás utilidades de la cosa. Es, pues, como aquél, un derecho real en la cosa ajena en virtud del cual el titular tiene facultad de usar de ella y de percibir sus frutos para subvenir a sus necesidades y a las de su familia (art. 521), puede recaer en inmuebles y en muebles (si bien el art. 521 no prevee más que la hipótesis de uso constituido sobre una fundo), pero cuando recae en una casa-habitación toma el nombre y adopta la figura especial de derecho de habitación y confiere al titular la facultad de habitar en ella con su familia (art. 552). Por familia se entiende, tanto en éste como en aquél, el grupo constituido por el titular, por el cónyuge, por los hijos legítimos o legitimados o naturales reconocidos y adoptivos, aunque hayan nacido después de constituirse los derechos de uso y habitación, y las personas que estén al servicio de éstas (artículos 523-524). Y por necesidades de ésta se entienden todas aquellas que el goce de la cosa puede satisfacer directamente; y mientras la extensión de la facultad de disfrute se ciñe a las necesidades variables y contin-

gentes del grupo, a las condiciones económicas y sociales del usuario, se excluye el derecho de apropiarse mayor cantidad de frutos para convertir el sobrante en otras utilidades aun cuando éstas tiendan a satisfacer otras necesidades de diversa naturaleza.

Con las oportunas limitaciones impuestas al más limitado contenido económico puede repetirse para el uso y la habitación cuanto se dijo del usufructo.

a) Se constituyen por hecho voluntario mediante el apropiado negocio jurídico y pueden adquirirse además por usucapión. Pero entre las causas de adquisición no figura la ley, pues por derecho el uso y la habitación no se atribuye a nadie.

b) El usuario, dentro de los límites indicados, tiene la facultad de gozar del fundo de la cosa, del objeto mueble. Y como el derecho es de naturaleza real, hace suyos directamente los frutos y tiene derecho además a la entrega de la cosa para gozarla con el propietario o exclusivamente si el contenido del goce absorbe todas las utilidades de aquélla. Siendo el goce estrictamente personal, se suprime toda disponibilidad, no puede el inmueble o el objeto arrendarse ni el ejercicio del derecho ser cedido a otras personas (art. 528).

γ) El usuario tiene también obligaciones como la de hacer el inventario y descripción del estado de los inmuebles y la de prestar caución, si bien de esta última, atendidas las circunstancias, puede ser dispensado por la autoridad judicial (art. 525). Durante el goce debe usar de la cosa como un buen padre de familia (art. 526). Y en cuanto a las cargas y gastos, está obligado a los gastos de cultivo, a las reparaciones ordinarias, al pago de las contribuciones en la misma medida que el usufructuario, si el uso comprende todos los frutos o da derecho a ocupar toda la casa. Contribuye en proporción a su goce si no percibe más que una parte de los frutos u ocupa una parte de la casa (artículo 527).

δ) Se extinguén, finalmente, el uso y la habitación en los mismos casos en que se extingue el usufructo (art. 529).

III. *Las servidumbres irregulares.*—Siguiendo la terminología tradicional, la doctrina llama servidumbres personales irregulares aquellas relaciones en virtud de las cuales un servicio

especial o una particular utilidad de un fundo (que suele formar el contenido de las servidumbres prediales) es atribuido con eficacia real a una determinada persona. Creen algunos que lo que constituye el contenido propio de las servidumbres prediales puede estructurarse en la forma de un derecho real de paso, de toma de agua, de caza sobre un fundo, a favor de determinada persona, creándose fuera de las tres figuras de usufructo, de uso y de habitación tantas servidumbres personales cuantas son las utilidades o servicios que un fundo puede ofrecer y que la libre voluntad del propietario puede elevar a contenido de una *iura in re*.

La cuestión es discutidísima en la doctrina civilística francesa e italiana y lo es también con relación al Derecho romano. Dejando éste aparte, la discusión en Derecho moderno gira en torno al alcance de los artículos 686 y 628 del Código francés, y 616 y 476 del nuestro.

Declara nuestro art. 616 que «los propietarios pueden establecer sobre sus fundos pasiva o activamente una servidumbre con tal que ésta sea impuesta a un fundo en ventaja de otro y no sea en algún modo contrario al orden público», y añade el correspondiente 686 del Código francés: «con tal que la servidumbre no se imponga a la persona ni en favor de la persona». Afirma el art. 628 del Código francés que los derechos de uso y habitación se hallan regulados por el título de constitución y son más o menos extensos según lo dispuesto en aquél; más brevemente dice nuestro art. 476, refiriéndose también al usufructo, que las tres figuras de derecho real de goce se hallan reguladas por el título de que derivan.

Ahora, no obstante las declaraciones de los artículos 686 y 618, se afirma por algunos (y tal opinión resulta especialmente difundida en la doctrina francesa) que nada impide el que se otorgue al derecho de uso un particular contenido distinto de normal, elevando a derecho real en favor de la persona una de las muchas utilidades de un fundo, y esto se deduce del artículo 628 del Código francés y de la autonomía de la voluntad de los particulares, la cual no resulta limitada por ninguna especial prohibición.

Contra tal doctrina están las razones de protección de la propiedad inmobiliaria y (al menos en nuestro Derecho) los precedentes del Código. Exigía la protección de la propiedad inmobiliaria cuyo libre y fácil comercio es condición esencial de la prosperidad económica que se sustraiese a la posibilidad de una serie infinita de sujeciones, de cargas, de servicios constituidos sin necesidad o inútilmente, al contrario de lo que ocurre en las servidumbres prediales, que se constituyen con cierta permanencia y respondiendo a una necesidad; que los inmuebles no resultasen vinculados a la prestación de un servicio de mero recreo; que sus utilidades económicas no se perdiessen fraccionándolas o distribuyéndolas entre numerosos titulares de los cuales cada uno hubiera podido adquirir con carácter real un derecho fraccionario de goce sin obtener una verdadera utilidad económica. Resulta terminante el testimonio de los trabajos preparatorios, porque mientras en los primeros proyectos se insertó un artículo en el que (por analogía con el Código albertino) se reconocía la facultad del propietario de atribuir a otros independientemente de la propiedad de un fundo tales derechos de goce, la comisión coordinatoria acordó la supresión dejando la inserción para los derechos de obligación. Por tanto hay que concluir que fuera del usufructo del uso y de la habitación no son admisibles en nuestra ley otros derechos reales de goce que tengan por contenido particulares servicios de un fundo, que aquellos constituidos en las servidumbres verdaderas y propias a favor de otro fundo. Cualquiera otra utilidad atribuida a persona determinada sólo puede ser objeto de una relación obligatoria (1) (2).

(1) Ver Zachariae, *Ueber die sogen. irregularen Personalserviluten* (*Arch. f. c. Pr.* XXVII, 1844, pág. 1 y siguientes); Coviello, *Delle c. d. servitu irregulari nel dir. it.* (*Arch. giur.*, XLI, 1888, pág. 285 y siguientes); Bianchi Ferd., *Diritti di uso o servitu irregulari* (*Foro it.*, 1889, pág. 740 y siguientes); Tartufari, *Sulla giur. possibilità di costituire servitu personali contemplate dal. cod. vig.* (*Foro it.*, 1891, pág. 1.077 y siguientes); Venezian, *Usufrutto*, I, números 47-49, pág. 96 y siguientes, números 53-57, página 116 y siguientes); Serafini en *Arch. giur.*, XVIII, pág. 15 y siguientes; Venzi en Pacifici, *Ist.* III, 2, pág. 25 y siguientes.

(2) NOTA DEL TRADUCTOR.—*Usufructo, uso y habitación.*—Idéntico carácter de usufructos limitados tienen el uso y la habitación en el Código

### § 60.—*Servidumbres*

Brugi, Inst. § 49; Pacifici, Ist. III, 2, pág. 1.232; Chironi, Ist. I, §§ 172-197; Zachariae, Man. I, §§ 216-225; Aubry et Rau, Cours. III, §§ 247-255; Planiol, Traité, I, número 2.879 y siguientes; Windscheid, Pand. I, 2, §§ 209-217 (1).

**I. Concepto y naturaleza.**—Cuando se separan de la servidumbre los derechos reales de goce en cosa ajena que suelen

civil español, siendo las disposiciones que constituyen el régimen del usufructo, supletorias de las normas por que se rigen los derechos de uso y habitación, según dispone el art. 528, con la salvedad de que no se opongan a su naturaleza.

El régimen de los tres derechos está comprendido en el t. VI del libro II de nuestro Código, y el mismo precepto general del art. 476 del Código italiano se desdobra en los artículos 470 y 523, que establecen el carácter de supletorias de las disposiciones legales, tan sólo aplicables cuando el título de constitución no determine las facultades y obligaciones del usufructuario, usuario o habitacionista. Pero tampoco en nuestro Derecho es omnímoda la libertad del constituyente, estando prohibidas la constitución a perpetuidad y la forma de asegurar el goce sucesivo por medio de sustituciones fideicomisarias.

**I. Usufructo.**—El art. 477 del Código civil italiano concuerda con el 467 del español, si bien está aquél más aferrado a la tradición romana, como se deduce de la no inclusión en su art. 477 de las últimas palabras del 467 del español, admitiendo la posibilidad de variar la forma y sus-

(1) Sobre la doctrina de las servidumbres prediales, consultense para el derecho romano, Elvers, *Die römische servitutenlehre*, Marburg, 1856; Voigt, *Ueber den Bestand und die historische Entwicklung der Servituten Während der Republik* (*Ber. der. Sachs. Ges. d. Wiss.*, 1874, pág. 165 y siguientes); Brugi, *Studi sulle dottrina rom. delle servitu prediali* (*Arch. giur.*, XXXII, 1884, pág. 187 y siguientes) y en Glück, *Pand. VIII*, Ap. páginas 16-55, etc.; Perozzi, *Sulla struttura delle servitu prediali in dir. rom.*, 1888; *Problemi di origini* (*St. p. Scialoja*, II, pág. 206; Lusignani, *Le origini delle servitu prediali in dir. rom.* (*St. e doc. di st. e dir.*, XIX, 1897) y para el derecho moderno Bianchi Ferd., *Trattato delle servitu legali nel dir. civil italiano*, Lanziano, 1888; Beuse, *Delle servitu prediali*, Siena, 1899; Germano, *Tratt. delle servitu*, 2.<sup>a</sup> edi., Nápoles, 1901; B. Sacchi, *Tratt. teorico pratico delle servitu prediali*, Torino, 1902-1908; Ferrini, *Delle limitazioni della proprietà fondiaria e delle servitu prediali*, Napoli, 1903; Pacifici Mazzoni, *Tratt. delle servitu prediali*, Torino, 1913-1915; Kohler, *Beiträge zum Servitutenrecht* (*Arch. f. civ. Pr.*, LXXXVII, 1897, págida 157 y siguientes).

designarse servidumbres personales en contraposición a las prediales, por servidumbre debe entenderse todo derecho real y particular de goce en virtud del cual un fundo (sirviente) se sujeta

tancia de la cosa usufructuada cuando lo autoricen el título de su constitución o la ley. Por otra parte, el Código italiano es más detallista que el español al señalar en su definición la forma en que el usufructuario ha de disfrutar la cosa objeto del derecho «del modo que gozaría el propietario», imponiendo en cambio el art. 497 del Código español al titular de este derecho la obligación de cuidar de la cosa como un buen padre de familia.

A ambas definiciones les falta dar las características de derecho real y de temporalidad, por las que el usufructo se diferencia del arrendamiento y de la enfeiteusis.

a) *Constitución*.—Concordando el art. 468 del Código civil español, con el 478 del italiano, sólo hay que añadir que se conocen en nuestra legislación tres casos de usufructo legal, a saber: el concedido a los padres sobre los bienes de los hijos que estén bajo su potestad (art. 160 del Código civil español, concordante con el 228 del Código civil italiano), el de cónyuge viudo en bienes del premuerto en las sucesiones legítima y testamentaria (artículos 834 y siguientes del Código civil español, concordante con los 812 y siguientes del italiano), y el que se concede al marido, y mejor a la sociedad conyugal, sobre la dote inestimada de la mujer (art. 1.357 del Código civil español). El acto voluntario constitutivo del título del usufructo no ofrece particularidad, pudiendo ser *inter vivos* y *mortis causa*, precisando su inscripción para perjudicar a tercero (art. 2.<sup>º</sup> de la ley Hipotecaria, núm. 2.<sup>º</sup>) y en cuanto a la prescripción, sólo varían los plazos, que son de tres a seis años, si los bienes son muebles, y de diez, veinte o treinta si son inmuebles (artículos 1.955, 1.957 y 1.959 del Código civil español).

b) *Objeto*.—Únicamente están excluidos de la posibilidad de ser materia del usufructo los derechos personalísimos e intransmisibles, como dice el art. 469 del Código civil español, de mayor amplitud y más explícito que el 478 del italiano. La circunstancia de no ser necesaria la aptitud de la cosa—objeto de este derecho—para un uso repetido se señala ya en la definición del art. 467, reiterándose en el 482, que coincide en absoluto con el 483 del Código civil italiano.

El problema del usufructo sobre derechos—cuasi usufructo—, tiene una solución afirmativa en nuestro Código civil, como más arriba indicamos, dándose en el 475 la misma solución al problema que se plantea en el 482 del italiano sobre el usufructo que recae en una renta y no cabiendo el usufructo impropio, sino el propio sobre las cosas que se deterioran poco a poco por el uso en lo que coinciden los artículos 484 y 81 de los Códigos italiano y español respectivamente.

*Derechos del usufructuario*.—Pueden agruparse en la forma que lo hace el autor: de posesión de goce y de disposición. Los primeros derivan de la naturaleza del derecho, no encontrándose disposición expresa en nuestro Código respecto de este extremo. El derecho a usar de la cosa, sus pertenencias, accesiones, servidumbres y frutos lo establecen los artículos 471 y 479 con carácter general, coincidiendo con los 476, 479 y 494 del Código civil italiano. La adquisición del derecho a los frutos, tiene lugar al comenzar el usufructo respecto de los naturales e industriales pendientes, siendo del propietario los que pendan al extinguir-

ta a otro (dominante) perteneciente a propietario diverso por un servicio o una utilidad que el primero presta al segundo. El Código la define «la carga impuesta sobre un fundo para el uso o

se el usufructo; no habiendo derecho por parte del nudo propietario a reclamar indemnización por gastos de cultivo, teniéndolo en cambio el usufructuario con cargo a los frutos pendientes al extinguirse (art. 472 del Código civil español). Esta solución difiere de la que da el 480 del Código italiano, en el que se establece la compensación de gastos.

Como casos especiales de usufructo, que dan lugar a derechos también especiales, existen en el Código civil italiano el de *bosques* (artículos 485 a 489), cuyas normas concuerdan con las contenidas en el 485 del español; el de predios en que existen *minas* (art. 494 del Código civil italiano), cuya solución difiere de la del Código civil español, artículos 476, 477 y 478, que sólo reconocen derecho a extraer cal, piedras y yeso, a no ser que en el título de constitución se autorice para la explotación de las minas o el usufructo sea título universal, salvo en el caso en que el usufructo sea legal en el que tiene derecho a la mitad de los productos, previa deducción de la mitad de los gastos; el de ganados (artículos 512, 513 y 514) que nuestro Código sólo refiere en el artículo 499 al de un rebaño o piara con igual contenido al del 513 del italiano. También nuestro Código se ocupa de los derechos especiales del usufructuario en el caso de usufructo de viñas, olivares u otros árboles o arbustos, en el de una acción para reclamar un predio o derecho real o un bien mueble y el de usufructo en cosa poseída en común (artículos 483, 484, 486 y 490, respectivamente).

Coincidén los Códigos italiano (art. 494, párr. 2.º) y español (artículo 471) en negar derecho al usufructuario a los tesoros que se encuentren en la finca, a no ser que sea descubridor.

Los frutos civiles los adquiere el usufructuario, día por día (art. 481 del Código civil italiano y 474 del español), siendo análoga la doctrina en sus consecuencias (art. 482 del Código civil italiano, concordante con los 473 y 475 del Código civil español).

Tiene derecho el usufructuario a rechazar los actos del nudo propietario que impidan el ejercicio de sus facultades (art. 489 del Código civil español), pero no indemnización por mejoras, salvo el derecho de retirarlas y de compensar mejoras por desperfectos (artículos 487 y 488 del Código civil español, concordantes con el 495 del italiano).

*Derecho de disposición.*—Concuerda el art. 492 del Código civil italiano, que otorga este derecho al usufructuario con el 480 de nuestro Código, difiriendo la solución que da a la situación de los arrendatarios al extinguirse el usufructo, pues nuestro Código sólo autoriza la subsistencia del arrendamiento de predios rústicos por el año agrícola.

*Obligaciones del usufructuario.*—*Al comenzar el usufructo.*—Tiene la obligación de hacer inventario y de prestar fianza (art. 491 del Código civil español, concordante con los 496 y 497 del Código civil italiano), pudiendo ser dispensado de la obligación de inventariar (art. 493 del Código civil español) y no está obligado a afianzar en los casos del art. 492 del Código civil español, concordante con el 497, párr. 1.º del italiano.

La falta de constitución de fianza no priva del disfrute al usufructuario, sino que implica una modalidad en la forma de llevarlo a cabo (artículo 494 del Código civil español, que coincide con los 498 y 499 del

utilidad de otro perteneciente a distinto propietario» (art. 531), acentuando, quizá demasiado, la limitación que al fundo gravado aporta la servidumbre y olvidando el aspecto opuesto del fenó-

italiano) con la especialidad que deriva del art. 495 de nuestro Código. Una vez prestada la fianza, se retrotraen los efectos al día en que debió comenzar el usufructo con arreglo al título de constitución (art. 496 del Código civil español).

*Obligaciones durante el usufructo.* — Las de carácter general están reguladas en los artículos 497 del Código italiano y 497 también del español, regulando las especiales relaciones entre usufructuario y propietario en cuanto a reparaciones, contribuciones y pago de cargas en la forma siguiente: son de cargo del usufructuario las reparaciones ordinarias, pudiendo llevarlas a cabo el propietario, previo requerimiento, a costa de aquél (artículos 500 del Código civil español y 504 del italiano). Sobre contribuciones que gravan los frutos concuerda el art. 504 del Código civil español con el 506 del italiano. Son de cuenta del propietario las reparaciones extraordinarias, pudiendo reclamar el interés legal, mientras dure el usufructo, pero si fueran realizadas por el usufructuario podrá reclamar su importe del propietario o retener la cosa hasta reintegrarse con sus productos (art. 502 del Código civil español, que concuerda con el de igual número del italiano, discrepando sólo en lo referente a la facultad de retención). También debe pagar las contribuciones sobre el capital, pudiendo reclamar intereses (art. 505 del Código civil español, que corresponde al 507 del italiano).

Está obligado también el usufructuario a notificar al propietario cualquier acto de tercero que tienda a lesionar sus derechos (art. 511 de los Códigos italiano y español y a satisfacer los gastos de litigios referentes al usufructo (art. 512 del Código civil español, que concuerda en parte con el 510 del italiano que determina se abonen por mitad los gastos de pleitos referentes a la nuda propiedad).

Con carácter especial se regulan las obligaciones del usufructuario en el usufructo sobre la totalidad del patrimonio (art. 506 del Código civil español) sobre la totalidad o parte alícuota de una herencia (artículos 508 y 510 de nuestro Código civil, concordante con el 509 del italiano) el que tiene por objeto una finca hipotecada —usufructo singular— (art. 509 del Código civil español, que concuerda con el 508 del italiano).

*Obligaciones a la terminación del usufructo.* — Consisten en restituir la cosa o abonar su importe en el quasi usufructo.

*Extinción del usufructo.* — Los artículos 513 del Código civil español y 515 del italiano enumeran las causas de extinción del usufructo. Las del Código español las expone el Sr. Clemente de Diego en este orden:

1.º *Con relación al sujeto.* — Muerte del usufructuario (núm. 1.º del artículo 513 del Código civil español y 515 del italiano), dándose el derecho de acrecer entre las personas llamadas conjuntamente al usufructo (art. 987 del Código civil español, concordante con el 885 del italiano) y siendo válidas las sustituciones fideicomisarias hasta el límite del artículo 781; el concordante del Código italiano (art. 901) las limita al primer llamado. Si los llamados fuesen varios y viviesen al tiempo de constituirse el usufructo, no se extinguiría hasta la muerte del último (artículo 521 del Código civil español).

Cuando el usufructo se constituye en favor de entidades de duración

meno, o sea el incremento que el fundo dominante recibe de aquel servicio. El concepto de limitación no agota todo el contenido económico y jurídico de la servidumbre ni debe considerarse

perpetua o indefinida nuestro Código en el art. 515 señala idéntico término de duración treinta años al que establece el 519 del italiano.

Por renuncia (núm. 4.<sup>º</sup> del art. 513 del Código civil español). El Código italiano no la considera; puede realizarse por título gratuito u oneroso; pudiendo impugnarse la renuncia cuando se haga en fraude de acreedores (art. 1.111 del Código civil español).

Por prescripción (núm. 7.<sup>º</sup> del art. 513 del Código civil español, que concuerda con el 515 del italiano).

2.<sup>º</sup> *Con relación al objeto.* — Es causa única de extinción por este motivo la pérdida total de la cosa usufructuada (núm. 5.<sup>º</sup> del art. 513 y artículo 515 del italiano); la pérdida parcial no extingue más que parcialmente el usufructo (art. 514 del Código civil español, que concuerda con el 519 del italiano).

Sobre extinción por destrucción de edificios ver artículos 517 del Código civil español y 520 del italiano, y sobre cosas aseguradas o expropiadas —casos no resueltos en el Código italiano—ver artículos 518 y 519 del español.

3.<sup>º</sup> *Referentes a la relación jurídica misma.* — Por la reunión del usufructo y la propiedad en una misma persona (núm. 3.<sup>º</sup> del art. 513 del Código civil español y 515 del italiano).

4.<sup>º</sup> *Con relación al título de constitución.* — Resolución del derecho del constituyente (núm. 6.<sup>º</sup> del art. 513 del Código civil español) y por el cumplimiento del plazo o condición resolutoria (núm. 2.<sup>º</sup> del art. 513 del español y art. 515 del italiano, que sólo se refiere al plazo y no a la condición). Ya hemos indicado el tiempo máximo por que puede constituirse el usufructo a favor de personas jurídicas, regulándose en el art. 516 del Código civil español el usufructo constituido hasta el tiempo en que cumpla un tercero una determinada edad, resuelto en igual forma en el artículo 517 del Código civil italiano.

El abuso del derecho por el usufructuario no es causa en nuestro Código de la extinción del usufructo a diferencia de lo que ocurre en el italiano por disposición de su art. 516, apartados 1.<sup>º</sup> y 2.<sup>º</sup>; por virtud de lo dispuesto en el 120 del español procede sólo tomar las medidas que sean necesarias para que el propietario no resulte perjudicado.

II. *Uso y habitación.* Conciernen los conceptos que de uso y habitación dan los dos Códigos. Ver artículos 521 y 52 del italiano y 524 del español, a diferencia de lo que en el italiano—art. 523—sucede, no da nuestro Código el alcance categórico del concepto de familia, pero los tratadistas (véase Manresa, obra y tomo citados, pág. 543) le dan la misma extensión. Ya hemos dicho que las disposiciones referentes al usufructo son supletorias según el art. 528 de las que regulan estos derechos de uso y habitación. Sustancialmente concuerda el régimen que a estos derechos dan los Códigos civiles español e italiano. En uno y otro tienen la facultad de poseer y de gozar en la medida que en estos derechos es posible, pero no la de disponer (art. 525 del Código civil español, que concuerda con el 528 del italiano). Nuestro Código expresa el alcance de la facultad de gozar en el caso especial de derecho de uso sobre un rebaño o piara, art. 526, que el italiano omite.

Las obligaciones genéricas son iguales a las del usufructuario, pero respecto a gastos de cultivo, reparaciones ordinarias y pago de contribu-

rarse como el momento principal de la misma, sino como la necesaria consecuencia del poder conferido a alguien en el fundo ajeno. La servidumbre—incluso cuando tiene por causa la ley y parece aproximarse más a las limitaciones legales de la propiedad, sobre todo a las que constituyen el llamado derecho de vecindad—se distingue de éstas y se configura económica y jurídicamente como una cualidad de los fundos ventajosa para el que utiliza el servicio, desfavorable para el que lo presta y en las limitaciones legales falta, a más de la dependencia o sujeción de un fundo a otro, la constitución de un derecho real a favor del propietario del fundo dominante. El incremento o ventaja y la restricción son momentos relativos: ésta, consecuencia de aquél; no otra cosa expresa el pasaje del fragmento 9, § 5, Digesto 39. I: *Cum cuius postea cuan ius suum deminuit, alterius auxit hoe est postea quan servitutem aedibus suis imposuit*, invocado por algunos para robustecer la doctrina (más arriba rechazada) según la que las servidumbres constituyen fraccionamientos de la propiedad.

Reposan éstas en una relación objetiva de los predios entre sí, que cuando se eleva (por la ley o por la voluntad de los particulares) a relación jurídica, se convierte en derecho real, y de ello se deriva que aquella cualidad ventajosa o desventajosa vaya adherida al fundo y se transmita con él, siendo independiente en su existencia de la persona del propietario. Pero fué una exageración la de aquellos que para hacer resaltar esta independencia elevaron la relación objetiva a relación autónoma, y personificando los fundos quisieron ver en el dominante el sujeto ficticio del servicio, el titular de derecho. Contra la concepción inútil

ciones se rigen por el art. 527 que estatuye para el caso de total consumo de productos u ocupación de toda la habitación la obligación de satisfacerlos íntegramente el usufructuario o habitacionista y caso de consumo u ocupación parcial también en cuanto no basten las utilidades que resulten a favor del propietario para cubrir esas atenciones (este artículo concuerda con el 527 del Código italiano).

Las causas de extinción de estos derechos son las mismas que las del usufructo, añadiendo el art. 529 del Código civil español «el abuso grave de la cosa o de la habitación». Esta adición es innecesaria en el Código italiano (art. 529) por cuanto el abuso del derecho en la cosa usufructuada es causa de extinción del usufructo y su régimen es supletorio del de los derechos que ahora nos ocupan.

y artificiosa de la personificación está el hecho que de la utilidad ofrecida por el fundo sirviente se beneficie el titular del dominante del mismo modo que la carga que grava el fundo sirviente no puede ser concebida sino como una restricción de los poderes del propietario (1).

Tampoco esta relación debe creerse una subordinación de los predios entre sí que salga del campo patrimonial y establezca preeminencias que alteren la condición intrínseca de los fundos. Ya el Código francés, para alejar toda posibilidad de reaparición de los vínculos feudales, declaró en el art. 638 que la servidumbre no crea preeminencia alguna de un fundo sobre otro; en nuestro Código no se sintió la necesidad de una tal declaración que oportunamente la omitió porque ni siquiera la sospecha de un resurgir de la desigualdad entre las propiedades fundiarias se imaginaba.

Cuales sean las utilidades o servicios que pueden ser contenido de una servidumbre, depende del modo con que en cada Derecho positivo es concebida la propiedad y las ventajas derivadas de la sujeción de un fundo a otro armonizadas con la libertad de la propiedad inmobiliaria; depende también del modo como la ley regule las relaciones de vecindad y consiguientemente de la esfera más o menos amplia de libertad que deje a la autonomía privada para ser objeto de regulación convencional. Si no son en tal respecto antitéticos el Derecho romano y el moderno, especialmente el nuestro, al menos siguen direcciones distintas.

Partieron los jurisconsultos romanos de la idea de que las servidumbres, implicando una restricción a los normales y absolutos poderes del dominio, debieran contenerse en los límites en que las necesidades de disfrute de un fundo justificasen e impusiesen una aminoración de aquel señorío; mucho más útil era la libertad universal de los fundos que los singulares y particulares servicios de que pudieran recíprocamente beneficiar. Lo mismo que en los hombres, así también en los fundos debía protegerse

(1) Ver en tal sentido Bianchi, *Tratt. d. servitu*, pág. 167 y siguientes; Zachariae-Crome, Man. I, § 216, pág. 617.

la libertad, que es más simpática que la sujeción, y así, donde no hay una necesidad efectiva que satisfacer, cesa, no sólo la limitación legal de la propiedad, sino hasta la facultad de los propietarios de imponerla en el propio fundo. Primero circunscritas a pocas y esencialísimas necesidades como la de transitar, la de conducir aguas (piénsese en las antiguas, y originariamente únicas, servidumbres rústicas de *via*, *iter*, *actus* y *aque ductus*) fuéreronse ensanchando en número hasta comprender una numerosa serie de necesidades de los campos y de las casas. Pero incluso en el momento de su más amplio desarrollo, las servidumbres reconocidas fueron siempre tipos determinados y fijos correspondientes a aquellas necesidades en que el derecho veía una justificación de las restricciones de la libertad natural de los fundos, de modo que fuera de las categorías admitidas por la ley no era lícito a los particulares introducir otras que reportasen a un fundo una cualquiera utilidad (1).

Nuestro derecho civil parte de la idea opuesta: a saber que toda utilidad, y no sólo de índole económica, sino también la mera amenidad o belleza de un terreno o edificio (2), puede ser contenido de una servidumbre.

No se encuentran en él tipos fijos y pre establecidos y por ello es más amplia la esfera de autonomía de los particulares que pueden establecer sobre sus fundos o a favor de ellos alguna servidumbre, con la única limitación de que se imponga en un fundo y en ventaja de otro y no sea en algún modo contraria al orden público (art. 616). No sólo en cuanto al objeto, sino también en cuanto al ejercicio y extensión del derecho conferido al titular, es siempre decisivo el título, o sea la voluntad de los

(1) Esto explica por qué el derecho romano no conoce «una idea abstracta de servidumbre que pueda recoger un contenido vario según la voluntad de las partes»; ver Ferrini, Pand., § 375, pág. 484.

(2) Bien entendido, con tal que no se trate de un servicio de mero recreo, que por su naturaleza, por su carácter transeunte y pasajero, por la atribución que de ella se haga por el constituyente a favor de una determinada persona no representa un aumento de utilidades en el fundo dominante; tales prestaciones pueden a lo sumo (como ya indicamos) ofrecer contenido a una relación obligatoria, no a un derecho real de servidumbre.

particulares, así que las normas contenidas en la ley (art. 617) tienen función meramente supletoria. A las necesidades de los fundos provee la ley en gran parte imponiendo limitaciones o creando verdaderas servidumbres legales que, con las primeras, completan la compleja regulación legal de las relaciones de vecindad y satisfacen esenciales exigencias. Quizá también, como observa algún autor (1), el criterio legislativo sobrepasa lo necesario y el campo dejado a la autonomía privada se refiere únicamente a las utilidades que los fundos pueden proporcionarse: utilidades consistentes en obtener ventajas de servicios no previstos por el legislador como necesidades absolutas o en derogación de algunas de las normas que regulan la relación de vecindad, que restringe el poder de goce de un fundo. Sin embargo, como no todas las necesidades se satisfacen de este modo y el cambio en el sistema de disfrute de un fundo puede hacer surgir nuevas necesidades, no debe considerarse el campo que la ley deja libre a la autonomía de los particulares circunscrito a las solas utilidades; es amplísimo y abraza toda posible ventaja, ya estriben éste en necesidades o en utilidades.

De esto resulta que una enumeración de las servidumbres en particular, como era posible en el Derecho romano, no podría nunca hacerse en el nuestro, el cual ni conoce categorías cerradas ni prohíbe a los propietarios introducir modificaciones más o menos profundas en aquellos que sin ser tipos fijos y pre establecidos constituyen los tipos normales, según la práctica y la tradición. A este concepto responde el hecho de que el Código—excepción hecha de las servidumbres relativas a las aguas, de las cuales, dada la gran importancia que tienen para la agricultura, la industria y la higiene, se ocupa de modo más particular, dictando una completa disciplina en los artículos 619, 628, 637, 638, 648 y 661—deja la singular regulación de cada servidumbre al título que en su sistema representa lo primero y fundamental. Pero la tradición y el laborioso desenvolvimiento que tuvo cada

(1) Así Brugi, *Il requisito della utilità nelle servitù prediali* (Arch. giur., XXXIII, 1884, pág. 237 y siguientes) y Glück, *Comm. alle Pand.* VIII, ap., página 80; ver además del mismo autor, *Ist. d. dir. civ.*, § 45, págs. 370-371 y Venzi en Pacifici, *Ist. III*, 2. pág. 28, n. f.

especial figura de servidumbre en las obras de los clásicos y en la doctrina romanística, consienten al civilista aprovechar—para una agrupación sistemática—las categorías y clasificaciones romanas correspondientes a las servidumbres más usuales del Derecho moderno.

Ha decaído en importancia la fundamental distinción en rústicas y urbanas (1), cuyo criterio lo daba la naturaleza rústica o urbana del fundo dominante (2). Prescindiendo de ésta pueden servir para un cuadro general los *iura itinerum, aquarum, parietum, luminum, stellicidiorum*, que comprenden, sin agotarlas, las principales servidumbres. Designadas aún hoy en gran parte con el nombre tradicional romano—que indica el servicio especial que un fundo presta a otro—, las más notables servidumbres actuales son aún las que la jurisprudencia romana elaboró, y como tipos normales (no fijos) reproducen sustancialmente su contenido. Son las necesidades del tránsito, de las aguas, de la luz, de las vistas, de los apoyos de edificios, etc., las que hicieron surgir antiguamente y justifican aún hoy la existencia de ciertas figuras más usuales y difundidas, entre las que figuran las servidumbres de paso a través del fundo ajeno, de acueducto para la derivación de las aguas de fuente o manantial ajenos o su conducción a través del fundo ajeno, de *desagüe* que autoriza al propietario a verter el agua sobrante, de *aquae haustus* para sacar agua de la fuente ajena, la *s. pecoris ad aquam adpulsus* de llevar el ganado a la fuente ajena para abrevarlo; la *s. cloacae*, que contiene la facultad de verter las aguas sucias e inútiles de un edificio en el canal ajeno o de hacer pasar por fundo ajeno la cloaca propia; la *s. stellicidi*, derecho a verter en fundo ajeno las aguas pluviales gota a gota; *stellicidium* o en canal *flumen*; la *s. oneris ferentia*.

(1) Ver Dig. 8. 2. de *servit praed. urb.*; 8. 3. de *servit. praed. rust.* 8. 4. *comm. praed. tam. urb. quam rust.* y para la distribución de las diferentes especies dentro de las dos categorías fr. 2. 4. D. 8. 2; fr. 1. 2. D. 8. 3.

(2) Discutido es entre los romanistas este punto del criterio distintivo que, según algunos debiera buscarse en el carácter abstracto y específico de las servidumbres independientemente de hallarse éstas constituidas en servicio de un edificio o de una tierra de labor; según otros en la condición del fundo sirviente (ver Arnó, *Sulle distinzione delle servitù rustiche e urbane*, Torino, 1895).

*di*, que faculta para apoyar el edificio propio en el ajeno; *a s. tigni immittendi*, que autoriza a introducir vigas en la pared vecina; *s. proiiciendi*, la facultad de construir balcones u otros voladizos sobre la propiedad del vecino, y la *s. protegendi*, para sacar el alero del tejado, las varias servidumbres de luces y vistas, como la *s. ne luminibus officiatur*, que tiende a impedir las obras del vecino que privarían de luz al edificio propio, y la *s. ne prospectui officiatur*, por la que se prohíben las obras que quitarían vista; la *s. lumenum*, consistente en el derecho de abrir ventanas en la pared común o ajena o en la propia sin observar las distancias legales; las servidumbres que limitan la facultad de edificar (*s. non aedificandi*) o de elevar un edificio a más de una cierta altura, *s. altius non tollendi*; finalmente, toda una serie de servidumbres que, como la *s. pascendi, calcis coquendae, arenae fodiendae, cretae eximendae, silvae cedendae*, dan derecho a realizar en el fundo ajeno obras que satisfagan las necesidades de otro, extraer minerales, leña, hierba, etc.

II. *Reglas generales*.—Abstracción hecha del contenido propio de cada especial servidumbre y de la disciplina particular que para las legales contiene la ley misma y para las voluntarias el título, todas las servidumbres están regidas por algunas reglas fundamentales, de las cuales algunas derivan de la naturaleza misma de estos derechos; otras, como el principio *nemini res sua servit*, de su carácter común a todos los *sua in re aliena* si bien se hayan enumerado más especialmente para las servidumbres. Derivados en gran parte de las doctrinas romanísticas, aunque hayan sufrido en nuestro derecho templanzas y modificaciones, estos principios se refieren a los requisitos de existencia de toda servidumbre, y pueden resumirse en los siguientes:

a) *Servitus in faciendo consisteres nequit*.—Contenido de la servidumbre no puede ser un *facere*, es decir, una prestación personal del propietario del fundo sirviente. Como a su tiempo observamos, uno de los criterios que sirven de base a la distinción entre derechos reales y de crédito, consiste en que el *face-re* es el objeto propio de las obligaciones, no de los derechos reales, los cuales para que existan no necesitan una actuación de

determinada persona, sino que implican en todos un deber negativo solamente. Este deber, que en las servidumbres incumbe al propietario del fundo sirviente, se manifiesta con respecto a él en un *patti* cuando la servidumbre confiere al titular el derecho de ejercer algunas facultades en el fundo sujeto a servidumbre, de servirse de él, usarlo en ventaja del dominante, o en un *non facere* cuando la servidumbre consiste en el derecho de impedir determinados actos que sin la existencia de la servidumbre el propietario del fundo sirviente podría libremente realizar; la relación se desnaturalizaría si consistiere en un *facere* por parte del propietario del sirviente.

Tal principio era para los romanos tan absoluto y universal (1), que cuando se creó una excepción singularísima surgieron graves discusiones entre los jurisconsultos clásicos. Y la excepción se dió en la *servitus oneris ferendi*, en la cual el propietario del fundo sirviente no le incumbía solamente el deber de sufrir en la columna o pared propias el peso del edificio ajeno, sino que estaba obligado, además, a restaurar una u otra, salva la facultad de librarse con el abandono (2). Los esfuerzos hechos por los clásicos para justificar una tan seria excepción al principio y superar las dificultades merced a una racional explicación (hallada por Labeón en aquello de que *non homo sed res han servitutun debet*), se han renovado más tarde entre los romanistas, de los cuales el que más felizmente explicó la anomalía fué Scialoja; ella responde, según hace notar, a un principio de justicia, porque si se hubiera impuesto al propietario del fundo dominante el deber de la reparación, el propietario de la pared o de la columna se hubiera enriquecido indebidamente (3). Como quiera que sea, hay que observar que aun en este caso excepcional la obligación de un *facere* no se configura como objeto

(1) Ver Pomponio, fr. 15, § 1. D. 8. 1.

(2) Ulpiano, fr. 6. § 2. D. 8. 5; ver también fr. 8. § 2. D. y 33. D. 8. 2.

(3) Scialoja, *Sulla servitus oneris ferendi* (Arc. giur., XXVII, 1881, página 145 y siguientes); *La propriété* (Lez. 1900-1901, pág. 49 y siguientes); ver también Burzio, *La servitus oneris ferendi e il principio servitus in faciendo consistere nequit* (Arch. giur., LVI, 1895, pág. 315 y siguientes, página 526 y siguientes); Windscheid, Pand. 1. 2. § 211 a núm. 3.

único o principal de la servidumbre, es secundario con relación a la obligación de un *pati*, o sea de sufrir el peso del edificio ajeno, y no va más allá de los gastos de reparación.

Ahora bien; el principio romano, en forma menos absoluta ha pasado al Derecho moderno. Esto es negado por algunos escritores (1), que afirman que no repugna a nuestro Derecho una servidumbre que tuviese por contenido un *facere*, como se dan, por lo demás, en ciertos derechos reales que tienen por contenido prestaciones personales que son debidas por el propietario del fundo o por quien se halla con la cosa en una determinada relación (cargas reales, *Obligationes propter rem*). Pero prescindiendo de estas figuras mixtas en que el elemento real se une con el obligatorio y que precisamente por su incerteza no pueden ofrecer argumentos decisivos, más fundada debe considerarse la doctrina universal que reconoce vigente el principio, aunque sensiblemente atenuado. Puede, en efecto, la obligación de un *facere* imponerse al propietario del fundo sirviente cuando el título—derogando la norma general que pone a cargo del titular de la servidumbre las obras necesarias para usar de ella y conservarla (art. 640)—expresamente establezca que tales obras deben ser costeadas por el primero (art. 641, párrafo 1.º). Es más: en algunos casos, cuando se trate de concesiones de agua, la carga es por la ley misma impuesta al propietario del fundo sirviente (art. 649). Pero estos son casos que deben ser considerados como derogación del principio que entra de nuevo en vigor, fuera de los mismos y prohíbe que el propietario del fundo sirviente pueda ser obligado a algo distinto de un *pati* o un *non facere*. Además, cuando el *facere* es consentido, no constituye nunca el objeto único o principal de la servidumbre; trátase de obligaciones accesorias que no agotan todo el contenido de la servidumbre, sino que tienden a hacer posible su uso o ejercicio, o cuyo carácter es mixto porque la relación, si bien es obligatoria por su objeto, tiene naturaleza real por la posibilidad

(1) Por ejemplo, ver Fadda y Bensa en Windscheid, Pand. I. 27 página 581 y siguientes; Bensa, *Delle servitu prediali*, pág. 43 y siguientes.