

El problema de la división del usufructo

(Estudio romano-civilístico)

ALVARO D'ORS Y J. BONET CORREA

Profesores de la Universidad de Santiago

Intentamos aplicar aquí, a una institución determinada, el principio metodológico de que el valor del Derecho Romano no reside en una simple función de precedente histórico del Derecho civil moderno, sino en sus posibilidades para instruir al jurista moderno en un espíritu de libertad frente al legalismo, procurándole conciencia cabal de la génesis y transformación de las instituciones jurídicas y una prudente seguridad para tratarlas según su destino esencial e impulsarlas en su devenir por el derrotero que les impone su más auténtica genealogía; el estudio del Derecho Romano conduce así a la rectificación y superación de la crisis actual del Derecho civil. En este sentido, el estudio del Derecho Romano, se entiende el estudio crítico, es para el jurista moderno una subversión, pero también una purificación ().*

SUMARIO: I. 1. La distribución sistemática del tema de la divisibilidad.—2. Aprovechamiento solidario y aprovechamiento exclusivista.—3. El usufructo, derecho divisible.—4. El usufructo, derecho indivisible.—5. El supuesto derecho de acrecer entre cusufructuarios.—6. La función genuina del usufructo.—II. 7. Tipos de usufructo en el Código civil español: a) Cusufructo voluntario: derechos y obligaciones; b) otros modos voluntarios de constituirse el cusufructo; c) el usufructo legal: examen de los diversos usufructos legales; d) tipos formales de usufructo.—8. La división de la comunidad de usufructo en el Código civil: a) posición crítica respecto al sistema del Código civil; b) reacción comunitaria actual.—9. El concepto del cusufructo y plan-

(*) Sobre esto, ya en *Presupuestos críticos para el estudio del Derecho Romano* (1943), de A. D'ORS, y, recientemente, *La crisi attuale del Diritto nell'impostazione romanistica*, del mismo, en *Jms*, 3 (1951), 341; cfr. P. FUENTESECA, en *AHDE*, 20 (1950), 983. [Texto español, ahora, en la serie «O crece o muere», 1952].

teamiento del problema. La solución de los Derechos forales.—10. La indivisibilidad del cousufructo: a) opción del heredero ante el usufructo inoficioso: b) el acrecimiento en el cousufructo; c) la extinción del cousufructo.

I

1. La distribución sistemática del tema de la divisibilidad.

La investigación jurídica debe partir de la base siguiente: que el juicio es el centro de todo sistema jurídico; en consecuencia, cualquier fenómeno jurídico debe ser reducido y considerado en su concreta realidad judicial. Dentro de una tendencia no sin abolengo, hemos dicho que el Derecho Romano debe ser estudiado como un «Sistema de Acciones». Con la reflexión de los años, este punto de vista, no sólo no se ha relajado, sino que cada vez se nos hace más evidente, incluso para el Derecho civil. La sistemática Pandectista, al tomar, siguiendo una trayectoria racional-jusnaturalista, como pieza angular el derecho subjetivo, ha falseado la realidad de la vida jurídica. Una visión realista del Derecho ha de fundarse en el momento concreto de la acción. Esto también se patentiza en materia de divisibilidad.

En la sistemática usual, el tema de la divisibilidad o indivisibilidad aparece colocado en sedes diversas: se habla de divisibilidad de las cosas al tratar de las «cosas», de la divisibilidad de los derechos reales en el Tratado de los «Derechos Reales», y de la divisibilidad de los derechos personales en el Tratado de las «Obligaciones». Esta dispersión del tema resulta, ya en sí, algo sorprendente, toda vez que el concepto de la división se nos presenta como unitario; pero lo que todavía debe ocasionar mayor perplejidad es que los juristas nos tengamos de preocupar de la divisibilidad física de las cosas, casi como podría hacer un naturalista (1). Llegado ese momento, ponemos aquellos bonitos ejemplos de la divisibilidad de una piedra (no se diría lo mismo de una piedra preciosa) o la indivisibilidad del caballo (aunque tampoco se diría lo mismo si fuera de la carne de un caballo). Frente a ese concepto tan natural de la división oponemos otro mucho más difícil y abstruso de la divisibilidad ideal, por cuotas, de una cosa, y decimos que son idealmente divisibles aquellas cosas que tenemos *pro indiviso*, lo cual no deja de ser un nuevo tipo de acertijo.

Me parece que esto resulta mucho más claro y elemental cuando se mira desde el punto de vista de la acción.

(1) ARISTÓTELES. *Híst. animal*. I, I, clasifica los objetos en *homoiomérē* y *anomoiomérē*, según consten o no de partes homogéneas; esto, por sí mismo, no interesa al jurista; sin embargo, ha influido perversamente en la dogmática; v. gr.: SCIALOJA, *Proprietà*, I, 76, y, en general, los Pandectistas.

El primer error está en creer que al jurista le puede interesar por sí misma una cualidad física de las cosas. Esto viene de que los juristas modernos, más fieles que inteligentes en materia romanística, han olvidado que, para los romanos, la palabra *res* quiere decir también el dominio de una cosa. Los romanos, como es sabido, no conocieron el «derecho de propiedad», sino «la propiedad» sin más: la *res* para ellos era la propiedad de la cosa. Así, el problema de la divisibilidad de las *res* concierne al derecho de propiedad. Ahora bien: la propiedad se resuelve en una serie de distintos medios procesales. De ellos, hay dos para los que el problema de la división tiene interés.

En primer lugar, la división interesa en la *actio communi dividundo* (o *familiae erciscundae*). Cuando dos o más propietarios se presentan ante el juez para que éste ponga fin al estado de indivisión, aquel juez debe examinar si la prudencia le aconseja hacer porciones de la cosa en litigio para dar una porción material en propiedad a cada litigante, o si, por el contrario, es conveniente no hacer porciones, sino evaluar la cosa y producir la división sobre la base de indemnizaciones pecuniarias, ya sea con adjudicación de la cosa a un condueño, ya con venta a un extraño; incluso puede aconsejar la prudencia de un juez hacer una adjudicación de partes cualitativamente distintas, por ejemplo, dando a uno el usufructo u otro derecho y dando al otro partícipe el resto del derecho dominical. En este caso, nuestro C. c. es simplista, y deja pocas posibilidades al juez (art. 404) cuando «la cosa fuere esencialmente indivisible»: adjudicación convencional o reparto del precio. Afortunadamente, el juez recobra su libertad, en parte, al no determinar la ley cuál sea esa indivisibilidad «esencial». Es decir, la divisibilidad o no dependerá de la prudencia del juez. No se trata de nada «esencial» ni de nada «físico», sino de un concepto económico (2). Una pieza de tela será todo lo esencialmente divisible que se quiera, pero habrá que tachar de insensato a un juez que haga partes de la misma hasta el extremo de que las porciones no lleguen para un corte de traje. Lo mismo podría decirse de un juez que dividiera una finca en pequeñas parcelas en un ambiente agrícola dominado por el tractor. En cambio, una casa podría hoy ser dividida por pisos (3). Quiere esto decir que el problema de la

(2) En Dig., 30. 26. 2, un texto extensamente interpolado (vid. *Index Interpolationum*: BONFANTE, RUDORFF, GRADENWITZ, KRÜGER, PEROZZI, MESSINA VITRANO), parece distinguirse entre *res naturaliter indivisae* y aquellas que no pueden dividirse *sine damno*, pero, al fin de cuentas, todas son indivisibles por el adverso resultado económico de la división. BETTI, *Istituzioni*, pág. 362, habla de poder conservar o no la «función económico-social».

(3) Dig., 8. 4. 6. 1, *in fine*, habla de una división vertical del edificio, mediante una pared, *ut plerique faciunt*. Lo que impedía en Roma la propiedad por pisos era la idea de que en una *res fundi* («bien raíz») no podía prescindirse del *fundus*. No repugnaba, en cambio, a la mentalidad romana que alguna parte del edificio se hallara *pro indiviso*; así, por ejemplo, un *testibulum* (Dig., 10. 3. 19. 1) o una *paries*.

divisibilidad en el juicio divisorio (*actio communi dividundo*) está todo el supeditado a la prudencia judicial, la cual debe tener en consideración, ante todo, el valor económico (*utilitas*) de la cosa y de sus posibles porciones (4).

Pero también interesa el problema de la divisibilidad en relación con otra acción del propietario, con la misma *rei-vindicatio*, que debemos traducir: «petición de propiedad». El antiguo nombre técnico para la «acción» es *petitio*; la *vindicatio* es una *petitio in rem*; pero *res* es la propiedad.

Con una sencillez rara ya en nuestros días, decía Paulo, comentando la fórmula reivindicatoria del Edicto (Dig. 6, 1, 35, 3), que «también de las cosas que no pueden ser divididas sin desaparecer es claro que podemos reclamar una parte». Esto quiere decir que en materia de reivindicatoria la divisibilidad tiene otro sentido distinto que en materia de acción divisoria: en ésta se trataba de adjudicar o no porciones a los condueños que quieren dejar de serlo; allí se trata de la admisión de una petición parcial de la propiedad, de un *pro parte petere*. Así resulta que el complicado concepto de la divisibilidad ideal de las cosas quiere decir simplemente que es posible, en los Tribunales, entablar una reivindicatoria parcial.

Naturalmente, como la acción es el fundamento de todo el sistema jurídico, la posibilidad de reivindicar *pro parte* permite la constitución, transmisión y extinción *pro parte* también del derecho de propiedad, y así decimos que la propiedad es un derecho divisible. Si los Tribunales dejaran de admitir reivindicatorias parciales, nadie sería tan imprudente de comprar una parte ideal de propiedad: la propiedad se habría hecho indivisible. En efecto, no todos los derechos reales son divisibles. Tampoco lo son todos los derechos personales.

A propósito de la divisibilidad de las obligaciones tenemos un texto en el Digesto (Dig. 45, 1, 85 pr.), un texto evidentemente espurio (5), pero que, a pesar de eso, enfoca el problema de una manera acertada, como hubiera hecho un clásico, aunque con otro lenguaje. Dice así: «En la reclamación judicial (6) de la obliga-

(4) Distinguimos así la «porción» de la «parte» constitutiva («Bestandteil» de los alemanes). Los romanos usaban sin preocupación de la palabra *pars*, pero, cuando llegaba el momento, sabían distinguir; cfr. Dig., 46, 4, 13, 2.

(5) Sorprende, de todos modos, que sean pocos los que repararon en que el texto no es clásico. Vid. *Index Interpolationum*. Como ocurre con mucha frecuencia, aunque el texto sea post-clásico, es utilizable para el Derecho clásico. Probablemente, el texto se funda en una clasificación de los tipos de *stipulationes*, como la de Dig., 45, 1, 2, 1. La teoría general de la obligación se nutre de la teoría romana de la *stipulatio*. Sobre el problema de la divisibilidad o no de las obligaciones, vid. ALBERTARIO, *Corso* (1945), págs. 266 y siguientes; sobre las alteraciones justinianas en materia de solidaridad (acción de regreso, etc.) entre codeudores, *ibid.* págs. 274 y sigs.

(6) El texto dice *in executione*. La extensión del término *executio* a toda

ción hay que distinguir cuatro tipos: a veces es algo que podemos conseguir dividido de los herederos (es decir, que podemos reclamar parcialmente a prorrata de la cuota de cada heredero del deudor); otra cosa, lo que se debe pedir en su totalidad «solidariamente» y no puede abonarse por separado; otra cosa, lo que se pide parcialmente, pero no puede pagarse sino en su totalidad; otra cosa, lo que hay que pedir solidariamente, por más que admita partición en el pago.» Todo se reduce, como se ve, al problema procesal del *pro parte petere*: o se admite (divisibilidad de la obligación), o no se admite (indivisibilidad de la obligación). Las otras combinaciones que se presentan en ese inelegante texto (cuya continuación presenta los ejemplos) no alteran para nada ese punto de vista fundamental. En una obligación alternativa, por ejemplo, si elige el deudor, cada acreedor puede reclamar su parte, pero hay indivisibilidad en el cumplimiento, ya que el deudor no puede pagar a A la mitad de un objeto y a B la mitad de otro objeto distinto. En realidad, aquí no hay indivisibilidad, sino un efecto análogo que proviene de la misma alternatividad (7). Viceversa, los herederos del vendedor mancipante deben ser reclamados (8), en caso de evicción, de una manera solidaria, pero cada uno debe indemnizar tan sólo en proporción a su cuota hereditaria. También aquí se trata de un aspecto secundario de la indivisibilidad de la reclamación para el juicio de evicción.

El criterio para admitir o no una acción personal *pro parte* dependerá también de la prudencia judicial, la cual debe tener en cuenta, ante todo, lo convenido por los contratantes. Las obligaciones consistentes en *dare* (que quiere decir «dar la propiedad») es natural que sean consideradas como divisibles, ya que la propiedad misma lo es. Pero un jurista moderno debe andar con mucho cuidado al leer los textos latinos que tocan esta cuestión. Si se encuentra con el atormentado texto que nos conserva Dig. 45. 1, 72 pr., en el que se nos presenta como indivisible una estipulación de hacer una *traditio*, es probable que quede algo perplejo (9). No se trata de nada anormal. Ya hemos dicho que *dare* es dar la propiedad, pero *tradere* no es dar la propiedad, sino «entregar». El vendedor, por ejemplo, está abligado a *tradere*, pero

reclamación judicial es característico del lenguaje post-clásico. Vid. A. D'ORS en *AHDE*, 16 (1945), 752.

(7) Cfr. Dig. l. c., 4, *in fine*. Del mismo modo, tampoco podrán varios acreedores, si tienen ellos la elección, pedir prestaciones parciales distintas. Vid. también Dig., 45, 1, 2 1, y *eod.*, 54.

(8) Cfr. Dig. l. c., 5, donde no se habla de reclamación, sino de *denuntiatio*, pero vid. LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen*, II, 1, 239, n. 6; también *Index Interpolationum*.

(9) Tanto, que algunos autores quisieron sanar el texto en *fundum radi* o *arari*, en vez de *fundum tradi*, lo que incluso les parecía más en consonancia con la continuación: *vel fossam fodiri vel insulam fabricari*. No debe olvidarse, por lo demás, que una *traditio* de un *fundus* no era suficiente para transmitir la propiedad civil sobre el mismo.

no a *dare* (10) (salvo el riesgo de saneamiento por evicción, que, por lo demás, puede ser eliminado como elemento no esencial, sino simplemente natural; y esto tan sólo desde el siglo II. d. C., ya que con anterioridad a esa fecha tal efecto sólo se producía en caso de *mancipatio*). Paulo (Dig. 45, 1, 28) ilumina bien la cuestión al decir: «Si nos hacemos acreedores por estipulación de la entrega de una cosa, se entiende que no estipulamos que se nos dé la propiedad, sino tan sólo que se nos entregue». Ahora bien, entregar es un hacer (*facere*), y ese hacer, un juez prudente lo estimará como indivisible. Se puede admitir una reclamación de que se me dé la mitad o un tercio de la propiedad de una cosa, pero no de que se me entregue a medias o a tercias; se entrega el todo o nada, ya que la entrega sólo puede recaer sobre objetos materiales, no sobre cuotas ideales, como puede ocurrir en la propiedad. Esta diferencia entre el *dare* y el *tradere* es fundamental para la inteligencia de los textos romanos; en el vocabulario moderno, en cambio, los sentidos se hallan mucho más confusos (11).

La indivisibilidad de todas las obligaciones de hacer se enuncia, quizá por un glosador del margen, en Dig. 35, 2, 1, 9 (12).

Una cierta oscilación se observa, sin embargo, respecto a las obligaciones de *dare operas* (13). Es probable (14) que aquí los clásicos admitieran la divisibilidad (15), precisamente porque así-

(10) Hasta tal punto es esto así, que si el vendedor se obliga a *dare*, el contrato deja de ser una *emptio-venditio*: Dig., 12, 4, 16, un texto que dió lugar a una profusa literatura, pero que dice lo que dice.

(11) El art. 1.088 del Código civil habla, en efecto, de «dar», y al 1.094 se sigue hablando de «dar», pero ya en el 1.095 se empieza a hablar de «entregar». Aunque el legislador que no es muy riguroso en su terminología, parece indicar por el verbo «dar» el contenido de la obligación y por «entregar» un elemento de aquel contenido: «La obligación de dar cosa determinada comprende la de entregar todos sus accesorios, aunque no hayan sido mencionados» (art. 1.097), sin embargo, hay que renunciar a una distinción, porque ya el art. 1.100, en contradicción terminológica con el 1.088, opone a las obligaciones de hacer las de «entregar». En todo caso, también en el Derecho español el vendedor está obligado tan sólo a «entregar» (arts. 1.445 y 1.461; correctamente, M. ALBALADEJO, *La obligación de transmitir la propiedad en la compraventa*, en *Rev. gen. de Leg. y Jur.*, 14 (1947), 409), por más que esa entrega comprenda el poner en la «puissance» (cfr. *Code Napoléon*, art. 1.604, donde es evidente que no puede tratarse de hacer propietario al comprador, pues yo lo es: 1.583 del mismo *Cod. Nap.*), según nuestro 1.462. Pero la consecuencia para nosotros más grave, de esta confusión, está en que en el art. 1.151 se reputan indivisibles las obligaciones de «dar cuerpos ciertos»; el legislador está pensando en *tradere* y no en *dare*.

(12) *Quia necessario ex omnibus quae sint facti pars decedere debet nec pars operae intelligi potest.*

(13) A diferencia de las obligaciones de realizar una obra, que son claramente indivisibles. Cfr. Dig., 35, 2, 80, 1; 45, 1, 72 pr.; 39, 1, 21, 5.

(14) Sobre esto vid. DE ROBERTIS, *I rapporti di lavoro nel diritto romano*, págs. 58 y sigs. no bien reflejado en este punto por J. FEO, en *AHDE*, 18 (1941), 912.

(15) Dig., 38, 1, 15, 1. En Dig., 38, 1, 8, pr., sin embargo, la divisibilidad podría explicarse por el hecho de que el único contenido posible de la

milaban ese tipo de obligación al de una obligación de *dare genera* (16), pero que Justiniano, en cambio, hubiese preferido la equiparación a las obligaciones de hacer.

Si las obligaciones de un hacer son indivisibles, lo mismo se puede decir todavía de las de no hacer. En realidad, más que una afirmación general de principios vale preguntarse en cada caso concreto si debe admitirse, en el supuesto de una realización parcial del acto que no debía hacerse, una reclamación *pro parte* o no (17). Quizá la prudencia del juez admita a veces una reclamación *pro parte*. Si me comprometo a no ejercer una industria frente a un productor exclusivo que dejó tres herederos, con sendas fábricas, y dos de ellos se avienen a perdonarme la deuda, la infracción del compromiso quizá pueda admitirse tan sólo *pro tertia parte*, ya que el perjuicio que la ocasiona es en esa proporción. Si, en cambio, un inquilino se compromete frente a sus vecinos a no montar una industria molesta, y se estipula una cláusula penal, aunque todos los vecinos, menos uno, le perdonen la deuda, quizá un juez imponga al infractor, en favor del único vecino reclamante, la misma condena que si hubiesen reclamado todos. La diferencia está en que el daño ocasionado en el primer caso se distribuye entre los tres herederos del productor exclusivo; en el segundo caso, el daño es total para cada vecino: el vecino que reclama no tiene una cuota de daño, sino el daño entero. Todos estos matices no puede captarlos la ley, sino que dependen de la prudencia judicial. El art. 1.151, párrafo 3, lo reconoce muy sensatamente: «En las obligaciones de no hacer, la divisibilidad o indivisibilidad se decidirá por el carácter de la prestación en cada caso particular.»

El problema de la divisibilidad o indivisibilidad se presenta en parecidos términos cuando se trata de los derechos reales. También aquí hay que preguntarse por la procedencia o no de una acción *pro parte*. Ya vimos que sí procede la *rei-vindicatio pro parte*. Lo mismo se puede decir de la *petitio agri vectigalis* y desde que se admite como acción real, la *actio de superficie* (18). También de la *vindicatio ususfructus*, pero ese es el tema precisamente al que nos encaminamos con estas aclaraciones previas. Por

obligación es la indemnización pecuniaria: *et peti posse partem operae cum semper praeterita opera, quae iam dari non possit, petatur.*

(16) Dig., 45, 1, 54 pr.: *operarum stipulatio similis est his stipulationibus in quibus genera comprehenduntur.* Cfr. DE ROBERTIS, op. cit., pág. 58.

(17) BIONDI, *Istituzioni di Diritto Romano*, pág. 292: según la actividad que no se debe realizar sea susceptible de fraccionamiento o no. La obligación de no impedir el paso (servidumbre impropia—meramente obligacional—de *iter* o *actus*) se considera así indivisible por Juliano, Pomponio y Paulo (Dig., 45, 1, 2, 5; *eod.*, 85, 3, cfr. supra nota 5; también 10, 2, 25, 12).

(18) Dig., 10, 2, 10, presenta como divisibles los *praedia vectigalia vel superficialia*. Sobre la evolución del derecho de superficie vid. ahora el estudio de H. VOIGT, *Das Erbbaurecht des klassischen römischen Rechts*. Cfr. DE VISSCHER en *Rev. Int. des Droits de l'Antiquité*, 6 (1951), 304.

el contrario, se niega la procedencia de una *vindicatio usus* (19) o una *vindicatio servitutis* parciales (20). Cuestión aparte es la de la llamada indivisibilidad de la acción hipotecaria. Los coacreedores hipotecarios, por más que sólo puedan cobrar su parte cada uno, pueden ejercer el *ius distrahendi* por el todo; el acreedor, dice Paulo (Dig. 10, 2, 25, 14), «tiene íntegro derecho a vender» cuando no se le ofrece un pago total de la deuda. Estos son aspectos semejantes a la indivisibilidad, pero que provienen de la misma función de garantía a que sirve la hipoteca.

2. Aprovechamiento solidario y aprovechamiento exclusivista.

Cuando buscamos la razón que hace a la propiedad y al dominio útil divisibles, en tanto hace indivisibles a las servidumbres, llegamos a percibir esta clara distinción: si todos los derechos reales suponen una relación de aprovechamiento de la cosa, hay unos que suponen un aprovechamiento de *disfrute*, o explotación económica; otros, en cambio, de simple *utilización* (21); aquéllos no permiten un aprovechamiento conjunto de varias personas en el todo, es decir, un aprovechamiento solidario; éstos, en cambio, sí. Explotación y solidaridad son inconciliables. Llamamos a la relación de «disfrute» *possessio*; a la de «utilización», *usus*.

No se nos oculta que *usus* y *possessio* significaron en un principio la misma cosa, y que no faltan restos de esa etapa de indistinción, empezando por la misma *usu-capio*, que se realiza por la *possessio* continuada; pero es cierto que los juristas clásicos, con mayor perspicacia, supieron distinguir entre relaciones posesorias (propiedad y dominio útil) y relaciones usuarias (servidumbres) (22).

En el terreno de estos derechos reales se puede decir que las relaciones posesorias son divisibles y las usuarias son indivisibles; pero nos parece que, formulada así la distinción, no se capta la

(19) Dig., 7, 8, 19 (Paulo), sobre el que volvemos más adelante (infra, nota 24).

(20) Dig., 8, 1, 17 (Pomponio): *Viae itineris actus aquae ductus pars in obligationem deduci non potest, quia usus eorum indivisus est*, etc.

(21) Llamamos disfrute a la consumición, sea física, sea económica, de la cosa misma o de sus frutos. Sobre las cosas consumibles, por tanto, el uso, necesariamente consuntivo, es ya una forma de disfrute.

(22) Sobre la historia de la relación entre *usus* y *possessio*, vid. los estudios de ALBERTARIO recogidos ahora en el vol. II de sus *Studi di Diritto Romano*. Que la *possessio*, originariamente, se refería tan sólo a los inmuebles es muy probable. Ello explicaría que en la fórmula del interdicto *utrubi*, todavía, no se hable de *possidere*. Cfr. DAUBE, en *Rev. Int. des Droits de l'Antiquité*, 6 (1951), 37. *Possessio* habría sido el *usus proprius* de los fundos; todavía en Dig. 50, 16, 115 (Javoleno), leemos: *possessio ergo usus, ager proprietatis loci est*. La distinción entre *frui* y *possidere* tenía todavía interés a efectos de la legitimación interdictal. (Frag. Vat. 90.)

prioridad genética del concepto. Si las relaciones posesorias son divisibles es precisamente porque no son susceptibles de solidaridad. Así, quizá sería más ajustado hablar de solidaridad e insolidaridad (23).

Las relaciones posesorias son insolidarias porque no es posible que dos o más personas se aprovechen de una explotación económica a la vez y en una misma medida. En cambio, eso mismo es posible cuando se trata de una relación de simple uso. Dice Ulpiano (Dig. 13, 6, 5, 15), a este propósito: «El uso de unas termas (*balineum*), de un pórtico, de un campo, es para cada uno *in solidum*, y no hago yo menos uso porque otra persona use también.» Sería ridículo que una persona pretendiera tener una cuota de uso, por ejemplo, de paso por una finca: que el heredero del propietario del fundo dominante dijera que podía pasar en una mitad o en un tercio. Por aquel camino puede pasar él y puede pasar el otro heredero y puede pasar el propietario, el usuario (Dig. 7, 8, 11), el arrendatario, etc.; todos usan del paso solidariamente. Lo mismo que por un camino público pueden pasar todos los que quieran. Naturalmente, no pueden ocupar todos a la vez el mismo lugar, como no puede usar de un asiento público simultáneamente un gran número de personas; pero eso no impide que todas usen de aquel camino o de aquel asiento. Por el contrario, tan pronto surge la relación de disfrute exclusivista, de explotación, se impone la necesidad de hacer partes; los rendimientos económicos de una finca no pueden ser aprovechados solidariamente, sino que cada cotitular debe quedarse con una parte. Cuando dos personas tienen un árbol para acogerse a su sombra—relación meramente usuaria—, pueden aprovecharse de él solidariamente; pero cuanto lo tienen para comerse (o vender) los frutos, o para talarlo—relación posesoria—, no tienen más remedio que hacer un reparto.

No se puede negar, sin embargo, que la distinción entre posesión y uso no es siempre absolutamente neta. En las servidumbres,

(23) En efecto, las fuentes nos hablan de la imposibilidad de que la *possessio* sea *in solidum*. (Dig. 13, 6, 5, 15 (Celso *apud Ulp.*): *duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse*; 41, 2, 3, 5 (Paulo): *plures eandem rem in solidum possidere non possunt*; pero la explicación que se da a continuación (*contra naturam quippe est ut, cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris*) parece de un Pseudo-Paulo, para el que la *possessio* no es más que un *tenere ex iurata causa*; en efecto, se admite en época tardía la concurrencia de un poseedor injusto y otro justo (Dig. 43, 17, 3 pr.-gl.) o de un propietario con el precarista (Dig. 43, 26, 15, 4.-gl.). Cfr. Dig. 43, 26, 19. La detentación como no-posesoria, es también solidaria. Hablar, como hace J. GAUDEMET, *Etude sur le régime juridique de l'indivision en Droit Romain*, páginas 140 y sigs., de «indivisión» a propósito de la posesión es algo complicado. En realidad, como ya fué observado (vid. G. SCHERILLO, en *Stud. et Docum. Historiae et Iuris*, 2 (1936), 414). GAUDEMET debiera haber hablado de *communio* (divisible), y lo contrario de la *communio* «posesoria» es la «solidaridad».—Inaccesible nos ha sido el estudio de CUGINO, *Della possessio in solidum e della compossessio* (Palermo, 1879).

si es claro que no hay relación posesoria, incluso en aquellas en que parece haber una explotación, como el sacar agua o arena, pues es sabido que esos rendimientos de la finca no pueden ser objeto de una explotación económica, lo que implica posibilidad de cesión remunerada a un tercero (*ad compendium*), sino que tan sólo sirven para las necesidades particulares de la finca dominante misma. Pero la distinción es menos neta en el mismo derecho de propiedad, pues es claro que el propietario no sólo explota, sino que también usa: se aprovecha de los frutos del árbol, pero también usa de la sombra. Con todo, es evidente que, tanto en la propiedad como en el dominio útil, el valor de la explotación y de la realización de valor predomina de tal modo, que la relación de mero uso, por su insignificancia económica, queda como olvidada. La disponibilidad de la cosa misma, de su *substantia*, es decir, la posibilidad que tiene el propietario de realizar el valor de la cosa agotándola, hace que ese aspecto de explotación del valor económico dé el carácter de posesorio al título de propiedad, aun en aquellos casos en que la cosa en sí no produce ningún rendimiento aprovechable.

El problema se presenta, en cambio, en el usufructo. Porque hemos dicho que las relaciones de uso son solidarias (o indivisibles); las de explotación o disfrute, insolidarias (o divisibles). El *usus fructus* supone, por lo tanto, una combinación de los dos tipos antitéticos de relación. Si, por lo que tiene de *usus*, el usufructo debiera ser considerado indivisible, el *fructus* hace que sea divisible (24). En las páginas que siguen queremos indagar cómo ese contraste se presenta en la realidad jurídica romana.

3. El usufructo, derecho divisible.

Se afirma que el usufructo es un derecho divisible. Esto también debe ser considerado desde el punto de vista de la acción. Del mismo modo que al hablar de la divisibilidad de la propiedad distinguíamos entre la divisibilidad a los efectos de la *actio communi dividundo* (divisibilidad llamada física), y a los efectos de la *rei-vindicatio pro parte* (divisibilidad llamada ideal), así también, a propósito del usufructo, hay que hacer análoga distinción entre aquella misma acción divisoria, es decir, el problema de su aplicabilidad al usufructo, y la *vindicatio usus fructus pro parte*.

Una tal *vindicatio* es posible, y de ahí se derivan otras consecuencias. Así nos dice Papiniano (Dig. 7, 1, 5): «El usufructo, incluso desde el comienzo, puede constituirse por parte indivisa o dividida—es decir: sobre la mitad del fundo A o sobre tal porción material del fundo A—, «y del mismo modo puede extinguirse por el transcurso del tiempo legal, y, por la misma razón, pue-

(24) La contradicción aparece netamente en el dicho de Paulo, Dig. 7, 8, 10 (ctr. *supra*, n. 10): *frui pro parte possumus, uti pro parte non possumus*.

de reducirse en virtud de la ley Falcidia. También se divide la obligación de constituir el usufructo, cuando muere el deudor, entre las partes hereditarias, y si se debe (el usufructo) sobre un predio en condominio, la restitución (por vía judicial) se hará en proporción a la parte del condueño que actúe de demandado.» Decimos que todas esas son consecuencias de la posibilidad de una *vindicatio usus fructus pro parte*.

La divisibilidad de la *stipulatio* de constituir un usufructo vuelve a afirmarse en Dig. 46, 4, 13, 1, de Ulpiano: «Si el objeto de la estipulación no admite división, la aceptilación (o condonación solemne) parcial es nula; por ejemplo, si fué una servidumbre de un predio rústico o urbano (25). Claro que si el objeto de la estipulación es un usufructo, por ejemplo, del fundo Ticiano, podrá hacerse una aceptilación parcial, y el usufructo quedará en la parte restante. Si, en cambio, el que estipuló una servidumbre de vía hiciera aceptilación tan sólo del camino o la cañada, la aceptilación será nula, etc.». Si una *vindicatio* parcial del usufructo no hubiese sido posible, tampoco la *actio ex stipulatu* por una estipulación de constituir un usufructo de parte, ya que de nada le serviría una *datio partis usus fructus* sin una *vindicatio* para defenderla.

En la Jurisprudencia se presenta como tema especialmente considerado, de todos estos relativos a la divisibilidad del usufructo, el de la reductibilidad *ex lege Falcidia* (26). Los legados indivisibles, al no ser reductibles, no quedaban afectados por el límite de la ley Falcidia; aunque el valor de una servidumbre de sacar agua, por ejemplo, excediera de los tres cuartos del *as* hereditario, el heredero nada podía reclamar. Si en algunos textos este principio lógico de la irreductibilidad del legado indivisible parece paliado por recurso de la protección del heredero mediante *exceptio*, para conseguir del legatario una indemnización por el exceso, ello se debe, con toda probabilidad, a una labor interpoladora de los bizantinos (27). El legado de usufructo, en cambio, es reductible.

(25) Esta frase ejemplificativa quizá sea glosa marginal, con su chocante *fructus*; del ejemplo de la *servitus* ya se habla en el mismo texto, más adelante: *si tamen...* Hay que observar, de todos modos, la diferencia esencial entre un perdón de parte alicuota y un perdón de elemento integrante, como es el *iter* o el *actus* dentro de la *vía*. De una *acceptilatio* parcial del usufructo, cuando se perdona tan sólo el uso, nos habla Dig. 46, 4, 13, 3; pero es un texto evidentemente interpolado, que presupone la admisión del *fructus sine usu*.

(26) Sobre la siempre (cfr. SCHULZ, *Classical Roman Law*, pág. 327) *veraxa quaestio* de la eficacia de la *lex Falcidia*, vid. F. SCHWARZ, *Die Rechtswirkungen der Lex Falcidia*, en *Zeitschr. der Savigny-Stift.* (rom. Abt.), 63 (1943), 314, que excluye del Derecho Romano clásico la nulidad del legado excesivo.

(27) Dig. 35, 2, 80, 1: *haec itaque quae divisiuitatem non recipiunt tota ad legatarium pertinent. [sed potest heredi hoc remedium succurri ut aestimatione facta legati demonstrat legatario ut partem aestimationis inferat, si non inferat, utatur adversus eum exceptione doli mali]*; Dig. 35, 2, 7: *lege Falcidia inter-*

Ya vimos que Papiniano, en Dig. 7, 1, 5, dice claramente que el legado de usufructo *per legem Falcidiam minui potest*. También Gayo, Dig. 35, 2, 81 pr., dice que «el legado de usufructo entra en el cómputo de la ley Falcidia, pues es divisible», y agrega: «de suerte que, si son dos los legatarios, cada uno tiene derecho sin más a una parte». Claramente se indica aquí la dependencia de la reductibilidad de la posibilidad de una *vindicatio usus fructus pro parte*.

Para determinar si el usufructo excedía de las tres cuartas partes se acudía a una tabla convencional de estimación, propia para la de los alimentos legados, pero que valía también para la estimación del usufructo (28), según la autoridad de Ulpiano, en la referencia de Emilio Macer, en Dig. 35, 2, 68 pr., el cual dice que se solía aplicar esta otra tabla, algo más sencilla: una vez valorado el usufructo de un año se multiplica el valor por 30, si el usufructuario tiene hasta treinta años, y si tiene más, por tantos años como le falten al usufructuario para cumplir los sesenta.

Pero esta facilidad para la reducción del legado de usufructo, consecuencia de su divisibilidad, se nos presenta como algo nuevo, como superación de un antiguo sistema en el que el usufructo se consideraba en cierto modo indivisible. En efecto, nos dice Paulo en un texto muy interpolado (según se descubre por el cotejo con *Fragmenta Vaticana* 68), Dig. 35, 2, 1, 9, en el que señalamos tan sólo la interpolación de más bulto: «Si se legó un usufructo, que puede dividirse [no como las otras servidumbres, que son indivisibles], los antiguos juzgaban que debía estimarse el legado entero para determinar así la cuantía del legado, pero Aristón se apartó de la opinión de los antiguos; en efecto, dice que se puede retener de ese legado lo mismo que de los legados de propiedad, y así lo aprueba rectamente Juliano.» El texto del Digesto continúa con otras explicaciones que faltan en los *Frag. Vat.*, y

veniente legata servitus, quoniam dividi non potest [non aliter], in solidum restituetur [nisi pariter offeratur aestimatio]; también Dig. 44, 4, 5, 1 itp. Cfr. SCHWARZ, *op. cit.*, págs. 355 y sig., y los autores allí citados. Así, pues, según el Derecho clásico, el legado indivisible debía cumplirse íntegramente aunque la herencia fuera *damnosa*; los bizantinos, en cambio, introducen el principio contrario: Dig. 35, 2, 23 itp.

(28) Sobre este cómputo del valor de la renta teniendo en cuenta la edad del beneficiario, vid. M. GENTY, *Traité des droits d'usufruit, d'usage et d'habitation d'après le droit romain* (Paris, 1854), págs. 78 y sigs., donde se critica la interpretación de Cujas a la Novela 18. La tabla para la *computatio in alimentis facienda* estimaba de treinta años la duración de la renta a favor de un menor de veinte; de veintiocho, si el beneficiario estaba entre los veinte y los veinticinco años; de veinticinco, entre los veinticinco y los treinta; de veintidós, entre los treinta y los treinta y cinco; de veinte, entre los treinta y cinco y los cuarenta; cuando el beneficiario estaba entre los cuarenta y los cincuenta, se calculaba a la renta una duración igual a la de los años de edad que faltaban a aquél para cumplir los sesenta, descontando uno; entre los cincuenta y los cincuenta y cinco, nueve años; entre los cincuenta y cinco y los sesenta, siete años; de los sesenta en adelante, cinco años nada más.

parecen proceder de la mano poco clásica de un glosador tardío (29). En todo caso, parece indicarse en este texto que la opinión de los antiguos se inclinaba por no deducir una parte de usufructo en favor del heredero, sino de estimar económicamente el legado e imponer al legatario una indemnización de dinero, es decir, una solución que parece dictada por la idea de que el usufructo no es en sí mismo divisible. Acertadamente dice Cuq (30) que la divisibilidad del usufructo es una característica que Aristón hizo aceptar contra una más antigua consideración del usufructo como derecho indivisible.

Este dato nos hace vislumbrar ya que la afirmación de una divisibilidad absoluta del usufructo es producto de una elaboración doctrinal. Esta sospecha se confirma al examinar las dificultades para la admisión de una *actio communi dividundo* aplicada al usufructo.

4. El usufructo, derecho indivisible

Imaginemos que dos usufructuarios de un fundo rústico, percatados de que no son capaces de ponerse de acuerdo en el uso y disfrute de aquel fundo, quieren llegar a una división. En principio, podríamos pensar que nada se oponía a que el juez, en un juicio divisorio, llegara a asignar a cada usufructuario una porción de aquel fundo: en efecto, del mismo modo que se podía hacer una división de zonas de propiedad mediante una *adiudicatio*, así también cabría pensar que era posible una *adiudicatio* de zonas en usufructo, toda vez que el usufructo podía constituirse también por *adiudicatio* (31). En vez de un usufructo, por ejemplo, sobre una mitad ideal del fundo, se constituiría ahora un usufructo sobre la mitad occidental de aquel mismo fundo. Todo esto parece a primera vista razonable: sin embargo, la Jurisprudencia romana no creyó que fuera tan fácil dividir de ese modo un usufructo (32) y la primera dificultad estaba ya en la consideración teó-

(29) Vid. *Index Interpolat.*; SCHWARZ, *op. cit.*, pág. 325.

(30) E. Cuq, *Manuel des Institutions juridiques des Romains*, pág. 338.

(31) Sobre la función de la *adiudicatio*, ARANGIO-RUIZ, en *Bull. Ist. Dir. Rom.*, 32 (1922), 5. Vid. Dig. 7, 1, 6, 1; 10, 3, 6, 10 y 10, 2, 16, 2 (cfr. 1): *usus fructus adiudicari potest*. Se trata aquí, precisamente, de una *actio familiae erciscundae*, en la que se adjudica un usufructo temporalmente delimitado (para el reparto *alternis annis*, cfr. Dig. 7, 1, 34 pr. y un ejemplo ilustrativo en el Papiro Oxirrinco 1278, del 214 d. C.) a uno de los coherederos. Así leemos también en *Frag. Vaticana*, 47 a: (*usus fructus*) *potest constitui et familiae erciscundae vel communi dividundo iudicio legitimo*. No debe interpretarse, por tanto, la afirmación de Gayo 4, 42 en el sentido de que la *adiudicatio* sólo pueda consistir en una atribución de propiedad.

(32) El usufructo se nos presenta, no sólo cuando concurren dos o más usufructuarios, sino también cuando un usufructuario de parte concurre con el propietario, sino propietario en aquella parte, pero pleno propietario en el resto. Como casos más particulares tenemos: el usufructo sobre la cuota entera de un copropietario (Dig. 33, 2, 31, donde se dice haber prevalecido la opinión de que el juicio divisorio entre los copropietarios no altera el usufructo sobre

rica de que tal *adiudicatio* supondría una extinción del cusufructo, por la consiguiente fusión en beneficio del nudo propietario, ocurrida la cual, el juez no podía hacer resurgir, en perjuicio de tercero, un nuevo derecho de usufructo. Aunque esta dificultad quizá hubiera podido ser salvada *tuitione praetoris*, el hecho es que la Jurisprudencia romana rechazó la aplicación al cusufructo de la *actio communi dividundo* (33). Es claro que esa acción podía establecerse también para dividir cosas físicamente indivisibles, en cuyo caso había que acudir a una venta y reparto del precio o solución análoga, pero el caso es que los romanos no creyeron que podía aplicarse sin más para dividir el cusufructo. En efecto, como el mismo nombre de la acción indica, servía para poner fin a una *communio*, pero una *communio* sólo se da cuando se trata de propiedad. Otra cotitularidad, por ejemplo, la misma de los coherederos no constituía una *communio*, y de ahí que en ese otro caso no pudiera darse la *a. communi dividundo*, sino la *actio familiae erciscundae*. En esto se funda aquel conocido dicho de Ulpiano (Dig. 10, 3, *communio dividundo*, 4): «Se hace la división de las cosas, no, en cambio, de la herencia». La frase, es verdad, aparece algo sobrecargada por obra, probablemente, de un glosador tardío, pues se habla de cosas *corporales*, por un lado, y, por otro, se introduce la aclaración: «de las cuales cosas tenemos el dominio» (34). Ambos retoques no parecen clásicos, porque la palabra *res*, por sí sola, ya quiere decir, como observá-

la cuota, al igual que en caso de hipoteca de una cuota: cfr. Dig. 20, 6, 4, 4); el usufructo constituido sobre una parte de la cuota de un copropietario; el cusufructo sobre un objeto en copropiedad (Dig. 7, 1, 49) o sobre cuotas hereditarias de dos herederos, separadamente (Dig. 7, 2, 11); el usufructo a un esclavo en copropiedad (Dig. 7, 2, 1, 1 y 2). Por lo demás, no hay que olvidar que el legatario (o legatarios) concurre (o concurren) a medias con el legatario (o legatarios) de propiedad, ya que éstos no quedan desprovistos del derecho de usar y disfrutar si no se dedujo expresamente ese derecho para que correspondiera exclusivamente al legatario (o legatarios) de usufructo: Dig. 7, 2, 9; 7, 5, 6, pr. y, sobre todo, 33, 2, 19; esto, naturalmente, tiene interés a efectos del *ius adcrendi*: Dig. 7, 1, 33, pr.; 7, 2, 3, 2; 7, 2, 4. Cuando, en cambio, no se trata de un legado, sino de una *adiudicatio* (Dig. 10, 2, 16, 1), no se da tal comunicación del usufructo. Cfr. *infra*, n. 52.

(33) Sobre el tema de la aplicabilidad de la *actio communi dividundo* a la división del usufructo, la literatura fundamental (se entiende crítica) es la siguiente: A. BERGER, *Zur Entwicklungsgeschichte der Teilungsklagen im klassischen römischen Recht* (Weimar, 1912), págs. 38 y sigs.; B. BIONDI, *La legittimazione processuale nelle azioni divisorie romane* (separ. de los *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Perugia*, III-IV, 1913) páginas 48 y sigs.; E. ALBERTARIO, *Lo svolgimento storico dell'actio communi dividundo in rapporto alla legittimazione processuale* en (*Studi dell'Istituto Giuridico della Regia Università di Pavia*, 2 (1913), 75 y 104) *Studi di Diritto Romano*, IV (165 y sigs.), 175 y sigs.; citados en adelante por el nombre de autor.

(34) *Corporalium rerum fit divisio [quarum rerum dominium habemus]*, DE FRANCISCI, *Trasferimento della proprietà*, pág. 238; contra esta crítica, ALBERTARIO, pág. 167, n. 2, quien presenta el texto truncado, sin la terminación que le da su verdadero sentido: *non etiam hereditatis*.

bamos más arriba, «la propiedad de las cosas», y no es necesario decir que se trata de cosas corporales y no de derechos, como es, en cambio, la herencia, ni tampoco explicar que se trata de las cosas en dominio. La frase de Ulpiano, depurada de estos retoques, viene a decir simplemente: «*divisio* se dice de la que se hace en la propiedad, no de la que se hace en la herencia». En efecto, la acción para dividir la herencia no lleva para nada la palabra *dividire*, sino que allí se habla de *erciscere* (35). Sólo la propiedad es susceptible de *divisio*, porque sólo ella es susceptible de *communio* (36). *Actio communi dividundo* es, pues, la acción para dividir la propiedad, exclusivamente.

No hay que olvidar, sin embargo, que la *actio communi dividundo* tenía, además del fin primordial de dividir la propiedad común, el de liquidar las relaciones pendientes entre los comuneros, por razón de frutos percibidos, impensas hechas en la cosa común, perjuicios sufridos por razón de aquélla, etc. Ese fin secundario no dejaba de aparecer en la fórmula de esa acción, que corría aproximadamente en los siguientes términos (37): «Pues-

(35) Aunque Gayo identifica *erciscere* con *dividere* (2, 219) y habla, como otros, de *dividere hereditatem* (4, 17 a), esto no es más que una relajación (explicable, por lo demás) del rigor lingüístico que reflejan los mismos nombres de las dos acciones. Es raro que esto escapara a la perspicacia de G. BESELER, en *Scritti Ferrini*, III (1948), 281.

(36) Dig. 27, 9, 6: *Sed si forte alius proprietatem fundi habeat, alius usum fructum, magis est ut cesset haec pars orationis quae de divisione loquitur: nulla enim communio est* (se trata de la cláusula «*si communis res erit et socius ad divisionem provocet...*» de la *oratio Severi* en defensa de los inmuebles de incapaces). También negaba Sabino (Paulo, Dig. 45, 3, 32) que hubiese una *communio iuris* entre consuefructuarios. Las consideraciones de R. AMBROSINO, «*Usus fructus*» e «*communio*» (*Profilo storico dell'usufrutto*), en *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 16 (1950), 182, no nos deben llevar al extremo de decir que el usufructo participado, tipo originario (en esto estamos de acuerdo con Ambrosino), del que deriva la estructura ulterior del *ius utendi fruendi*, constituía una verdadera *communio*. El que se llame a veces *pars rei* (parte de la propiedad) o *pars domini* (vid. textos de AMBROSINO, págs. 205 y sigs.) al usufructo, y el que en un caso (Dig. 2, 10, 16, pr.; cfr. *infra*, n. 49) se llame *communio usus fructus* al consuefructo no parece, independientemente de los reparos interpolacionísticos, base suficiente para identificar el usufructo participado con la *communio*. La principal dificultad para tal identificación está precisamente en que la *communio* supone la divisibilidad, en tanto en la participación de usufructo vamos viendo que la divisibilidad (contra lo que dice AMBROSINO, pág. 220) no es tan clara. No cabe duda de que el régimen de la copropiedad y el usufructo participado son semejantes: se aproxima por lo que el usufructo tiene de *frui*, en tanto por lo que tiene de *uti* se aproxima innegablemente al régimen de las *servitutes*, en cuya categoría acaba por ser incluido en época post-clásica. Pero la tesis y la demostración de la misma que hace AMBROSINO ofrecen más de un blanco a la crítica.

(37) Cfr. LENEL, *Das Edictum Perpetuum*³, pág. 211. Cfr. Dig. 10, 3, 3, pr., donde se presenta como objeto de esta acción la *divisio rerum ipsarum quae communes sint et si quid in his damni datum factumve est sive quid eo nomine aut abest alicui sociorum aut ad eum pervenit ex re communi*; y eod. 4, 3: *Sicut autem ipsius rei divisio venit in communi dividundo iudicio, ita etiam praestaciones veniunt*, etc. Sobre esta finalidad de la acción divisoria,

to que Lucio Ticio y Cayo Suyo pidieron que se les diera un juez para dividir la propiedad común y el daño, pérdida o lucro de cada uno por razón de la cosa común: que el juez adjudique a cada uno lo que deba ser y condene a cada uno a favor del otro en lo que resulte ser debido, o les absuelva si no es caso». Con todo, ese fin de liquidar las recíprocas *praestationes* debidas era siempre secundario. Quiere esto decir que la acción no podía darse tan sólo para ese propósito. Una *actio communi dividundo* que no pone fin a la *communio* sólo se puede concebir como acción no clásica (38).

Todo esto quiere decir que los romanos no admitieron la *actio communi dividundo* para resolver los conflictos entre cusufructuarios (39). Sin embargo, vemos que las fuentes nos hablan en este caso de un *utile communi dividundo iudicium*. Tal acción útil se daba ya cuando los dos condueños querían liquidar sus cuentas una vez desaparecida la cosa común. Gayo (Dig. 10, 3, 11) nos lo dice así: «Si después de pérdida la cosa común... se quiere entablar esa acción, se da el *iudicium utile* para dividir la *communio*».

Piénsese que no era tan difícil extender ese mismo juicio útil al caso de cusufructo, ya que entre los cusufructuarios podía existir una copropiedad sobre los frutos percibidos, y quizá consumidos ya. Se podía arreglar así la cuestión del reparto de frutos sin tocar para nada el cusufructo mismo (40). Pero el caso es que se nos presenta el *iudicium utile* para poner fin a los conflictos totales entre los cusufructuarios. El que más valientemente parece haber defendido esa aplicación es el gran Juliano (41), quien, apoyándose en que el *iudicium utile* se solía admitir entre cusufructuarios, llega al extremo de pensar (Dig. 43, 20, 4) (42)

vid. BERGER, págs. 101 y sigs. Si la *adiudicatio* se enderezaba a la división, la *condemnatio* a la liquidación de prestaciones. De *adiudicationes et praestationes* habla Dig. 10, 2, 36.

(38) Sobre esto, ya PERNICE, en *Zeits. der Savigny-Stift.* (rom. Abt.), 19 (1898), 17, y 173, n. 3, y, sobre todo, BERGER, págs. 231 y sigs. No-clásicos: Dig. 10, 3, 6, 2 (cfr. BERGER, págs. 189 y sigs.) y *eod.* 14, 1: *rectissime dicitur etiam impendiorum nomine utile iudicium dari debere mihi in socium etiam manente rei communi* (cfr. BERGER, págs. 210 y sigs.).

(39) Esto parece un resultado firme, establecido por diversos autores, principalmente ALBERTARIO, *loc. cit.*, quien elimina además, quizá demasiado radicalmente, el *iudicium utile* de que tratamos a continuación.

(40) Como corrientemente los frutos habrían desaparecido al plantearse el litigio, el *iudicium utile* resultaba así el apropiado al caso, como en el supuesto anterior. Para el reparto de las ganancias derivadas de la estipulación hecha por un esclavo en cusufructo, ese *iudicium utile* aparece fundado, al menos según Dig. 45, 3, 32, que da a entender Sabino no admitía aún ese recurso procesal. Cfr. BERGER, pág. 41 y sig.; BIONDI, pág. 49; ALBERTARIO, págs. 175 y siguiente, que censura el final del texto, donde aparece el *iudicium utile*, como espurio.

(41) Según BERGER, pág. 40, ya Celso habría concedido esta acción; pero vid. BIONDI, pág. 56, n. 1. Cfr. *infra*, n. 48.

(42) BERGER, pág. 38, quien cree que con «*plerisque*» aludía Juliano a Celso,

que no sería contra la equidad (*iniquum*) el darlo también para resolver los conflictos entre los cotitulares de un derecho tan indivisible como una servidumbre de aguas. Incluso nos llega a hablar Paulo (Dig. 10, 3, 10, 1) de una *actio communi dividundo* para poner fin a una concurrencia en un derecho de *usus sine fructu*, derecho evidentemente indivisible; pero se puede decir que el texto no es puro, y que, en el mejor de los casos, se debía de tratar allí la acción útil (43). De todos modos, es interesante la solución que da el texto a la imposibilidad de dividir lo que es imposible de dividir físicamente: el juez adjudicará el uso por entero a uno, pero con la obligación de pagar una merced al otro. La dificultad estaba entonces en impedir que el derecho se extinguiera por la pérdida del uso en cabeza del adjudicatario, y se dice que ya proveerá el pretor para que no se considere que el que percibía la merced no seguía «usando». Es verdad que no podemos asegurar que el texto sea enteramente puro; en especial resulta sospechosa la explicación «como si hiciera más el que disfruta», es decir, la explicación de que el que percibe la merced, al «disfrutar», todavía «usa» más intensamente que el simple usuario. Pero, en todo caso, se nos ofrece una solución que parece posible, incluso en época clásica, en los casos de aplicación del juicio útil para pedir la división de una cosa indivisible.

El problema vuelve a plantearse, respecto al usufructo, pero, desgraciadamente, en un texto retocado y desfigurado: en el mismo fragmento de Ulpiano (44). Decía éste (Dig. 10, 3, 7, 7) que «también debe darse (ese juicio) si ocurre una controversia entre dos acerca del usufructo». A continuación se pasa a hablar de los supuestos de *missio in possessionem* (que Biondi, pág. 70, traslada a continuación del párrafo 4) y en el párrafo 10 se vuelve a hablar del usufructo. No debemos rechazar la idea de que todo ese párrafo 10 sea una glosa marginal explicativa del 7, pero no por eso debemos despreciar su información, torpemente presentada: «Cuando se entabla la acción para dividir la propiedad común acerca del usufructo, el juez deberá procurar lo siguiente: o per-

vid. nota anterior; BIONDI, pág. 53; para ALBERTARIO, págs. 175 y 178, el texto está interpolado.—Dig. 10, 3, 19, 4, niega que la servidumbre pueda ser objeto del *iudicium communi dividundo*, pero se refiere al juicio directo sobre la finca.

(43) BERGER, págs. 44 y sigs.; BIONDI, págs. 57 y sig.; ALBERTARIO, páginas 181 y sig. Este último cree advertir una contradicción entre que se pregunte cómo se hará la división y que se dé por supuesta la posibilidad de la *actio communi dividundo*; no la hay, en rigor, ya que lo que se pregunta no es qué acción se puede dar, sino cómo podrá aplicarse la *adjudicatio*; igual pregunta cabría respecto a la división de una *res* físicamente indivisible. Por lo demás, en la contraposición *praetor-index* asoma una estructura que difícilmente puede no ser clásica.

(44) BERGER, págs. 40 y sig.; BIONDI, págs. 55 y sigs.; ALBERTARIO, páginas 175 y 179 y sig.

mitirá que usufructúen por regiones determinadas o alquilará el usufructo a uno de ellos (cfr. 7: *inter duos*) o a un tercero, a fin de que perciban las rentas sin controversia (cfr. 7: *si sit controversia*), o, si son cosas muebles, también podrá que ellos convengan y se den recíproca caución de usufructuar por temporadas, esto es, que el usufructo quede alternativamente en poder de cada uno por cierto tiempo». La serie de soluciones que se presenta presupone que existe una dificultad: la de la indivisibilidad, y de ahí que quizá podamos reputar como imposible la primera solución, la de un reparto por regiones determinadas; si esa división fuera posible, holgaban todas las otras, pues querría decir que el usufructo era físicamente divisible, como la misma propiedad sobre un fundo. Igualmente sospechosa, aunque tan sólo en la forma, es la otra solución de que el juez *locet usufructum*, pues un juez nunca podía figurar, él, como *locator*. Por lo demás, la mención de las *res mobiles* constituye una innovación conocidamente post-clásica (45); y tampoco se entiende que el arreglo de reparto temporal del disfrute no fuera posible igualmente para el usufructo sobre cosas inmuebles, como sabemos que se hacía, incluso por voluntad testamentaria, para distribuir el uso de una servidumbre. Precisamente, ese convenio fijado por estipulación debía de ser la solución normal del conflicto entre los consufructuarios, pero en muchos casos sería ya el mismo Pretor quien, en virtud de su función de conciliación, procurase que se llegara a tal acuerdo (46). El mismo Ulpiano (Dig. 7, 1, 13, 3) (47) nos informa que Juliano, además del *iudicium utile*, llamado aquí *quasi communi dividundo*, proponía la solución de la controversia entre usufructuarios por vía de un *stipulatione inter se eos cavere qualiter fruantur* (48). Todavía Ulpiano (Dig. 10, 2, 14, 1 y 16 pr.)

(45) Cfr. B. KÜBLER, «*Res mobiles und immobilis*», en *Studi Bonfante*, II (1930), 345 y sigs.; A. SCHILLER, en *Atti Congr. intern. di Dir. Romano*, II (Roma, 1935), 431 y sigs.; DI MARZO, en *Bull. dell'Ist. di Dir. Romano*, VIII/1X (N. S.), 1948, 236 y sigs.

(46) R. DÜLL, *Der Gütegedanke im römischen Zivilprozessrecht* (1931), aunque forzando en algún caso la interpretación de los textos, ha puesto en relieve esa función conciliatoria del proceso romano.

(47) BERGER, págs. 38 y sigs.; BIONDI, págs. 51 y sigs.; ALBERTARIO, páginas 175 y sigs.

(48) Según BERGER, pág. 39, la frase *quam sententiam Celsus probat* es falsa, pues Celso es anterior a Juliano; pero me parece que la frase misma no implica una idea de posterioridad cronológica, sino que sirve para indicar simplemente la coincidencia de opinión; naturalmente, no se excluye con esto la posibilidad de que se trate de una glosa. Cfr. *supra*, n. 41.—El mismo BERGER, página 40, cree imposible que se apacigüe con una *stipulatio* a los que, como dice el texto, habían llegado *ad arma et rixam*; pero precisamente lo que dice el texto es que el Pretor no debe dejar que llegue a producirse esa situación de violencia cuando está en su mano el establecer un arreglo pacífico: se trata así de una *stipulatio praetoria*.—Este texto, como es natural, constituye uno de los pilares de la teoría de DÜLL, 56 (cit. *supra* en nota 46). Según ALBERTARIO, pág. 178, en su tenor clásico hablaría tan sólo de la posibilidad de que los consufructuarios se pusieran de acuerdo mediante estipulaciones volun-

indica la posibilidad de unos convenios estipulatorios para el caso de que se presente la dificultad de dividir un usufructo de los coherederos (por un legado de propiedad sin usufructo) en el trámite de la *actio familiae erciscundae* (49).

Así, pues, sea cual sea el residuo que de estos textos pueda imputarse al Derecho clásico, una cosa parece sí resultar con bastante claridad: que la Jurisprudencia no admitió una división física del usufructo (50) y que el conflicto entre cusufructuarios sólo mediante expedientes indirectos podía hallar una solución, por más que a partir de Juliano, o de Celso, fuera posible entablar en ese caso, precisamente para encontrar esos remedios indirectos, una *actio communi dividundo* extendida como *utilis* (51).

5. El supuesto derecho de acrecer entre cusufructuarios

Si el examen de la cuestión de la *actio communi dividundo* aplicada a la controversia de *usu fructu* nos lleva a la justa sospecha de que no es lícito hablar de una divisibilidad absoluta del derecho de usufructo, todavía tenemos otro aspecto que nos con-

tarias, sin que apareciera para nada ni el *iudicium quasi communi dividundo* ni la intervención conciliadora del Pretor. Nos parece, de todos modos, poco probable que se citara la autoridad de Juliano, y hasta la de Celso, para decir una cosa tan simple como que los cusufructuarios en discordia debían arreglarse por su voluntad, sin intervención del Pretor.

(49) BERGER, págs. 42 y sig.; BIONDI, pág. 50, n. 4, que reputa justiniana la expresión *discedere a communionē usus fructus* (cfr. *supra*, nota 36).

(50) Por eso no aparece nunca documentada una *adiudicatio* de usufructo de una porción. Vid. BIONDI, pág. 49, n. 2.

(51) En el caso de concurrencia de un usufructuario de parte con un propietario (pleno propietario en la otra parte), el *iudicium utile* no aparece atestiguado.—En Dig. 7, 9, 10 (Paulo) se dice que, aunque la *actio communi dividundo* sirva entre copropietarios, *tamen causa usufructus, qui tuus proprius est, ad officium... iudicis non pertinebit*. Se trata ahí de un usufructo legado por un copropietario a otro sobre la cuota de aquél. Si la frase *qui tuus proprius est* es, según parece (cfr. BERGER, pág. 92 y sig.), genuina, ello indicaría que la razón de que el juicio no interesara en ese caso era precisamente la falta de un cusufructo, ya que el usufructuario tenía aquí el disfrute total de toda la cosa (la mitad como usufructuario, la otra mitad, como pleno propietario). Por tanto, podría deducirse *a sensu contrario*, si hubiera interesado ese juicio de haber habido cusufructo.—LENEL, *Ed. Perpet.* cit. § 82, p. 212 s., creyó que el edicto contenía una rúbrica especial de *utili communi dividundo iudicio*. Para ello se fundaba en el hecho de que Ulpiano trata del juicio directo en el libro 19 de su *ad Edictum*, en tanto aparecen referencias al *iudicium utile* en el libro 20 de la misma obra. El número XX de Dig. 10, 3, 7 deberá ser corregido por XIX, según BERGER, pág. 69 y ss. (contra: LENEL, pág. 212, n. 8). En realidad, la cuestión no puede decidirse tan sólo por la colocación de unas pocas referencias en un libro u otro, pero la inserción de una rúbrica especial, precisamente en la redacción de Juliano, principal defensor del *iudicium utile* entre cusufructuarios, resulta verosímil.—Contra la crítica de ALBERTARIO sobre el carácter postclásico del *iudicium utile* cabe observar todavía que una extensión análoga se dió respecto a los interdictos posesorios, al menos según resulta de *Frag. Vaticana* 90-93.

firma en la misma sospecha, y, aún más, nos hace ver la naturaleza indivisible del usufructo.

Nos referimos al hecho insólito del régimen especial del *ius adcrescendi* en el usufructo (52). El que en un legado vindicatorio de usufructo se dé el *ius adcrescendi*, de suerte que la cuota vacante acrezca, según las reglas generales, al colegatario existente, no tendría nada de particular, pues eso mismo ocurre en el legado de un derecho divisible como es la propiedad. Pero no se trata de eso, sino de algo mucho más extraordinario, que excede evidentemente del régimen del *ius adcrescendi* propiamente dicho: que el acrecimiento se da incluso *post acquisitionem*.

Ticio y Cayo son colegatarios del usufructo de una finca; ambos adquieren conjuntamente el legado; usan y disfrutan durante muchos años; Ticio se muere. Aquí no hay cuota vacante, pues se dice que la hay cuando no se llegó a adquirir, sino pérdida de una cuota de usufructo. Parecería consecuente que, al ser el usufructo un derecho intransmisible, esa cuota perdida se reintegrara a la nuda propiedad, pero no: ahora todo el usufructo pertenecerá a Cayo.

Para explicar esa particularidad sin abandonar las bases del *ius adcrescendi* se llegó a una explicación realmente atormentada. Se dijo que el usufructo legado se constituía *cottidie*, de manera que nacía cada día; así, al día siguiente de morir un colegatario, una cuota del usufructo nacía vacante, por falta de titular, y «acrecía» al colegatario (53). En realidad no debemos burlarnos de esta ingeniosa explicación, pues el Derecho tiene muchas ideas constructivas de es tipo, empezando por aquella de que el mutuario adquiere la «propiedad» de las monedas prestadas o aquella otra tan contradictoria de que «hacemos nuestros los frutos por consumición». Pero tal construcción, como todas las construcciones jurídicas, son recursos anti-históricos, algo así como aquellas etimologías nemotécnicas a que eran tan aficionados los an-

(52) Cfr. *supra* nota 32. Naturalmente, siempre que se trate de un legado *per vindicationem*, tipo ordinario de usufructo; pero incluso en el caso de que se trate de un legado sanado *ex Neronianis*, al menos según algunos (*Frag. Vaticana* 85). Por el contrario, no hay acrecimiento cuando no se trata de un usufructo legado, sino «constituido» (*Frag. Vaticana* 78 y 79); en este caso se dice que no queda *concursum divisum*. Pero no hay que olvidar que el usufructo nació como legado vindicatorio, lo que, por lo demás, nos parece un argumento contra aquellos (MASSON) que han querido ver en el usufructo originario una relación meramente personal, no un derecho real. El acrecimiento es *personae* (Dig. 7, 1, 33, 1; 7, 2, 10).

(53) Vid. Fr. Vat. 77; cfr. VANGEROW, *Pand.* II, § 584. n. 1; WINDSCHEID, III, § 645, n. 4 (ed. ital. 5.366); MAYNZ, 688, criticando esta explicación con el argumento de que tal reiteración es inconcebible desde el momento en que el *dies cedens* es único para el legado entero, parece acertar la causa de ese raro fenómeno, que explica como consecuencia de la voluntad del testador, de que el usufructo se concentre en el legatario superviviente, al insinuar una originaria indivisibilidad del usufructo (pág. 689, n. 8); pero no saca las consecuencias de esa idea. Cfr. I, § 212, n. 17.

tiguos, del tipo «*mutuum: quod meum tuum fit*», en las que se prescindía totalmente de las leyes de la fonética histórica y, al fin de cuentas, de la historia.

La explicación cabal del llamado *ius adcrescendi* del usufructo, la explicación histórica, estriba en la consideración del genuino carácter indivisible del usufructo. El usufructo que se lega a dos es un único e indivisible usufructo; en tanto viva uno de los dos usufructuarios, el derecho se mantiene íntegro. El supuesto *ius adcrescendi* no es más que un efecto de la imposibilidad de una extinción parcial.

6. La función genuina del usufructo

La contradicción entre el *uti*, solidario o indivisible, y el *frui*, insolidario o divisible, es la clave de los aspectos contradictorios de divisibilidad e indivisibilidad. En el proceso histórico de la institución podemos vislumbrar como una tendencia a dar preferencia al *frui*—divisibilidad—sobre el *uti*—solidaridad—, una tendencia coherente a la vez con la progresiva racionalización de la Jurisprudencia y con la progresiva mercantilización de la economía romana (54). Como en otros casos, ese proceso histórico no supone, respecto al usufructo, un verdadero progreso, sino una degeneración (55).

Hay en la Jurisprudencia una observación muy sintomática para descubrir el giro degenerativo del usufructo: la de que, en los legados, la frase *illi cum illo* (para que use y disfrute «Ticio con Cayo») equivale a *illi et illi* (56). Ese *et* en lugar del *cum* es la señal de que aquella Jurisprudencia tiende a ver una cotitularidad separable: no «Ticio con Cayo», sino «Ticio y Cayo». Pero la naturaleza genuina del usufructo postulaba el *cum*, la solidaridad.

En efecto, es sabido que la función genuina del usufructo es el de proporcionar a la viuda unos medios de vida familiar igual, en

(54) Nos parece, por tanto, inexacta la teoría que configura el usufructo genuino como un derecho tan sólo a los frutos (RICCOBONO). El *uti* es tan importante o más, en el genuino usufructo, que el *frui*. Un legado de *fructus* suponet también el *usus*, incluso cuando concurre con un legado de *usus* (*Sententiae Pauli*, 3, 6, 25; *Dig.* 7, 1, 42 pr.; 7, 8, 14, 2; cfr. 7, 1, 15, 5). En realidad, la diferencia entre un legado de *usus fructus* y uno de *usus* es meramente cuantitativa; y esto, tanto para los clásicos, que tienen un concepto amplio del *usus* y procuran limitarlo cuando el testador dedujo el *fructus*, como para los Justinianos, que tratan de ampliar, sobre la base de la equidad y de la *voluntas testatoris* presunta, el legado de mero *usus*, pues el *usus* tiene para ellos un sentido más restringido que para los clásicos. Por otro lado, un *fructus sine usu* es inconcebible para los clásicos (MEYLAN, en *Studi Albertoni*, 1, 95, acertadamente).

(55) Las instituciones jurídicas degeneran, no por su simple evolución histórica, sino por la desviación del sentido y función genuinos. El «principio» rector de toda institución está precisamente en su «principio» histórico.

(56) *Dig.* 30, 36, 2; 33, 2, 40.

lo posible, a la vida familiar que sostenía el testador (57). Pero esta vida se constituía normalmente por la convivencia de los hijos o algunos de los hijos. El usufructo que se deja a la viuda no es un derecho exclusivo de ella, sino que se ha de comunicar con aquellos hijos que conviven con la madre. Normalmente, los hijos serán herederos del padre, la mujer (se entiende, sobre todo, la casada *sine manu*, que no hereda de su marido), en cambio, simple usufructuaria, pero en concurrencia con sus hijos. El usufructo pertenece a todos solidariamente; los hijos tienen, además, la nuda propiedad. Esto parece contrario al principio racional de que no cabe un usufructo sobre cosa propia, pero no olvidemos que ese principio racional es obra de la misma Jurisprudencia racionalizadora que tiende a disolver el carácter alimentario y familiar del usufructo. Cicerón, por ejemplo, nos dice claramente que Fulcinio dejó el usufructo universal a su viuda, Cescenia, *ut frueretur una cum filio* (58). Obsérvese bien: «*cum filio*», y el hijo era heredero. Luego muere el hijo y Cescenia queda, naturalmente, usufructuaria del todo, aparte el legado que le deja su hijo. ¿Se trata de que el hijo era usufructuario en una mitad? No; sino de que la madre lo fué solidariamente con el hijo.

Esto explica el hecho del aparente *ius adcrescendi*, pues es consecuente que la muerte del hijo no merme el disfrute de la madre, usufructuaria, y que la muerte de la madre no haga más que consolidar definitivamente el disfrute en el hijo. Quizá explica también la solución de Trebacio (Dig. 33, 2, 31, cfr. supra n. 32) de que, dividida la finca entre el heredero (que podemos suponer hijo) y un extraño (socio del causante), el usufructo de la viuda que gravaba la mitad del causante se estime concentrado (contra lo que exige la lógica de la Jurisprudencia posterior) en la región de fundo adjudicada a aquel heredero.

Esto explica igualmente que no se conciba como solución normal una división del cousufructo y tampoco una división en dinero (59), ya que la función del usufructo está precisamente en mantener la convivencia familiar solidaria. Para ese fin, por muy im-

(57) En este sentido puede decirse que el usufructo nace para cubrir una laguna del Derecho de sucesión familiar. Cfr. CORNIL, *Droit Romain*, pág. 224. El usufructo colocaba a la viuda *sine manu* en la misma posición de una viuda *cum manu*, heredera, pero mediatizada por sus tutores agnados.

(58) CICERÓN, *pro. A. Coecina*, 4, 11: *usum fructum omnium bonorum suorum Caesenniae legat, ut frueretur una cum filio*. Vid. la explicación del caso en la Introducción de A. D'ORS a la *Defensa de Aulo Cecina* (Clásicos Emerita, Madrid, 1943), 12 y sigs. Cfr. Dig. 7, 2, 8: *Si mulieri cum liberis suis usus fructus legetur*; Fr. Vat. 86 y 87. La concurrencia, por lo demás, se da también en el legado de *habitatío*, que cumple misión análoga a la del *usus* del usufructo (Dig. 7, 9, 11): *Si pater heredes filios simul habitare cum uxore legataria voluit*.

(59) La liquidación es consecuencia de la indivisibilidad física (Dig. 30, 26, 2), pero la indivisibilidad jurídica postula la permanencia del disfrute solidario. En Dig. 33, 2, 32, 8 se presenta la posibilidad de usufructo de la estimación de la cuota sobre que se estableció; lo que ya podía ser determinado por el mismo testador: Dig. 7, 1, 42, 1.

portante que sea el disfrute de unas rentas, lo es quizá más aún el uso (60). El testador no sólo quería dejar unos medios de vida, estimables en dinero, a su viuda, sino que le dejaba, ante todo, la casa en que habían vivido juntos, con todos sus accesorios. Desde este punto de vista, resultaba tan antinatural desinteresarse a la viuda mediante una cantidad de dinero, que, por lo demás, no era un medio seguro para garantizar una estabilidad económica por muchos años (61), como permitir que el hijo pusiera fin a la convivencia exigiendo la entrega de igual cantidad de dinero. Más absurdo aún resultaba que los bienes se dividieran físicamente en dos para que cada uno, madre e hijo, disfrutara de una mitad. Todas esas soluciones eran contrarias a la intención del testador. Este, repetimos, quería hacer posible la vida digna de su viuda en convivencia con el hijo o los hijos que permanecieran en dicha convivencia. Si la madre quería apartarse de la sede familiar, le tenía que resultar difícil conseguir una compensación económica, es decir, un *frui* sin el *uti* a que renunciaba; si el hijo decidía vivir independientemente, tampoco podía exigir una indemnización económica. Es decir, la institución era esencialmente solidaria, no sólo por lo que respecta a los que concurrían en el disfrute, sino incluso respecto a la inescindibilidad del *frui* respecto al *uti*. Por otro lado, el usufructo era, por eso mismo, esencialmente vitalicio; la posibilidad de limitarlo con un *dies ad quem* resulta antinatural en el verdadero usufructo (62).

Este tipo genuino del usufructo, como institución alimentaria esencialmente familiar, fué elaborado por la Jurisprudencia, y sometido por ésta a un proceso de patrimonialización: se convirtió en un derecho patrimonial, con un valor económico estimable en dinero. Desde ese nuevo punto de vista, el *uti* resultaba mucho menos importante que el *frui*, ya que es precisamente en la explotación de disfrute donde reside el mayor valor pecuniario del usufructo. La función familiar fué postergada (63). El legado no aparecía ya como el único modo de constituir el usufructo y se especula, lo que para la época antigua resultaba extraño, con la hipótesis de una *stipulatio* de constituir usufructo.

Con todo, la Jurisprudencia no llegó a cambiar radicalmente la esencia del usufructo, y operaba con muchas consecuencias de su primitiva indivisibilidad. Así, no llegó a consumir una equiparación total del usufructo a la *possessio* ni del usufructo a la *communio*, y, por lo mismo rechazó la transmisibilidad: aunque la divisibilidad acabó por ser afirmada, sobre todo a efectos de la

(60) Cfr. supra nota 54. De ahí que el legado de usufructo se mantenga netamente separado del legado de renta: Dig. 7, 1, 58, 1, 2.

(61) Piénsese, no sólo en la imprudencia económica de la mujer, sino en las fluctuaciones del valor del dinero.

(62) Cfr. A. d'ORS en *AHDE*, 18 (1947) 665.

(63) De ahí que los bizantinos llegaran a admitir el usufructo a favor de una persona jurídica, y por la duración máxima de cien años.

posibilidad de una reclamación parcial y de la reductibilidad *ex lege Falcidia* (en ambos casos divisibilidad ideal), una divisibilidad física, a efectos de la *actio communi dividundo* (y habría que decir también de la *actio familiae erciscundae*) no fué admitida, y la antigua solidaridad pervivió siempre en lo que vino a llamarse el *ius adcrescendi* especial del usufructo, así como en otras soluciones casuísticas (64).

La patrimonialización racionalizadora a que la Jurisprudencia romana sometió el tratamiento del derecho de usufructo pervirtió parcialmente la naturaleza genuina de la institución. La consideración de este fenómeno, incluso con vistas al Derecho civil moderno, puede quizá contribuir a la corrección, por rectificaciones jurisprudenciales sobre todo, del curso de la degeneración, revalorizando la función genuina e insustituible del usufructo como institución familiar alimentaria. Por lo que respecta a la Sistemática, al menos para el Derecho romano, creemos consecuente situar el estudio del usufructo, no en el Tratado de los Derechos Reales, sino en el de la Sucesión testamentaria.

II

7. Tipos de cousufructo en el Código civil español

En el Derecho civil moderno subsiste el problema fundamental de la divisibilidad del cousufructo, como tipo especial de comunidad.

El Código civil es parco en cuanto al trato y desarrollo de la comunidad de usufructo. El cousufructo que admite—o como textualmente expresa, «el usufructo constituido en favor de varias personas simultáneamente» (art. 469), resulta una figura vacilante e incompleta, ya que el Código no determina su desarrollo y tan sólo recoge aspectos parciales del mismo. Así, cuando en el art. 490 se trata de la administración y percepción de frutos e intereses del usufructuario de parte de una cosa poseída en común; en el art. 521, en cuanto al llamado derecho de acrecer o permanencia del usufructo constituido en provecho de varias personas vivas al tiempo de su constitución; en el art. 640 que se confirma la posibilidad de constituir el usufructo en provecho de varias personas; por último, en el art. 787, n.º 2, *a sensu contrario*, se admite, también el usufructo simultáneo.

También la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, al interpretar el art. 392, estima la existencia de condominio o comunidad de

(64) Dentro de la sistemática de los derechos reales, el usufructo quedó siempre como una institución híbrida, que si se aproximaba por un lado a la propiedad y a la posesión, no dejaba por otro de considerarse como un tipo de servidumbre, es decir, de uso.

bienes, no sólo en el caso de que la propiedad de una cosa pertenezca *pro indiviso*, a diferentes personas, sino también cuando el dominio o los aprovechamientos que de él se deriven están atribuidos en tal forma, que hay entre los copartícipes algo común, en términos que pueden reputarse como copropietarios (S. 9 mayo 1922). Otras sentencias del Tribunal Supremo se refieren, concretamente, a la comunidad del derecho de usufructo y establecen que los disfrutes de que se trata son como «relaciones jurídicas análogas a la comunidad de bienes» (SS. 9 julio 1903 y 6 julio 1920), o bien reconocen, sin más, su existencia (SS. 18 febrero 1896; 14 diciembre 1898; 29 marzo 1905; 21 mayo 1910; 8 julio 1912; 9 febrero 1917; 1 octubre 1919; 23 octubre 1919; 17 junio 1929; 18 mayo 1943 y 25 junio 1943).

a) *Cousufructo voluntario.*

El Código civil distingue fundamentalmente dos clases o modos de constitución del usufructo: el usufructo voluntario y el usufructo legal. El primero es el usufructo normal y característico, un derecho real sobre cosa ajena limitativo del dominio, un derecho de tipo patrimonial (arts. 467-522); el segundo, es el usufructo legal, necesario o, también, llamado familiar que establece el Código en los arts. 159-166, 834-839 y 1.357-1.364.

La distinción es importante, no sólo en la problemática de su régimen jurídico (legal o voluntario), sino por lo que se refiere a su específica naturaleza. Generalmente, se afirma hoy por la doctrina que el usufructo normal es el llamado voluntario, mientras que el usufructo legal es una especie o variedad que se asemeja al usufructo, pero con contenido y alcance distinto: resulta un usufructo de excepción.

Paralelamente a esta distinción, existe un cousufructo voluntario cuando la titularidad de un usufructo recaiga sobre varias personas. Ahora bien, respecto a este cousufructo, aunque en el Código civil carecemos de un régimen jurídico completo, no obstante, es posible lograrlo a través de las normas desperdigadas que contiene, o bien por un trato de analogía con las reglas establecidas para la comunidad (65). Por otra parte, el título voluntario del mismo ofrece un mayor campo a la autonomía particular para llegar a establecer una regulación normal y completa de su ejercicio en la percepción de frutos, realización del uso de la cosa y, en general, su administración y desenvolvimiento.

Mayores dificultades ofrece cuando no está preordenada su distribución o régimen a seguir. El art. 393 viene a resolver la

(65) En este sentido opina nuestra doctrina: MARRESA, *Comentarios al Código civil*, IV (Madrid, 1895), 348; MUCIUS SCAEVOLE, *Código civil*, IX (Madrid, 1894), 117; VALSERRA, *Tratado de Derecho civil español*, II (Valladolid, 1936), 422; CASTÁN, *Derecho civil español común y foral*, II (Madrid, 1950), 477.

duda al disponer que "el concurso de los partícipes, tanto en los beneficios como en las cargas, será proporcional a sus respectivas cuotas. Se presumirán iguales, mientras no se pruebe lo contrario, las porciones correspondientes a los partícipes en la comunidad».

Los derechos del cusufructo son, fundamentalmente, dos: a) El derecho a poseer la cosa objeto del usufructo y b) El derecho a la obtención de la parte de los frutos.

Ahora bien, el disfrute del cusufructuario no tiene la extensión y la amplitud de la del usufructuario individual. El disfrute de los partícipes en el usufructo tiene ciertos límites, no sólo en cuanto al uso, sino también en cuanto a la obtención de los frutos.

Así, en cuanto al uso, es aplicable el principio establecido en el art. 394, por el cual, cada partícipe podrá servirse de las cosas comunes, siempre que disponga de ellas conforme a su destino y de manera que no perjudique el interés de la comunidad, ni impida a los copartícipes utilizarla según su derecho. Además, según el art. 397, ninguno de los condueños (se aplicará aquí a los cusufructuarios) podrá, sin consentimiento de los demás, hacer alteraciones en la cosa común, aunque de ellas pudieran resultar ventajas para todos. Hay que añadir que los cusufructuarios se pueden quejar, no sólo del uso exclusivo que uno de ellos haga de la cosa, sino también por elección de un uso o destino distinto de la cosa, en virtud del principio de mayoría establecido en el art. 398.

Por lo que se refiere a la adquisición de la propiedad de los frutos naturales, el cusufructuario la obtendrá mediante la separación y proporcionalmente a su cuota (art. 490); por el artículo 393 del Código civil, según vimos, se presume que serán iguales, mientras no se pruebe lo contrario. Además, siempre queda el medio de poder alterar el régimen, si, por pacto, se estableciera otra cosa.

Las obligaciones del cusufructuario, según los principios de toda comunidad, serán:

a) Obligación de redactar el inventario que es indivisible y, por tanto, tienen el deber de realizarla los cusufructuarios conjuntamente (art. 491, n.º 1).

b) Obligación de prestar fianza que, como divisible, será proporcional a la cuota de usufructo (art. 491, n.º 2).

c) Obligación de custodiar la cosa, también indivisible (artículo 497).

d) Obligación de atender a los gastos ordinarios de la conservación y de las cargas que gravan los frutos (arts. 395 y 500), igualmente indivisibles.

e) Obligación de avisar al propietario de las reparaciones ex-

traordinarias (art. 501), así como las cargas que graven la propiedad y los gastos de los pleitos (art. 504).

b) *Otros modos voluntarios de constituirse el cusufructo.*

Los titulares o copartícipes de un derecho de usufructo pueden ver más o menos reducido su derecho en virtud de la extensión concedida en el título de constitución.

De este modo, por el objeto sobre que recae, el cusufructo puede ser establecido en cosas singulares (bienes muebles o inmuebles), sobre un patrimonio (arts. 469, 506 y 510) (66), en parte de una cosa (arts. 477, 490 y 834) (67) y sobre un derecho, siempre que no sea personalísimo e intransmisible (arts. 469, n.º 2 y 475). Actualmente, el usufructo de derechos adquiere gran importancia, tanto en la esfera de los derechos reales como en la de los de crédito, así como el usufructo de derechos de bienes inmateriales (autor, inventor, etc.) (68). También tiene trascendencia, de un modo particular, el usufructo de acciones o de títulos valores de las personas jurídicas. En virtud del desarrollo que adquieren las sociedades hoy día en el tráfico mercantil, surge, como medio especial de disfrute, la acción o cuota de participación. Perodada su relevancia y complejidad, requiere estudio aparte (69).

Por razón de las personas, el cusufructo existe cuando el disfrute se da entre varios usufructuarios (supuesto normal). Ahora bien, cuando este disfrute se realiza entre un usufructuario y varios copropietarios (por cesión de la cuota de un copropieta-

(66) Cfr. la nota de FADDA y BENSA a WINDSCHEID, *op. cit.* II, 507; BARASSI, *I diritti reali limitati in particolare l'usufrutto e le servitù*. Milán, 1947, página 177.

(67) Sobre un cusufructo de dos treinta y nueveavos partes: S. 17 junio, 1929. Véase BARASSI, *op. cit.*, pág. 147 y ss.

(68) Cfr. DALMASES, *El usufructo de derechos*. Madrid, 1932, pág. 182 y ss.

(69) Cfr. CROME, § 437; TUHR, *Allgemeine Teil*, I, 97; en contra: NEUDEGGER, en *Archiv für bürgerliches Recht*, 34, 75, y KAUFMANN, *Eigentum am Gesellschaftsvermögen* (1911), 92, cit. por WOLF, *Derecho de cosas*, trad. española de la obra de ENNECERUS, por PÉREZ y ALGUER, III, 2.º (Barcelona, 1937), 68. En la doctrina italiana: GASPERONI, *Usufrutto di azioni e diritto di opzione*, en *Rivista di Diritto Commerciale* (=RDC), II (1943), 165; FERRI, *Usufrutto di azioni e assegnazioni di azioni gratuite*, en *Diritto e pratica commerciale*, II (1943), 67; FIORENTINO, *Comproprietà ed usufrutto di azioni*, en RDC, V-VI (1946), 248; WALTER BIGIAMI, *Estensione dell'usufrutto di azioni copiate?*, en *Rivista Trimestrale di Diritto e procedura civile*, IV (1947), 854; ASQUINI, *Usufrutto di quote sociali e di azioni*, en RDC, I-III (1947), 12. Entre nosotros: DALMASES, *op. cit.*, pág. 224; COSSIO, *Usufructo de acciones en el Código civil español*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (=RCDI), IX (1933), 896; SÁNCHEZ TORRES, *Usufructo de acciones de sociedades mercantiles (problemas entre usufructuarios y nudo propietarios)*. Madrid, 1946; LARRAZ, *El usufructo y la sustitución fideicomisaria sobre títulos valores*, en *Revista de Derecho Mercantil*, III (1947), 7; BOFARULL, *El usufructo y la nuda propiedad en la suscripción de valores mobiliarios*, discurso de recepción en la Real Academia de Jurisprudencia. Madrid, 1947.

rio), ¿se puede decir que exista en realidad un cusufructo? (70).

La doctrina, al plantearse el problema de si hay comunidad entre los copropietarios y el usufructuario de una parte de ella, suele dar una contestación negativa. Según Castán (71), «es nota esencial de la comunidad de bienes la unidad del objeto, y ésta no existe entre los copropietarios (titulares del derecho de propiedad) y el usufructuario (titular de un simple derecho de usufructo). Lo que hay es que el usufructuario de una parte alicuota de una cosa común ha de tener en ella, por virtud de su derecho de usufructo, la misma participación en la facultad de aprovechamiento, que tendría el propietario o condueño; y como a este derecho de aprovechamiento ha de ir ligado el derecho de administrar, pues la administración tiende a procurar que la cosa dé las mayores utilidades posibles, se concede también al usufructuario la participación que tendría el dueño en la administración de la cosa común».

El usufructuario de parte de una cosa poseída en común—dice el art. 490 del Código civil—ejercerá todos los derechos que corresponden al propietario de ella referentes a la administración y a la percepción de frutos e intereses. Creemos que sobre esta base puede admitirse la existencia de un codisfrute entre el propietario y el usufructuario de cuota, pero nunca un cusufructo, ya que falta la unidad de título entre ambos (propietario o propietarios y usufructuario) (72).

Igualmente no existe cusufructo entre el nudo propietario y el usufructuario, puesto que tampoco poseen la misma naturaleza uno y otro (73). Como observa García Granero (74), entre usu-

(70) V. DRAGO, *Usufruttuario di quota e comunione col coproprietario*, en *Temì Emiliana*, I (1934), 183; DOSSETTO, *La comunione dei diritti reali con particolare riguardo alle disposizioni del nuovo Codice civile*, en *Estratto da Sinossi giuridica*, fas. 608-610, pág. 18; SALIS, *La comunione. Trattato di diritto civile italiano*. Torino, 1939, pág. VII, núm. IV; SANTORO-PASSARELLI, en *Foro Italiano*, I (1932), 425; GIERKE, § 147 y cfr. *Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen des streitwilligen Gerichtsbarkeit*, 49, 191, cit. por WOLF, op. cit., pág. 100, núm. 1.

(71) CASTÁN, op. cit., pág. 290.

(72) En contra: S. 14 diciembre 1898, que parece admitir la comunidad de bienes entre los copropietarios de una cosa común y el usufructuario de una parte de ella. De admitirla, tendría transcendencia en cuanto a la comunidad, o de la cosa poseída en común por el posible ejercicio de una acción por un copropietario contra el usufructuario de cuota.

(73) VENEZIAN, *Usufructo, uso y habitación*, trad. esp., II (Madrid, 1928), 638, cree que hay comunidad de disfrute con el propietario cuando el usufructo creado en favor de varios, y separadamente se extingue para uno, por cualquier causa que no afecte al derecho de los demás. Y también se forma inicialmente una comunidad de disfrute con el mismo cuando el usufructo se constituye por haber sucedido al copropietario en virtud de la ley o por un acto de voluntad privada, o por suceder al propietario, a causa de vocación legal o por causa de voluntad privada con expresa limitación de cuota; cfr., además, CASTÁN, op. cit., pág. 291; PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil es-*

fructuario y nudo propietario hay una titularidad compartida o dividida, una concurrencia de pretensiones jurídicas distintas sobre un mismo objeto jurídico.

c) *Usufructo legal: examen de los diversos usufructos legales.*

Otra consideración ofrece el posible fenómeno paralelo de cusufructo legal que, a primera vista, se puede identificar con el usufructo legal. Este usufructo presenta un disfrute de carácter familiar. ¿Se trata en realidad de un verdadero cusufructo?

Como advierte Venezian (75), la verdadera comunidad de usufructo se constituye cuando se sucede al propietario a virtud de un acto de voluntad privada, ya que la comunidad verdadera no nace de la ley. Y de tal forma es esto cierto para nuestro Derecho positivo que puede hablarse de un codisfrute o disfrute en común en los supuestos de usufructo legal, pero difícilmente de un cusufructo.

El usufructo legal viene referido a aquel uso y disfrute que la ley asigna a ciertas personas en cosa ajena, sin necesidad de que para su constitución concorra la voluntad del propietario. En el Código civil encontramos tres supuestos de usufructo legal: a) El concedido a los padres sobre los bienes de los hijos que están bajo su potestad (arts. 159-166); b) El del cónyuge viudo en los bienes del premuerto en las sucesiones legítima y testamentaria (arts. 834-839); c) El que se concede al marido sobre la dote inestimada de la mujer (arts. 1.357-1.364). Estos supuestos de usufructo legal han sido también denominados como usufructo familiar (76), debido al régimen diverso que frente al usufructo común se le ha dispensado. Dada la peculiar naturaleza de este disfrute, se suele diferenciarlo del ordinario, puesto que no se presta fianza, se tiene capacidad de disposición y es concedido en beneficio general de la familia.

La doctrina, tanto extranjera como nacional observa cómo el usufructo cumple una específica función dentro del campo familiar y que, actualmente, es la ley la que lo impone, aunque sea de un modo excepcional, a través de estos supuestos determinados.

Huber (77) expone cómo el derecho real de usufructo en el

pañol, III-I (Madrid, 1950), 258, núm. 6; la Res. 17 noviembre 1916, la s. 5 junio 1929 y la Res. 24 diciembre 1934; también LEZÓN, *Institución conjunta de herederos en usufructo y nuda propiedad, según el art. 787 del Código civil, su naturaleza y problemas de hermenéutica jurídica que plantea*, en RCDI, 4 (1928), 334.

(74) GARCÍA GRANERO, *Cotitularidad y comunidad*, en RCDI, 19 (1946), 147.

(75) VENEZIAN, *op. cit.*, II, 638.

(76) Cfr. DALMASES, *op. cit.*, págs. 128 y 239.

(77) HUBER, *Los derechos reales en el Derecho privado suizo*, trad. esp., Madrid, 1912, pág. 22.

derecho de familia está ligado, precisamente, a la existencia de la relación jurídico-familiar. «Que aquí no se trata del usufructo corriente del derecho de bienes—dice—, se reconoce por todos y se expresa en la misma ley (BGB), puesto que emplea para el usufructo corriente la designación de «Niessbrauch» y para el disfrute legal del marido sobre el patrimonio de la mujer, la expresión de goce del aprovechamiento («Nutzniessung»). El Código civil suizo (ZGB) escoge para la primera esta última, y para la segunda, la de disfrute («Nutzung»).

Según Wolff (78), estas formas de usufructo legal no caen dentro del concepto del usufructo. «La diferencia—manifiesta—reside en lo siguiente: el usufructo recae sobre objetos singulares cualquiera sea el patrimonio a que pertenezcan; el disfrute legal recae sobre un patrimonio separado, considerado como un todo, y recae sobre los objetos singulares pertenecientes a este patrimonio sólo en tanto en cuanto aquéllos pertenezcan al patrimonio separado. Esta diferencia cardinal impide que el disfrute legal sea construido como derecho sobre objetos singulares y, por consiguiente, como usufructo; pero el parentesco de ambas instituciones se revela en que ciertos principios fundamentales del derecho de usufructo son aplicables al disfrute legal (§§ 1.383, 1.384, 1.423, 1.652, 1.663)».

De Page (79) hace observar la gran diferencia que separa a estos diversos derechos de disfrute legal del usufructo de derecho común, agrupándolos, dada su fisonomía propia, bajo un concepto genérico. Y por la finalidad para que han sido establecidos, Planiol y Ripert (80) también los configuran y tratan separadamente.

La doctrina italiana distingue, igualmente, las dos clases de usufructo. Stolfi (81) observa cómo la estructura y naturaleza jurídica del usufructo legal no está de acuerdo con la del usufructo, por el especial destino de los bienes a la satisfacción de intereses y necesidades que trascienden de aquéllos del usufructuario. Se-

(78) WOLFF, *op. cit.*, III, 2, 68.

(79) DE PAGE, *Traité élémentaire de Droit civil belge*, VI (Bruxelles, 1942), 169.

(80) PLANIOL y RIPERT, *Traité práctico de Derecho civil francés*, trad. cast., I y III (Habana, 1945), 363 y 645, respectivamente. En Canadá, HENRI TURGEON, *Le système successoral de la province de Québec*, Québec, 1949, página 25.

(81) STOLFI, *Diritto di famiglia*, Turín, 1921, págs. 568 y sigs.; BARASSI, *Op. cit.* pág. 154 y en *Le successioni per causa di morte* (1947), n. 80 y 94 ctee que en las diferencias explicadas por el carácter familiar del usufructo, unida a la potestad especial atribuida, no son tan grandes, a pesar de que se le ha dado al usufructo legal una naturaleza diversa frente al usufructo ordinario, debido a que al usufructo legal se le atribuye naturaleza de derecho personal, no real, fundándola sobre la no hipotecabilidad; DE MARTINO, *Della proprietà. Commentario del Codice civile*, por SCIALOJA y BRANCA (arts. 597-1.099), III (Bologna-Roma, 1947), y también TEDESCHI, *L'usufrutto legale e Pasufrutto*, en *Circolo giuridico*, I (1934) 233 y 288 cit. por DE MARTINO.

gún Milani (82), «el problema de la naturaleza jurídica del usufructo se encuentra en estos nuevos términos: ¿se puede negar que el derecho concedido al padre sobre los bienes del hijo propietario sea un verdadero y propio usufructo, solamente porque le es concedido, no en orden a un interés propiamente individual, sino a un interés superior del conjunto familiar?» El hecho de que sea constituido por la ley es, pues, en vista de un interés superior que el ordenamiento jurídico considera como necesario (83).

En el Derecho civil portugués, el usufructo es también constituido por mera disposición de la ley (art. 2.198) y puede ser de dos tipos: a) Usufructo propiamente dicho; b) Usufructo-compensación. Este último, es frecuentemente designado como usufructo legal. Cunha Gonçalves (84) observa que este usufructo no es un derecho real, ya que no recae sobre los mismos bienes, y sí en los respectivos rendimientos.

Entre nuestros autores, Dalmases (85) señala cómo la especial configuración del Derecho de familia hace que se dé en él un tipo de derecho de goce legal que nuestro Código civil denomina también usufructo, al seguir, en general, al francés y al italiano y, en última instancia, al Derecho romano. Añade que «la diferencia técnica—que comprobamos también en nuestro Derecho—consiste en que el usufructo se refiere a objetos determinados, cualquiera que sea el patrimonio a que pertenezcan, mientras que el derecho de goce familiar se refiere a un patrimonio especial—el que forman los bienes de los hijos o de la dote inestimada y recae sobre sus objetos en tanto que pertenezcan a él».

Igualmente, según Pérez y Alguer (86), «en el Código civil español sólo cabe contraponer el usufructo al usufructo legal. El examen de este último corresponde al derecho de familia. Pero la diferencia capital de uno y otro está, como indica el texto, en que el usufructo recae sobre objetos singulares cualesquiera que sea el patrimonio a que pertenezcan, como ocurre normalmente con los derechos reales limitados, mientras el usufructo legal sólo afecta a los bienes de un patrimonio separado y en tanto estén incluidos dentro del mismo».

(82) MILANI, *Natura giuridica dell'usufrutto legale del genitore*, en *RTDPC*, III-3 (1949), 580.

(83) Véase también: CICU, *Usufrutto d'eredità*, en *RTDPC*, III 3 (1950), 821.

(84) CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito civil*, XI (Coimbra, 1937), 354.

(85) DALMASES, *op. cit.*, pág. 129. De la misma opinión son: CHARRIN, en contestación a una consulta formulada en el *Boletín de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 94 (1893), 498; DE DIEGO, *Curso elemental de Derecho civil*, VI (Madrid, 1923), 444; RAMOS, en notas al libro de HUBER, *cit.*, pág. 23, núm. 2.

(86) PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, en notas a la obra de ENNECERUS, *op. cit.*, III-2, 71. Así lo entiende también HERNÁNDEZ GIL, *Concepto del Derecho civil*, Madrid, 1943, pág. 111.

Del mismo modo, Cossío y Rubio (87) observan que «más que como instrumento de tráfico, el usufructo se manifiesta como institución vinculada, por lo regular, a la sucesión *mortis causa* y a la familia, satisfaciendo necesidades que por su alcance rebasan el campo de lo meramente contractual».

Se observa, pues, cómo el usufructo familiar supone un desarrollo más amplio del contenido y, al mismo tiempo, de las facultades del usufructuario. Para Dalmases (88), las notas características del usufructo legal o familiar son: 1.º Que es un derecho de goce sobre un conjunto de bienes, pero que se distingue del de patrimonio en que sólo recae sobre un bien en cuanto esté en aquel conjunto. 2.º Frente al usufructo común se distingue en la facultad de disponer—dentro de ciertos límites—de las cosas y de los derechos mismos que son su objeto. 3.º Que no se puede enajenar ni gravar el mismo usufructo.

Dada la particular contextura de este usufructo es necesario que indiquemos algunas notas más, en el sentido de realzar su peculiaridad, no sólo con objeto de diferenciarlo del usufructo común—hoy desnaturalizado y apartado de su verdadera función—, sino para inyectarle el vigor necesario que le falta. Hay que ver cómo en el llamado usufructo familiar se da un disfrute conjunto, al crearse una comunidad de disfrute en los bienes de los miembros de una familia, aunque formalmente la ley se refiera exclusivamente a una persona determinada (usufructo del cónyuge viudo, de los padres sobre los bienes de los hijos, etc); no por eso, de hecho, se disfruta en un régimen separado, sino común.

Precisamente, es en el seno de la comunidad familiar donde se realiza y cumple su cometido. La existencia de una comunidad de goce de los bienes es indudable. A la celebración del matrimonio, con la unión íntima de dos vidas, le sigue la unidad económica. A pesar de los diversos regímenes patrimoniales que según el Código se pueden establecer, lo más frecuente es mantener una situación de unidad, ya por la presunción de la misma, que la ley establece (régimen de gananciales), o bien a través del derecho de administración que la ley concede al marido. Y cuando falta este aglutinante, ya sea a consecuencia de la muerte de uno de los cónyuges u otra causa de ruptura (separación, divorcio), es el usufructo, precisamente, el que viene a sostener la unidad de la agrupación familiar.

El Tribunal Supremo, en SS. 7 julio 1892 y 27 septiembre 1893, interpreta, igualmente, que «el derecho de usufructo concedido por la ley a favor del padre o de la madre no se halla establecido en beneficio personal y exclusivo del usufructuario, sino en beneficio de la familia por él regida».

(87) COSSÍO Y RUBIO, *Tratado de Arrendamientos Urbanos*. Madrid, 1949. pág. 93.

(88) DALMASES, *op. cit.*, págs. 244 y sigs.

Por lo tanto, podemos hablar de un usufructo legal o familiar que tiene, además, las siguientes notas específicas:

a) Suponer siempre un disfrute conjunto por el sentido de la *affectio*, es decir, que el beneficio es para todos.

b) Suponer una nota de pacifismo frente a otras relaciones que presentan un carácter polémico.

c) Tener una finalidad alimentaria y entrelazante, o sea, de asistencia a los miembros de la familia para que puedan desarrollar sus facultades conforme al estado y condición que mantienen (89).

Ahora bien, a primera vista pudiera creerse que en el usufructo legal, por el hecho de su disfrute conjunto, se da un cousufructo, especialmente, en dos de los casos de usufructo legal. Algo diferente ocurre en el usufructo del cónyuge viudo, según veremos.

En estos supuestos, tenemos que observar que, más que de un cousufructo, propiamente dicho, se trata de un codisfrute. El disfrute conjunto que tales usufructos legales ofrecen es, simplemente, aparente. Si partimos de una concepción del usufructo como *ius in re aliena*, es decir, un derecho que grava y comprime el derecho de propiedad, y no como *pars rei* o *pars domínii*, o sea, que su constitución representa una división cualitativa del dominio—concebida en algunos textos de la jurisprudencia romana y hoy ya revisada por la dogmática civil moderna (90)—, observaremos cómo, en realidad, no existe una cotitularidad en estos tres casos de usufructo legal, sino tan sólo un concurso de derechos diferentes sobre el disfrute de la cosa (codisfrute).

Empecemos por examinar separadamente las tres hipótesis legales, puesto que, en la concurrencia de derechos que presentan, hay cierta diferencia de matiz.

En el supuesto del usufructo del padre o madre sobre los bienes de los hijos existe un derecho de goce, además de la administración, en favor del padre o madre, frente al derecho de nuda propiedad que le queda al hijo o hijos (91). En tal supuesto, son

(89) Conviene advertir que el usufructo legal no es un derecho de alimentos, como algún autor pudo pensar (MUCIUS SCAEVOLA, *op. cit.*, XIV, 392), sino que la condición del viudo, según señaló también la Res., 17 noviembre 1916, se parece a la de los alimentistas. Tal era el parecer de los autores de la Comisión de Codificación; cfr. ALONSO MARTÍNEZ, *El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales* (edición de homenaje). Madrid, 1947, pág. 296.

(90) Cfr. supra nota 36. Igualmente, el Tribunal Supremo, en S. 3 diciembre 1946, sostiene que el usufructuario no es titular de un dominio dividido, sino de un «derecho real de goce» o gravamen del dominio único y abstracto.

(91) Para GONZÁLEZ PALOMINO, *Estudios de arte menor sobre derecho sucesorio. I. Diagnóstico y tratamiento del pseudo-usufructo testamentario*, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado* (= AAMN), II (1946), 441, no es tal usufructo, sino síntomas externos de usufructo, pseudousufructos que podrían llenar un interesante capítulo sobre patología del usufructo. Una po-

los padres los que obtienen exclusivamente todos los productos de los bienes del hijo menor no emancipado, el cual se beneficiará de ellos indirectamente en virtud de la naturaleza específica, funcional, que tiene dicho usufructo; su objeto, según vimos, supone el beneficio total de la familia (92).

Por lo tanto, no podemos hablar aquí de cotitularidad de derechos entre el padre o madre y los hijos, puesto que están en un rango diferente: usufructuario uno, nudo propietario el otro u otros. El Código civil, en el art. 160, habla de que «los bienes que el hijo no emancipado haya adquirido o adquiera con su trabajo o industria, o por cualquier título lucrativo, pertenecen al hijo en propiedad y en usufructo al padre o a la madre que le tengan en su potestad y compañía; pero si el hijo, con consentimiento de sus padres, viviere independiente de éstos, se le reputará para todos los efectos relativos a dichos bienes como emancipado, y tendrá de ellos el dominio, el usufructo y la administración». Esta segunda parte del artículo nos hace ver cómo el Código se refiere, en la primera parte del mismo, a la nuda propiedad y no a la propiedad plena en concurrencia con el usufructo, pues, de lo contrario, sobraría la expresión concreta de tener no sólo el dominio, sino el usufructo y la administración. Además, si el padre tiene todo el usufructo, y no parte del mismo—como por el contrario ocurre, según vamos a ver, en el usufructo del cónyuge viudo—, se agotará con él el disfrute del derecho, lo cual tampoco quiere decir que el hijo quede exento de todo disfrute, ya que, en realidad, él compartirá de hecho con el padre en tal disfrute. Ahora bien, el hijo lo obtendrá a través del padre, es decir, en cuanto que tal disfrute, según se vió, no es personal y exclusivo, sino en beneficio de la familia por él regida.

Igual fenómeno sucede en el usufructo del marido sobre los bienes dotales de la mujer. En ellos, el marido tiene el usufructo y administración de dichos bienes y la mujer tan sólo la nuda propiedad. Este usufructo del marido, como tampoco es de parte, sino total, agota también las posibilidades de disfrute directo de la mujer en cuanto a sus facultades como mera nuda propietaria. Igualmente que en el usufructo anterior, la mujer disfrutará a través del marido. El art. 1.357 es tajante a este respecto: «El marido es administrador y usufructuario de los bienes que constituyen la dote inestimada, con los derechos y obligaciones anexas a la administración y al usufructo, salvo las modificaciones expresadas en los artículos siguientes.»

sición extrema la mantiene: SECH1, *Sobre la abolición del usufructo legal de los padres en los bienes de los hijos*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (= RGLJ), 87 (1895), 661.

(92) Cfr. *Usufructo establecido por la ley en virtud de la patria potestad; preferencia de los hijos por razón de dicho usufructo sobre los otros acreedores*. *Doctrina del Tribunal Supremo*, por la Redacción de la RGLJ, 90 (1897), 780.

Son, pues, notas características de estos usufructos legales el que no sean en beneficio exclusivo e individual y que se una la administración de bienes. Ello implica, también, una facultad de disposición que, algún autor (93), atribuye a la naturaleza específica de estos usufructos, cuando, en realidad, según afirma Jordano Barea (94), no procede del derecho de usufructo legal propiamente dicho, sino de la administración, del poder de gestión que además se le otorga (arts. 159, 163 y 1.357) y no del derecho de usufructo, que tan sólo supone derecho a disfrutar.

El usufructo del cónyuge viudo merece una mención separada de las anteriores. Aquí el usufructo que se concede al cónyuge es el de una cuota parte, mientras que a los hijos o descendientes legítimos se les concede la total propiedad de los bienes. Por lo tanto, hay dos grupos de personas que tienen derecho a un mismo disfrute de las cosas: el cónyuge viudo y los hijos o demás herederos. Como en los usufructos anteriores existe un usufructo coincidente sobre los mismos bienes. Pero ello tampoco supone cotitularidad de derechos. El derecho por el que disfruta el cónyuge viudo es también de diferente rango del que disfrutaban los hijos: uno es sólo usufructuario; los otros, plenos propietarios. Aquí lo que existe es un concurso del derecho del usufructuario con el derecho de los propietarios y, por esta razón, se divide entre estos dos titulares de derechos concurrentes, aunque, si bien, diversos. No son, pues, cotitulares, sino que simplemente inciden sobre una misma cosa en disfrute común (95). Por lo tanto, no sucede como en los dos casos anteriores de usufructo legal en que los hijos o la mujer adquieren a través del padre o de su marido en virtud de la función familiar que el usufructo implica, sino que cada uno adquiere el disfrute de las cosas independientemente, separadamente, en virtud de su particular título. Si a la falta de cotitularidad unimos la solución divisoria que el art. 838 del Código civil proclama, se logra la destrucción de la unidad familiar personal y económicamente que en los usufructos anteriores aún se mantenía.

d) Tipos forales de usufructo.

Al existir en nuestra Patria derechos territoriales, llamados forales, que de un modo legal o consuetudinario regulan ciertas instituciones con un matiz diferencial de las de Derecho común, surge la cuestión de su delimitación y significado dentro de esta duplicidad de régimen civil.

El carácter relevante del usufructo establecido por las regio-

(93) DALMASES, *op. cit.*, pág. 245.

(94) JORDANO BAREA, *El cuasi usufructo como derecho de goce sobre cosa ajena*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL (=ADC). I (1948), 1014.

(95) Reconoce una comunidad de disfrute: VENEZIAN, *op. cit.*, II, 638.

nes forales es el sentido de la *affectio* entre los miembros de la familia. En estas regiones se suele legar al otro cónyuge el usufructo de todo o parte del patrimonio con la facultad de enajenar, si ello fuere necesario.

En Aragón (96), la viudedad es una institución de gran importancia, ya que nos revela el disfrute conjunto de la viuda y de los hijos con su función familiar entrelazante. «La celebración del matrimonio—según el art. 63 del Apéndice foral—atribuye por ministerio de la ley a los cónyuges, solamente respecto de los bienes raíces o inmuebles que hayan aportado a aquél o que con posterioridad adquieran así a título lucrativo como a título oneroso, el derecho expectante y recíproco de usufructuar el uno los del otro, en la forma y condiciones que se expresan en este Apéndice». El ejercicio de los derechos y el descargo de las obligaciones del supérstite, tocantes a la viudedad, según el art. 72 del Apéndice, se ajustarán a lo que se halle estatuido válidamente por capitulación matrimonial, disposición de última voluntad, convenio entre el viudo y los interesados en la propiedad u otro cualquiera otorgamiento que conste con autenticidad pública y solemne. Sólo en lo que no esté prevenido, prohibido o modificado por virtud de alguno de los aludidos títulos, se regirán los atributos y las cargas o limitaciones de la viudedad por las mismas que seguidamente se encuentran (v. art. 72, núms. 1, 2, 3, 4, 5 y 6).

En cuanto a las obligaciones, señala el núm. 6 del art. 72 de dicho Apéndice que «satisfará los alimentos que sean legalmente debidos. En tal concepto, deberá señalarlos, arregladamente al haber y poder de la casa, a los hijos comunes y a los del finado no desheredados expresamente que carezcan de medio de subsistencia, dejando siempre a salvo los recursos para atender decorosamente a las necesidades de su vida propia».

En Aragón, otra de las instituciones que tiene trascendencia en la concepción del disfrute conjunto es la continuación de la sociedad con los herederos del cónyuge premuerto. Como dice

(96) Véase: LOZANO, *La viudedad foral aragonesa*, en *Revista de Derecho Privado* (= RDP), I (1914), 416; AZPEJTA, *Sucesión del cónyuge viudo en Aragón*, en *RGLJ*, 125 (1914), 291; ISABAL, *Viudedad foral*, en *RDP*, I (1914), 276. e *Inscripción de bienes hereditarios. La viudedad foral y el consorcio*, en *RDP*, 5 (1918), 177; MARTÍN-BALLESTERO COSTEA, *Derechos sucesorios del cónyuge viudo en Aragón*, en *Primera Semana de Derecho Aragonés*, Zaragoza, 1942, pág. 27; ARAGÜES PÉREZ, *La prohibición de viudedad*, en *Primera Semana*, cit., pág. 41; PELAYO HORE, *Problemas de viudedad foral*, en *Segunda Semana de Derecho Aragonés*, Zaragoza, 1943, pág. 175; CAMÓN AZNAR, *De la extensión de la viudedad legal a todos los frutos pendientes de recolección al fallecimiento del cónyuge premuerto*, en *Segunda Semana*, cit., pág. 193; HUERTA SAN JUAN, *Usufructo viudal en establecimientos mercantiles e industriales*, en *Segunda Semana*, cit., pág. 195; PELAYO HORE, *La viudedad foral aragonesa*, en *RDP*, 28 (1944), 24; BORRELL SOLER, *Protección de la viuda en los regímenes civiles españoles*, en *Estudios de Derecho sucesorio*, Barcelona, 1946, pág. 32; LACRUZ BERDEJO, *El régimen matrimonial de los Fueros de Aragón*, en sep. del *Anuario de Derecho Aragonés* de 1940, págs. 114 y sigs.

Castán (97), obedece, al igual que otras muchas instituciones de su Derecho, a la finalidad de retrasar las particiones y mantener la cohesión de la familia. De este modo, la llamada comunidad continuada del Derecho escrito y consuetudinario de Aragón es un resultado de la solidaridad familiar (98).

La institución de viudedad también existe en el Derecho foral de Navarra, conocida con el nombre de «fealdat» (de fidelidad). Tiene un carácter familiar más acentuado y una amplitud mayor, al comprender dentro de ella no sólo los bienes inmuebles, sino también los bienes muebles que integran el patrimonio del otro cónyuge (99).

Entre los Derechos forales es, seguramente, el catalán—como observa Dalmases (100)—el que restringe más las facultades del viudo usufructuario. Aparte del régimen legitimario y circunstancial de la *cuarta maritalis* justiniana (101), sólo obtiene el viudo el derecho de usufructo a la herencia vitalicia a través de la sucesión testada, si bien en la práctica de testar, tan observada en este país, no suele faltar esta disposición en favor de la viuda (102).

Aunque no tan amplio como el usufructo de Aragón y Navarra, se concede en Vizcaya al cónyuge sobreviviente un usufructo de viudedad sobre los bienes del premuerto (103), ya que tiene, como advierte Sánchez Román (104), un carácter circunstancial y limitado en cantidad y tiempo (105).

La comunicación foral es en el Derecho de Vizcaya una comunidad de bienes que entre marido y mujer se establece, si se disolviera el matrimonio, quedando hijos del mismo. En el caso de sucesión abintestato es aplicable, según declara el Tribunal Supremo (S. 31 enero 1950), la legítima del cónyuge viudo.

(97) CASTÁN, *Derecho civil foral*, II (Madrid, 1932), 155.

(98) V. LACRUZ BERDEJO, *Algunas observaciones sobre la facultad que conceden al cónyuge continuador de la comunidad los arts. 54 y 73, 6.ª del Apéndice*, en *Anuario de Derecho Aragonés*, 4 (1950), 131.

(99) S. 7 octubre 1943.

(100) DALMASES, *op. cit.*, pág. 45.

(101) V. REQUENA, *Variaciones sobre la cuarta marital*, en *Revista General de Derecho* (= RGD), 5 (1949), 148. También: MASPONS y ANGLASELL, *Notas sobre la cuarta marital según el Derecho catalán común*, en RDP, I (1914), 137; CAÑAS y MAÑÉ, *Qué derechos corresponden a la viuda pobre de marido binubo que deja hijos del primer enlace*, en RDP, 12 (1925), 65.

(102) Para una exposición completa: BORRELL, *Derecho civil vigente en Cataluña*, V (Barcelona, 1944), 399. También: MARTÍ MIRALLES, *Principios de Derecho sucesorio aplicados a fórmulas de usufructo viudal y de herencia vitalicia*, en *Revista Jurídica de Cataluña* (= RJC), 30 (1924), 19. 100. 187, 264, 365 y 465; POU, *Memoria sobre los derechos y privilegios de las mujeres casadas y de las viudas en Cataluña*, en RGLI, 15 (1859), 121.

(103) Fuero de Vizcaya, ley 2.ª, tit. XX.

(104) SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, V (Madrid, 1899), 1544.

(105) Para un examen amplio: JADO, *Derecho civil de Vizcaya* 2, Bilbao, 1923, pág. 269; BORRELL y SOLER, *op. cit.*, pág. 36; ECHEGARAY, *Derecho foral Privado*, San Sebastián, 1950, págs. 40 y 81; AREITIO, *Derecho civil de Vizcaya*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, I (Barcelona, 1950), 307.

Igualmente, en Mallorca (106) se concede a la mujer el que continúe usufructuando los bienes del marido durante el tiempo de su viudez.

En Galicia—dice Fuenmayor (107)—, la práctica notarial acusa dos tendencias para la efectividad del usufructo universal cuando concurre el viudo con descendientes: la que ordena como legado, por los cauces del artículo 820, número 3, del Código civil, y la que, con fundamento en el artículo 1.051, prohíbe la división de la herencia y atribuye la administración y el usufructo al viudo, estableciendo a su favor el legado del tercio libre en pleno dominio si los hijos no respetaran el usufructo del ascendiente. Con Fuenmayor, puede asegurarse que el usufructo universal se halla vigente en las costumbres jurídicas de dicha región (108), donde cumple el beneficioso fin de sostener la posición de la viuda o viudo, a la par que contiene la descomposición de los patrimonios familiares.

8. *La división de la comunidad de usufructo en el Código civil.*

La divisibilidad del usufructo está en función del concepto de comunidad.

Aceptado por el Código civil el criterio romano de comunidad y concebido el usufructo como un derecho a los frutos de la cosa (e identificada la comunidad con la copropiedad), la divisibilidad es la consecuencia inmediata del carácter patrimonial atribuido. La solución divisoria del artículo 400 resulta, así, el medio apto para salir de una situación comunal que la mayor parte de la doctrina considera incómoda, antieconómica e ineficaz (109). Según

(106) MAURA, *Derecho civil vigente en Mallorca*, Madrid, 1888, pág. 30; MASCARÓ, *Ensayos jurídicos sobre el Derecho foral de Mallorca*, Palma, 1896, pág. 14; BORRELL y SOLER, *op. cit.*, pág. 38; PONS MARQUÉS, *Derecho civil de Mallorca*, en *Nueva Enciclopedia jurídica seix, cit.*, pág. 271.

(107) FUENMAYOR, *Derecho civil de Galicia*, en *Nueva Enciclopedia jurídica Seix*, I (Barcelona, 1950), 265.

(108) V. BONET CORREA, *Sobre las costumbres jurídicas del Valle de Neira de Rey*, de próxima publicación.

(109) JOSSERAND, *Essai sur la propriété collective*, en *Livre du Centenaire du Code Civil*, I, 370, dice que la propiedad indivisa es equívoca y desconcertante; VIALLETON, *Droit au partage des usufruitiers et nu propriétaires par indivis*, en *Revue Trimestrielle de Droit civil* (= RTDC), 24 (1925), 263, cree que la división es a los ojos de la ley un estado transitorio que lleva consigo el germen de su propio fin; DEJEAN, *Reactions de la loi, de la jurisprudence et de la pratique contre l'indivision hereditaire*, Montpellier, 1935, pág. 8, opina que la indivisión es una situación de puro hecho no ratificada en Derecho. Entre nosotros: DE CASSO, *La «communio incidens» y sus repercusiones en la práctica notarial*, en *Curso de Conferencias de 1945 del Ilustre Colegio Notarial de Valencia*, pág. 175, afirma, de acuerdo con otros autores (von THUR, COLIN, MAROI y ROCA), que es una situación anómala, embarazosa y contraria a la naturaleza excluyente y libre del dominio. Gran parte de nuestra doctrina afirma como principio absoluto y decisivo el estable-

este artículo, «ningún copropietario estará obligado a permanecer en la comunidad. Cada uno de ellos podrá pedir en cualquier tiempo que se divida la cosa común». La división es, pues, el medio hábil para poner término a este estado que se considera molesto, inestable y engorroso.

Los modos de división de la comunidad de usufructo están en función del objeto sobre que recae. El problema se presenta con más agudeza cuando se trata de cosas indivisibles. El criterio que en este caso sigue el Código está de acuerdo con su concepción patrimonialista del usufructo. Así, el artículo 404 establece que «cuando la cosa fuere esencialmente indivisible, y los condueños no convinieren en que se adjudique a uno de ellos indemnizando a los demás, se venderá y repartirá su precio». Los autores han discutido bastante sobre el procedimiento que haya de seguirse para la venta de la cosa común, pues el Código, como se observa, es poco explícito, ya que se ignoran cuáles sean los derechos y obligaciones de los comuneros en la pugna de sus intereses opuestos, según quieran o no la enajenación.

Otra solución divisoria ante las cosas de difícil división, ya por su naturaleza indivisible o por su función específica, nos la ofrece el artículo 1.062, a través de un criterio de valoración de dichas cosas. Según este artículo, «cuando una cosa sea indivisible o demerezca mucho por su división, podrá adjudicarse a uno, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero. Pero bastará que uno solo de los herederos pida su venta en pública subasta, y con admisión de licitadores extraños, para que así se haga» (110).

La parquedad de estas normas es suplida por el mismo Código cuando el artículo 406 hace una remisión a las reglas concernientes a la división de la herencia, en lo concerniente a la división entre copartícipes. Por lo tanto, son aplicables los principios allí establecidos (arts. 1.051-1.087), de los cuales, es fundamental el principio general del artículo 1.061, por el que, en la partición, se ha de guardar la posible igualdad haciendo lotes o adjudicando a cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad o especie.

cido por el art. 400 acerca de la división de la cosa común: MUCIUS SCAEVOLE, *op. cit.*, VII, 120 y 315; FALCÓN, *Código civil español*, II (Madrid, 1880), 78; SÁNCHEZ ROMÁN, *op. cit.*, III, 185; PLANAS y CASALS, *Instituciones de Derecho español*, Barcelona, 1925, pág. 409; MANRESA, *op. cit.*, III, 514; v. SS. 11 noviembre y 31 diciembre 1917. En contra: LACAL, *La prohibición de dividir la herencia en nuestro Derecho positivo*, en *RCDI*, 7 (1931), 577; PELAYO HORE, *La indivisión perpetua en el Código civil*, en *RDP*, 26 (1942), 458; VALLET DE GOYTISOLO, *Notas para la interpretación del párrafo 2.º del art. 1.056 y el artículo 863 del Código civil*, en *RGD*, 27 (1946), 673, y 28 (1947), 2; LOIS ESTÉVEZ, *La distinción de condominio y sociedad*, en *RGLJ*, 92 (1947), 681. Como problema de interpretación contractual: MARÍN LÁZARO, *Sociedad y comunidad*, en *RDP*, 26 (1942), 689.

(110) Véase el art. 1.513 para el caso de que la venta se haga con pacto de retro.

Frente a este régimen de disolución de la comunidad, tan sólo dos excepciones se establecen. Una recogida por el artículo 401 y otra por el artículo 1.056, número 2. El primero dice que «sin embargo de lo dispuesto en el artículo anterior, los copropietarios no podrán exigir la división de la cosa común cuando de hacerla resulte inservible al uso a que se destina». El segundo declara que «el padre que en interés de su familia quiere conservar indivisa una explotación agrícola, industrial o fabril, podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se satisfaga en metálico su legítima a los demás hijos».

La disolución del usufructo mediante la aplicación de estas reglas resulta del todo forzada. Según veremos más adelante, no sólo la naturaleza específica que encierra (realización del *usus* y obtención del *fructus*), sino su título voluntario o bien su función legal, hacen que no se trate de un tipo de copropiedad incidental. La comunidad de usufructo es querida o impuesta en consideración a un fin trascendente que cumple, pero no es una institución advocada a la división inmediata.

a) *Posición crítica respecto al sistema del Código civil.*

El trato del Código civil en cuanto a los usufructos legales, especialmente el usufructo del cónyuge viudo, es disolvente y raquítico. Aunque por un lado se reconocía la necesidad de la protección a la viuda, por otro se hacía con un sentido aislado e incompleto. La adopción de esta medida por el Código obedeció al criterio, entonces muy en boga, de que la comunidad ofrecía muchos inconvenientes y para obviarlos se recurría al método de su más rápida disolución mediante la conversión del usufructo en un equivalente fraccionario del disfrute (111). Tal medida se apartaba de nuestra tradición jurídica de los Fueros y Leyes de Castilla, según los cuales, una vez muerto el marido, la mujer se quedaba en posesión de sus bienes en calidad de usufructuaria con los hijos (112).

Es, pues, un problema de interpretación judicial el llegar a lograr la preferencia de rango del cónyuge viudo con un sentido familiar, entrelazante y no meramente patrimonial o pecuniario (113). Mientras esto no se logre, el usufructo del cónyuge

(111) Cfr. VENEZIAN, *op. cit.*, II, 646.

(112) En este sentido, el Fuero Juzgo, en ley 15 ant., tít. 2.º, del Libro 4.º, dice: «La madre si non se casare despues de la muerte del marido, deve partir egualmente en todos los frutos con sus fijos mientras visquiere...». Un estudio demostrativo y amplio: UREÑA, *La autoridad paterna como el poder conjunto y solidario del padre y de la madre*. Discurso de recepción en la Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1912.

(113) Por mandato de la Ley de Bases de 1888 (Base 17, secc. 7.ª, cap. 2.º, tít. 3.º del Código), el Código civil debía regular la institución del usufructo viudal. Ello obedecía a la idea de las legislaciones forales, aunque en realidad,

viudo no será un verdadero derecho de usufructo, sino un mal remedo del mismo, una parte insuficiente e ingrata convertida en propiedad (114). De tal modo, el artículo 838 concluye la conversión del usufructo. Ante este precepto se nos ocurre preguntar: ¿Qué clase de usufructo es una renta vitalicia, los productos de determinados bienes o un capital en efectivo? ¿Qué se hace del *usus*, para quién queda? El usufructo (*usus fructus*) supone el disfrute de la cosa ajena, es decir, ejercicio del *usus* y, además, obtención de frutos, y no simplemente una participación económica de las utilidades divisibles de la cosa. Con la entrega de una renta vitalicia o un capital en efectivo no podrá conseguirse, a través de una época de bruscos cambios económicos y monetarios, que el cónyuge mantenga una posición social o subsista con arreglo a su anterior estado. Si con la tercera solución del artículo 838, la entrega de determinados bienes, se logra, en parte, prever las anteriores situaciones, por otro lado no se tiene en cuenta para nada el valor de afecto o afección que con la posesión de la universalidad del patrimonio se consigue (115). Y es con tal posesión, precisamente, cuando se cumple con la verdadera función del usufructo, al mantener una situación de continuidad que no agotó su ciclo vital.

El matrimonio crea la familia y ésta no se escinde con la muerte de uno de los cónyuges. De él han surgido vínculos y afectos, necesidades, obligaciones y derechos que realizar y no pueden quedar resueltos en un momento dado y fatal, como es el de la desaparición de uno de los dos cónyuges. En esta materia ha sido tan radical el individualismo de nuestro Código que aun en este caso pretende una atribución de la propiedad exclusiva y excluyente.

Nunca con mejor sentido hay que hablar aquí de la función social que el usufructo viudal está llamado a realizar (116), pues no se trata tanto del beneficio personal y exclusivo que ha de reportar a aquel que se queda sin mayor amparo (especialmente cuando se trata de la mujer), sino mucho más de lograr la unidad de la familia y evitar la quiebra y disolución de esta base primaria de la sociedad.

La solución del Código civil es, a todas luces, inoperante para los casos de rebeldía de cualquiera de los hijos o demás herederos.

como observa CASTÁN, *La sucesión del cónyuge viudo y el problema de las legislaciones forales*, en *RGLJ*, 126 (1915), 33, en nada se parecen, como no sea en el nombre, la viudedad del Código y la clásica de las legislaciones forales.

(114) Como un derecho de propiedad lo consideraba el art. 773 del Proyecto Isabelino de 1851.

(115) A este respecto es digno de todo elogio lo dicho por BORRELL SOLER, *La protección de la viuda en los regímenes civiles españoles*, en *Estudios de Derecho sucesorio*, Barcelona, 1946, págs. 9 y sigs.

(116) Cfr. CASTÁN, *La sucesión del cónyuge viudo*, cit. pág. 38.

Menos mal que es harto común en la práctica el entender que continúa la sociedad conyugal entre el sobreviviente y los herederos del premuerto si no se hace descripción, inventario, embargo u otra diligencia que manifieste la voluntad de separarse de la misma (117). Pero la solución es diferente cuando cualquiera de aquéllos intenta poner en juego, con todas sus consecuencias, los preceptos legales. Entonces se comprende lo desafortunados que son. Llevan a una finalidad muy distinta a la que el buen sentido, la ética y la moral proclaman.

Otra de las facetas que nos muestra la poca fortuna que se tuvo al regular el usufructo del cónyuge viudo es la doctrinal. Con su contradictoria y múltiple gama de opiniones revela el criterio vacilante en torno a su naturaleza jurídica (118). Así, desde

(117) La Res. 8 agosto 1918 también consideró, como práctica muy extendida en las provincias de régimen civil común, la continuación de la comunidad familiar.

(118) CADAFALCH, *¿Conviene uniformar la legislación de las diversas provincias de España sobre la sucesión hereditaria del cónyuge sobreviviente?*, Memoria premiada por la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1862; MONER, *¿Cuál es la extensión de la viudedad aragonesa?*, en RGLJ, 39 (1871), 350; PASEAUD, *De la cláusula de viudedad en las disposiciones "inter vivos" y testamentarias*, en RGLJ, 57 (1880), 416; MANRESA y CHARRÍN, *Sobre el usufructo del cónyuge viudo con arreglo al Código civil: cuota que le corresponde y de dónde debe sacarse*, en RGLJ, 76 (1890), 544; ALVARADO, *Derechos del cónyuge viudo*, en RGLJ, 78 (1891), 174; MANRESA, *Si el cónyuge viudo tiene derecho al usufructo que le legó un consorte en testamento anterior al Código civil, y además al que le concede la ley*, en RGLJ, 83 (1893), 80; VALVERDE, *Usufructo viudal*, en RGLJ, 84 (1894), 392; MORRELL, *Derechos del cónyuge viudo*, en RGLJ, 84 (1894), 501, y 85 (1894), 44, 177 y 401; CHARRIN, *Sobre la compatibilidad de la legítima viudal con un legado*, en Boletín de la RGLJ, 97 (1894), 147, y 122 (1904), 20; PLAZA, *Un caso dudoso de responsabilidad del cónyuge viudo*, en RGLJ, 110 (1907), 782; GONZÁLEZ DEL VALLE, *Legítima del cónyuge en la sucesión intestada*, en RGLJ, 112 (1908), 1940; LANGLE, *El usufructo viudal ante la Ley española*, en RGLJ, 113 (1908), 42; URÍAS y MORÁN-LAVANDERA, *La cuota viudal en el Código civil español*. Tesis doctoral. Madrid, 1914; BERLÍN, *La viudedad foral*, en RGLJ, 128 (1916), 483; *Legítima del cónyuge viudo: pleno dominio y nuda propiedad*, Consulta a la RDP, 3 (1916), 73; GUTIÉRREZ DE CELIS, *Derechos hereditarios del cónyuge viudo*, Madrid, 1917; CASTÁN, *La sucesión del cónyuge viudo y el problema de las legislaciones forales, cit.*; CARRASCO ALVAREZ, *Responsabilidad del cónyuge viudo usufructuario*, en RDP, 5 (1918), 265; MARTÍ MIRALLES, *Principios de Derecho sucesorio aplicados a fórmulas de usufructo viudal y herencia vitalicia*, en RJC, 26 (1920), 357, y 30 (1924), 19, 100, 187, 264, 365 y 465; *Contratos sobre cuota viudal. Legados específicos de cosa ganancial a favor del cónyuge viudo. Rescisión y resarcimiento en las particiones. Legados píos genéricos. Responsabilidades de albaceas, Notarios y Registradores*, Consulta a la RGLJ, 148 (1926), 129; *Vecindad civil. Viudedad foral*, Consulta a la RGLJ, 149 (1926), 566; *La acción "expletoria" por cuota viudal*, Consulta a la RGLJ, 149 (1926), 413; CAMPOS PORRATA, *La cuota usufructuaria del cónyuge viudo y la inscripción del derecho hereditario*, en RCDI, 9 (1933), 913; GONZÁLEZ PALOMINO, *El usufructo universal del viudo y de los herederos forzosos*, en RDP, 23 (1936), 164; PASCUAL LACAL, *Herederos legitimarios*, en RCDI, 21 (1945), 723; BORRELL SOLER, *Protección a la viuda en los regímenes españoles, cit.*, pág. 14; FUENMAYOR, *Acumulación en favor del cónyuge viudo de un legado y de su cuota legítima*, en RGLJ, 183 (1946), 43; HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *La cuota viudal*

considerar al cónyuge como heredero, sucesor necesario (119), a hacerlo pasar por legatario (120), acreedor alimenticio (121), o bien considerarlo como sucesor legitimario, o ver en él una figura *sui generis*—la panacea de la dogmática acomodaticia y falta de recursos—, hasta hacerlo «hombre-miembro» o «cónyuge enmarcado en el estatuto» (122), muestran el gran desacuerdo y desorientación a que indujo el falso punto de partida de nuestro Código (123).

En el fondo, la cuestión es sencilla si consideramos el genuino carácter del usufructo, no como un derecho real, patrimonial, *stricto sensu*, sino como una fórmula apta para mantener una relación económica dentro del orden familiar, más relevante y al cual sirve. Entonces observaremos cómo la naturaleza jurídica del cónyuge viudo es la de un mero usufructuario, sea legatario o legitimario de usufructo, el cual encierra ciertas cualidades específicas. Ahora bien: con la triple fórmula adoptada por el artículo 838, el cónyuge viudo puede ser cualquier cosa menos lo que tiene que ser: un verdadero usufructuario. No es extraño, pues, el desconcierto producido y la multiplicidad de opiniones en su torno.

Además, la solución adoptada por el Código civil es igualmente perturbadora desde el aspecto económico propiamente considerado. La escisión del patrimonio común lleva a una división atomizada de la propiedad, innecesaria, en una primera etapa de la familia (hasta la mayor edad de los hijos), e imprudente, posteriormente (hasta la muerte del cónyuge sobreviviente). No es cierto que el régimen de disfrute en común sea un obstáculo para las generaciones jóvenes y activas y que sus posibilidades queden reducidas a los bienes muebles. Siempre el cónyuge podrá oír

y su reglo fija, en RGLJ, 183 (1946), 574; OLIVAR DAIDI, *El derecho que corresponde a la viuda disuelto el matrimonio*, en RJC, 51 (1947), 67; ROBLEDO, *Legítima del cónyuge viudo*, en RCDI, 235 (1947), 736; SALAS MARTÍNEZ, *El usufructo viudal universal en el Derecho civil común español*, en RCDI, 28 (1947), 481; CARDONA GIRAL, *La adquisición onerosa del usufructo vitalicio y la sociedad de gananciales*, en *La Notaría*, 3-4 (1948), 325; GÓMEZ MORÁN, *El usufructo viudal en el Código civil*, en RGLJ, 187 (1949), 305; FUENTES TORRE ISUNZA, *El usufructo viudal universal*, en RGLJ, 190 (1951), 694.

(119) OSSORIO MORALES, *El legado de parte alicuota. Estudios de Derecho privado*. Barcelona, 1942, pág. 127.

(120) PORPETA CLÉRIGO, *Naturaleza jurídica de la legítima*, en *Estudios de Derecho sucesorio*. Barcelona, 1946, pág. 193.

(121) MUCIUS SCAEVOLA, *op. cit.*, XIV, 392.

(122) RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, *La naturaleza jurídica de la institución del cónyuge supérstite en el Derecho español*, en RGLJ, 187 (1949), 269.

(123) Véase también: IGLESIAS LÓPEZ DE VIVIGO, *Una cláusula de estilo que proclama el usufructo universal y vitalicio del cónyuge viudo*, en RGLJ, 188 (1950), 264. Sobre el criterio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo: CASTÁN, en *Notas a VENEZIAN, op. cit.*, I, 506, n. a. y RODRÍGUEZ-ARIAS, *op. cit.*, página 298; además, la S. 30 junio 1950, que le atribuye la naturaleza de «heredero forzoso».

las atenciones de aquéllos y tener un límite con objeto de obtener, debido a sus cualidades de mayor experiencia y cautela, mejores probabilidades de éxito en caso de administración de los bienes de los menores y en la dirección de los bienes de los mayores (124).

La falta de preceptos más concretos en el sistema legitimario español, por lo que al sector agrario se refiere, agudiza más el problema del usufructo legal. En regiones como Galicia, donde el Poder central echó a un lado su jurisprudencia, no ha de tardar muchos años en ver atomizado su campo. Ya se observa hoy cómo en determinadas provincias (Orense y Pontevedra especialmente) hay un elevado tanto por ciento de fincas que no tienen más de veinte o treinta metros cuadrados, y otro elevado tanto por ciento en que no llegan los patrimonios a más de una o dos hectáreas como máximo. Las que exceden de esa cuantía son las menos y provienen de los restos de viejos solares nobles, en los cuales, manteniéndose aún el espíritu y tesón de la «Casa» y de la familia, ejercen una influencia benefactora y de progreso en el ambiente rural (125).

Para esquivar los rigorismos del Derecho positivo, hoy es frecuente, como solución indirecta, en la práctica notarial, el recurrir a fórmulas por las cuales se logre una mayor unidad en la sucesión del patrimonio sin causar detrimento en las legítimas. De tal modo, los Notarios, la mayor parte de las veces, aconsejan el empleo de la institución del usufructo universal (126), a través

(124) En contra: SOLDEVILA, en una Conferencia pronunciada en la Academia de Jurisprudencia en Barcelona (curso 1912-1913), según refiere BORRELL SOLER, *op. cit.*, pág. 18; también ROCA SASTRE, *La necesidad de diferenciar lo rural y lo urbano en el derecho sucesorio*, en *AAMN*, I (1945), 369, al referirse a la familia urbana, no troncal.

(125) No es éste el momento de abordar el tema y de intentar resucitar viejos sistemas sociales. Ahora bien, hay que hacer ver que si con el latifundio se llega a una tiranía de clase, con el minifundio también se logra la depauperación y la pobreza. El lograr ciertos patrimonios fuertes y bien dotados son un elemento nivelador en el campo; además son un buen ejemplo por su rendimiento económico, así por el espíritu de emulación que logran. No otra es la idea moderna al intentar construir el patrimonio familiar inembargable.

(126) Así: CONDOMINES VALLS, *Formas nuevas de sucesión en la vida jurídica moderna*, en *Estudios de Derecho sucesorio*. Barcelona, 1946, pág. 144; ROCA SASTRE, *La necesidad de diferenciar lo rural y lo urbano en el Derecho sucesorio*, *cit.* pág. 370; GONZÁLEZ PALOMINO, *El usufructo universal del viudo y de los herederos forzosos*, *cit.* pág. 164, y *El acrecimiento en la mejora*, en *AAMN*, II (1946), 553; LÓPEZ DE VIVIGO, *Una cláusula de estilo que proclama el usufructo universal y vitalicio del cónyuge viudo*, *cit.* pág. 264; FUENMAYOR, *Usufructo universal en favor del cónyuge viudo*. *Derecho foral en Galicia*, *cit.* página 265; FUENTES TORRE-ISUNZA, *El usufructo viudal universal*, *cit.* pág. 694. Niegan la posibilidad de su constitución: PORPETA, *Naturaleza jurídica de la legítima*, *cit.* pág. 195; SALAS MARTÍNEZ, *El usufructo viudal universal en el Derecho civil común español*, *cit.* pág. 481. Como una figura *sui generis* de administración de herencia: GITRAMA, *La administración de la herencia en el Derecho español*. Madrid, 1950, pág. 73; RODRÍGUEZ-ARIAS, *La naturaleza jurídica de la institución del cónyuge superviviente*, *cit.* pág. 328, cree que no se hace preciso recurrir a la figura del usufructo universal del viudo, al objeto

de la legítima larga o bien por medio de la cautela Soccini, que obvia los obstáculos de la anterior (127). Las ventajas son muchas: la ancianidad no queda desamparada moral y físicamente y la familia logra su cohesión necesaria. Es, pues, urgente que el arbitrio judicial tome en cuenta todas estas consideraciones para llegar a una solución que por encima de los intereses particulares estén siempre los de la familia.

b) *Reacción comunitaria actual.*

La influencia universal del *Code Napoléon* en su adversión a la comunidad tuvo un reflejo, según vimos, en nuestro Código civil. La partición se hizo el modo declarativo de conseguir una propiedad exclusiva de los bienes indivisos. La regla, procedente de la jurisprudencia francesa del siglo xvii, se proponía dividir las titularidades comunales de los derechos feudales.

Pero las situaciones de comunidad, cada vez más frecuentes en la vida moderna, pronto denotaron la insuficiencia de los preceptos codificados. El Código francés resultaba precario con su único artículo 664 en el capítulo de las servidumbres establecidas por la ley. La laguna tuvo que ser suplida por la Ley de 28 de junio de 1938 (modificada y complementada por las Leyes de 29 de noviembre de 1939 y 3 de febrero de 1943), que reglamentaba la copropiedad, tanto de las sociedades constructoras como de los copropietarios de inmuebles.

El resto de los Códigos, tanto europeos como americanos, siguieron una línea ascendente. El Código civil italiano de 1865 fué el primero en reglamentar la comunidad con mayor detalle. Sus reglas son más amplias en el Código de 1942 (arts. 1.100-1.139). La misma tendencia fué seguida por el Código civil portugués, donde se dedica un título a la regulación «de la propiedad singular y de la propiedad común» (arts. 2.175-2.186). El Código civil español casi sigue las normas del italiano, y lo mismo la Ley búlgara de 27 de enero de 1904 sobre los bienes, la propiedad y las servidumbres (arts. 54-63).

La reglamentación del Código civil argentino es más detallada (arts. 2.707-2.789), aunque en el fondo sigue al Derecho francés e italiano. También se encuentran disposiciones análogas sobre comunidad en los Códigos venezolano (arts. 759-770) y mejicano (arts. 938-979). El Código chileno considera la comunidad, por influencia de la doctrina de Pothier, como un cuasi contrato

de conservar a favor de éste su posición jerárquica dentro de la familia, en cuanto que el Código lo dispone expresamente (art. 154).

(127) Sobre la cautela sociniana: DONDERIS. *De la cautela gualdense o de Soccini*, en RGD. I (1944-45). 13; FUENMAYOR. *Intangibilidad de la legítima*. IV. *Cautela sociniana o gualdense*, en ADC. I I (1948). 65.

(art. 2.304) y se refiere tanto a las reglas de la sociedad (art. 2.305) como a las de partición de sucesiones (art. 2.313).

El legislador belga, por una Ley de 8 de julio de 1924, añade al título de la propiedad del Código de Napoleón un capítulo (III) titulado «De la copropiedad» (art. 577 bis del *Code*). Su inspiración parece estar basada en el Código italiano de 1865.

Igualmente se protege a la comunidad en los Códigos civiles alemán (tít. XV, sec. VII, del lib. II del BGB) y suizo (§ 650 del ZGB).

La legislación especial moderna trata también de encauzar y proteger instituciones de naturaleza indivisa (128). En el Derecho francés, por Ley de 12 de julio de 1909 (parcialmente modificada y complementada después), se reglamenta un modo particular de copropiedad: «le bien de famille». Igualmente es recogido por las leyes de los países americanos bajo el nombre de «homestead». Esta forma especial de copropiedad se adopta por los Códigos civiles de Brasil (arts. 70-73), Venezuela (arts. 632 y sigs.), Méjico (arts. 723 y sigs.), el Decreto portugués de 3 de julio de 1930, número 18.551, y en los artículos 167-176 del Código civil italiano de 1942.

En nuestra Patria, la Ley de Colonización Interior de 30 de agosto de 1907, en el artículo 6.º, preceptúa que será indivisible a perpetuidad, lo mismo en los actos *inter vivos* que para herencias, el lote adjudicado a cada concesionario, debiendo en todo caso traspasarse íntegro a una sola persona. La nota de indivisión se acepta en otras relaciones, tales como la Ley de 26 de octubre de 1939, que reforma el artículo 396 del Código civil en el sentido de distinguir el uso general de la copropiedad o comunidad de bienes sobre un edificio, perfectamente regulada con las prescripciones del Código, de la llamada «propiedad horizontal», caso típico de propiedad privada singular, unida al condominio indivisible sobre los elementos comunes para el debido aprovechamiento de cada una de sus partes.

Las situaciones de indivisión de ciertos bienes se ve recogida, también, en la legislación de Casas Baratas y Viviendas Protegidas (129).

(128) Sobre la historia de las instituciones de explotación indivisa: FUENMAYOR, *Derecho civil de Galicia*, cit. pág. 138, y la bibliografía allí cit.; FERNÁNDEZ CLÉRIGO, *El derecho de familia en la legislación comparada*, México, 1947, pág. 507.

(129) Según CONDOMINES VALLS, *Formas nuevas de sucesión en la vida jurídica moderna*, cit. pág. 183, el R. D. de 10 de octubre de 1924 debe estimarse vigente, puesto que la Ley de 19 de abril de 1939 sobre viviendas protegidas contiene, en su artículo 22, una cláusula derogatoria que sólo invalida la norma anterior cuando se oponga a lo dispuesto en esta Ley o al sentido fundamental de la misma. En él hallamos el siguiente texto que corresponde a su artículo 16: «La herencia de las casas baratas dedicadas exclusivamente a la vivienda de su dueño se regirá, a los efectos y durante el plazo y condiciones fijados en el artículo 10 de este Decreto, por las condiciones siguientes:

Con un criterio más amplio, la nueva legislación estatal, en uno de sus preceptos constitucionales, como es el Fuero del Trabajo, al considerar a la familia como célula primaria natural, fundamento de la sociedad, y para mayor garantía de su conservación, manifiesta que se reconocerá el patrimonio familiar inembargable. Concebido éste como una propiedad de la familia e institución trascendente en el tiempo, poseerá unas características de inalienabilidad e indivisibilidad que con la inembargabilidad garantizarán la no disolución del mismo.

Aunque esta declaración de principio no ha sido seguida por disposiciones complementarias que concreten y desarrollen la institución del patrimonio familiar, se activa hoy su realización a través de los órganos políticos existentes para que la organización del campo, principalmente, se fundamente sobre dichos patrimonios al objeto de lograr una mayor estabilidad en la estructura social agraria (130).

9. *El concepto del cusufructo y planteamiento del problema.*

El cusufructo es un tipo de comunidad. Como dice Manresa (131), consiste en aprovecharse varios individuos a un mismo tiempo de las utilidades de una sola cosa. La nota fundamental y distintiva de este disfrute es la simultaneidad, clave de toda la problemática, en lo que se refiere al aprovechamiento por los usufructuarios y su ejercicio conjunto. Así entendido, el cusufructo se distingue de otras figuras afines por la unidad en el objeto, al ser un solo usufructo y no varios usufructos independientes; además, por el uso y disfrute total, y no especialmente determinado, sobre una cosa ajena. De un aprovechamiento con estas características—concluye Manresa—surge una verdadera comunidad en el derecho de disfrute que, a semejanza de la copropiedad, pudiera

1.ª Se reservará al cónyuge sobreviviente no divorciado o divorciado, pero no culpable, el derecho de habitación de la casa mientras permanezca viudo, aunque el valor de aquélla exceda de la cuota viudal que le corresponda, con la obligación de alojar a los hijos y descendientes del causante menores de edad.

2.ª En defecto del cónyuge, se reservará aquel derecho a los hijos o descendientes del difunto, hasta que lleguen a la mayor edad. Del mismo beneficio disfrutarán aquéllos cuando se encuentren incapacitados de hecho, a juicio de la Junta Local, o de derecho, cuando se haya hecho la declaración que establece el artículo 213 del Código civil.

3.ª La propiedad de la casa, tanto en la sucesión testada como en la abintestato, cuando concurrieren varios coherederos, se adjudicará a aquellos que al percibir la herencia puedan acreditar la condición legal de beneficiario de la casa barata, con la obligación de abonar a los demás coherederos la cantidad que les corresponda.

(130) Véase la Ponencia XVIII a cargo de CARLOS DE HARO Y MORENO en la IV Asamblea Nacional de Hermandades.

(131) MANRESA. *op. cit.*, IV, 348.

llamarse cousingruo. Nuestros autores, pues, lo tratan comúnmente como una «especie de comunidad» (132).

Fundamentalmente, la doctrina distingue dos tipos de comunidad. La comunidad romana u ordinaria y la germana o también llamada «en mano común» (zur gesammte Hand). Ya que nuestro Código adopta la primera, es necesario movernos dentro de su cauce para examinar las soluciones aceptables para el cousingruo; pero sin olvidar que éste, dada la relevancia y personalidad de sus miembros, se acerca más a la comunidad de tipo germánico que a la romana, en la cual importa más la atribución o poder sobre el objeto concedido en disfrute.

En la comunidad ordinaria cada persona ostenta una titularidad general conforme con la naturaleza del derecho atribuido (133). La comunidad es un derecho conjunto en sus relaciones internas, aunque exclusivo en las externas, es decir, en sus relaciones con terceros (134). Entendida así la comunidad, aparece «como una manifestación particularizada de la cotitularidad—según García Granero (135)—, una especie dentro del género; siendo el condominio una ulterior concreción, aún más limitada, de la figura de la cotitularidad: la comunidad del derecho de propiedad».

Pero a pesar de la distinción entre comunidad y copropiedad que hacen los autores, al manifestarse el usufructo simultáneo bajo una forma comunitaria, y carecer de otros puntos de referencia, ordinariamente se le suelen asimilar las normas dictadas

(132) VALVERDE, *Tratado de Derecho civil* 4, II (1936), 422; SÁNCHEZ JIMÉNEZ, *El concepto del Derecho real y el usufructo*, en *RCDI*, 65 (1930), 354; ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho privado*, II (Madrid, 1948), 252; CASTÁN, *Derecho civil español común y foral* 7, II (Madrid, 1950), 441; PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil español*, III-I (Madrid, 1950), 321.

(133) La comunidad ha constituido un eterno problema para la doctrina civilística. Según FRANCO CARUSI, *Osservazioni in tema di comunione ed efficacia dichiarativa della divisione*, en *RDC*, 46 (1948), 374, la incompatibilidad de la institución estriba en un error común metodológico, en el enfoque erróneo de la construcción dogmática; no se ha sabido encontrar el *ubi consistat* de la institución. Desde que COVIELLO, *La quota indivisa e il divieto di espropriazione forzata*, en *Giurisprudenza italiana*, IV (1903), 249, ha sentado el principio de que la comunidad es un fenómeno y no un nómeneo, no se estudia como una categoría en sí, sino que viene referida en función de la división. La comunidad es un modo de aparecer, más que un modo de ser del Derecho.

(134) Obsérvese cómo desde el punto de vista procesal la unidad de acción protege al resto de los comuneros usufructuarios al ser ejercitada por cual quiera de ellos frente a terceros: CHIOVENDA, *Instituciones de Derecho procesal*, trad. esp., I (Madrid, 1936), 387; NENCIONI, *L'intervento volontario litisconsorziale nel proceso civile*, Padova, 1935, págs. 23, 32, 72, 127 y 128; ZANZUCCHI, *Diritto procesuale civile*, I (Roma, 1947), 190; SCHÖNKE, *Derecho procesal civil*, trad. esp., Barcelona, 1950, pág. 94. Sobre el principio de unanimidad para la *actio communi dividundo*: SS. 6 abril 1896, 27 octubre 1900, 30 mayo 1906, 5 junio 1918, 4 abril 1921, 18 diciembre 1933 y 9 julio 1940.

(135) GARCÍA GRANERO, *Cotitularidad y comunidad*, cit. pág. 154. Sobre los modos, totalmente distintos, de producirse la participación o intervención de los sujetos en un mismo derecho: GARCÍA GRANERO, *op. cit.*, pág. 145, y DE CASTRO, *Derecho civil en España* 2, Madrid, 1949, pág. 582.

para la copropiedad. Al trasplantar la institución al régimen de la copropiedad lo que se consigue es destruirla. El disfrute conjunto, base de ciertas relaciones, tiende a una rápida disolución, del mismo modo que el régimen del condominio; cuando en realidad lo que la institución persigue, en la mayoría de los casos, es mantener ese disfrute común, ya que es su fin principal. Esta tendencia individualista y patrimonial, que concibe la comunidad de bienes como una situación inestable, antieconómica y provisional, la somete, como vimos, a la más enérgica disolución. Se olvida—según afirma Pelayo Hore (136)—que comunidad y sociedad no son las dos hipótesis únicas de titularidad plural, sino los dos polos extremos de una gama riquísima de figuras jurídicas intermedias.

Se observa cómo el cusufructo, al ser una comunidad de disfrute, tiene una contextura jurídica distinta a la comunidad del derecho de propiedad o copropiedad con la cual se ha identificado. La naturaleza específica del cusufructo revela que no se mueve en un campo meramente patrimonial. La consideración de ciertos vínculos más fuertes y de mayor estima (de alcance moral, afectivo y social) implica que se superpongan al punto de vista económico que la relación también comprende. Olvidada hoy la auténtica función del usufructo se desnaturaliza y reduce exclusivamente a su contenido económico, patrimonial, que supone un mero acrecentamiento de capital desarraigado de los vínculos de afecto y fraternidad en los que tenía su fundamento. Al asentarse el cusufructo sobre una base utilitaria es natural que la comunidad resulte molesta y la liquidación de la misma sea la solución inmediata para tal concepción jurídica.

De aquí la necesidad de una revisión en el estudio del cusufructo donde se demuestre cómo la función entrelazante o familiar absorbe a la función económica, y cómo es impropia la identificación que se hace con el régimen de la copropiedad y la solución divisoria a que se llega, ya que su finalidad mantenedora tiende a reforzar o sustituir un vínculo que se ha escindido (generalmente por la muerte o desaparición de una de las personas). De este modo, el cusufructo mantiene y sustituye artificialmente la continuidad del estado de hecho anteriormente existente.

(136) PELAYO HORE, *La indivisión perpetua en el Código civil*, en *RDP*, 26 (1942), 458. También LACAL, *La prohibición de dividir la herencia en nuestro Derecho positivo*, en *RCDI*, 7 (1931), 578, advierte cómo la indivisión de la herencia coadyuva poderosamente a la realización de fines sociales de la mayor importancia, que el Notario ha de tener en cuenta cuando recoge las declaraciones de última voluntad, en pugna, a veces, con las prescripciones del Derecho positivo.

a) *La solución de los Derechos forales.*

La solución patrimonialista del Código civil en nada se parece a la viudedad de los Derechos forales. Estos derechos, más espontáneos, más humanos y también más auténticos, no eran producto de una fórmula transaccionista, como la legislada en el Código. El usufructo viudal cumple una función económica, y al mismo tiempo es el verdadero aglutinante o poder mantenedor frente a una posible disgregación moral y material de la familia.

El fin principal del usufructo foral, como muy bien manifestó Alonso Martínez (137), es impedir que la sociedad familiar se disuelva por la muerte de uno de los cónyuges, o lo que es lo mismo, asegurar la continuidad de la familia bajo el señorío y dirección del padre o madre que sobrevive, a cuya sombra crecen y se educan los huérfanos, manteniéndose la integridad de la casa merced a la comunidad de bienes.

La institución de la viudedad foral es un derecho familiar más que sucesorio, puesto que existe—como ha hecho notar también Giménez Arnáu (138)—, no para el supérstite, sino para la familia misma, para conservar su unidad patrimonial (*ut causalia eorum in bono statu conserventur*, dicen las Cortes de 1307) y para mantener la autoridad.

Además, el usufructo de viudedad, en tesis histórica—según afirma Castán (139)—, su sistema, es el que persiguieron, aunque nunca lograron ver realizado con igual perfección, todas las legislaciones históricas de la Península.

La insuficiencia de los límites impuestos por el Código civil a los deseos de los testadores es advertida por los notarios (140). Según vimos, concretamente para las disposiciones de usufructo universal y de la legítima del cónyuge viudo, tenía que recurrirse a vías indirectas, como la cláusula Soccini, al art. 820, núm. 3, o al art. 1.056. También ha señalado este aspecto de una manera concreta Vallet de Goytisolo (141), al dar a conocer los resultados de

(137) ALONSO MARTÍNEZ, *El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, cit., pág. 89. y ALVAREZ BUGALLAL confiaron en que la Ley de Bases recogería y generalizaría la institución.

(138) GIMÉNEZ ARNÁU, *Extensión a la legislación castellana del usufructo viudal aragonés*, en *Primera Semana de Derecho Aragonés*. Zaragoza, 1942, página 36; LASALA LLANAS, *La viudedad aragonesa en el Derecho interregional*, en *Segunda Semana de Derecho Aragonés*. Zaragoza, 1943, pág. 171.

(139) CASTÁN, *La sucesión del cónyuge viudo y el problema de las regiones forales*, en *RGLJ*, 126 (1915), 26; PORPETA, *op. cit.*, pág. 197, también observa cómo el usufructo viudal está muy arraigado en las concepciones populares de toda España.

(140) BELLVER CANO, *La viudedad universal en los territorios de Derecho común*, en *RGLJ*, 176 (1944), 676; FUENMAYOR, *Derecho civil de Galicia*, cit. página 265; cfr. nota 126 de este trabajo.

(141) VALLET DE GOYTISOLO, *Sucesión testada a favor del viudo en la Rioja*, en *Revista Berceo*, 4 (1949), 525; cfr. la noticia de JERÓNIMO LÓPEZ, en *ADC*, III-2 (1950), 407.

la encuesta promovida por la Sección Jurídica del Instituto de Estudios Riojanos. De todos modos, en esta comarca—señala—, en lugar de ofrendar al cónyuge viudo el usufructo universal, amenazando al hijo que no acepte tal disposición con la pérdida de la parte libre, se prefiere seguir un camino contrario. Se lega directamente al cónyuge supérstite el pleno dominio del tercio libre. Con ello, en primer lugar, se le posibilita la disposición *inter vivos* para caso de necesidad y, además, se le concede un nuevo resorte para mantener el poder familiar.

Desde el plano jurisprudencial también se reconoce el carácter específico del usufructo foral frente al implantado por el Código civil. La Resolución de 17 de noviembre de 1916—a propósito del Derecho aragonés—manifiesta cómo este usufructo tiende a normalizar la marcha de la familia interrumpida por el fallecimiento de su jefe, confiriendo al cónyuge supérstite facultades soberanas respecto a la percepción de frutos y rentas y a su aplicación a las necesidades comunes, al mismo tiempo que le señala bienes suficientes para llevar la vida y ocupar el rango que en el orden social le corresponda.

Es, pues, necesario conseguir una mayor flexibilidad en las disposiciones del Código civil, en cuanto a la legítima del cónyuge viudo, a semejanza de la de los derechos forales, en los que no priva tan sólo la consideración a su persona estrictamente, sino mucho más por la función que desempeña dentro de la familia.

10. *La indivisibilidad del cusufructo.*

Concebido el cusufructo como una relación en donde la obtención de frutos no importa tanto como la función del *usus*, se observa que la división produce un efecto negativo y destructor. El usufructo no supone únicamente un medio empleado por la técnica jurídica para cumplir una función económica, un rendimiento en frutos, sino que encierra algo más: ciertos vínculos afectivos en el uso de las cosas que logran al mismo tiempo la permanencia de un estado de hecho anterior.

Actualmente se olvida la importancia que en el usufructo tiene el *usus* para concretarla en el *fructus*, u obtención de una ganancia o incremento económico. Es decir, que cuando un causahabiente deja en usufructo su patrimonio o unas fincas a su viuda e hijos, el legislador moderno cree tan sólo que el testador pensó en otorgar a su mujer y descendencia una suma patrimonial que se obtiene mediante el reparto de los bienes o de una porción equivalente en dinero, por efecto de la división de la misma. La reducción a dinero puede ser que cumpla el objeto señalado al *fructus*, pero, ¿en cuanto al *usus*? El uso, como parte integrante del usufructo, es indivisible y supone el empleo y posesión de la cosa misma. Sin embargo, vemos se prescinde de él y se elimina su objeto y fi-

nalidad; de tal modo, que si la finca en usufructo era de recreo y el padre pensó que todos gozasen de su belleza y situación, el usufructo así otorgado no cumplirá la finalidad deseada, pues el uso que de ella pudieran hacer todos conjuntamente se vería destruido por el ejercicio de una facultad divisoria que anula los efectos de tal disposición (142).

El criterio de la divisibilidad resulta así insuficiente para el usufructo. Cuando el fundamento de una institución se basa en un aprovechamiento conjunto y responde a una necesidad imperativa, por la cual ha surgido, es necesario mantener ese estado en común. La división no puede imponerse sobre aquellas cosas que cumplen su cometido en tal estado; de lo contrario, perderían su valor y no cumplirían la misión a que vienen destinadas. Hay que concluir como necesario, pues, el mantenimiento del disfrute conjunto en el cousufructo, o sea su indivisibilidad (143).

Desde un aspecto legal, por lo que al cousufructo voluntario respecta, para mantener ese estado de indivisión y no caer en la división inmediata que el art. 400 concede a los comuneros, se puede aplicar, por analogía, el principio recogido para la copropiedad en el art. 401, según el cual «los copropietarios no podrán exigir la división de la cosa común cuando al hacerla resulte inservible para el uso a que se destina» (144). Aparte de la solución pecuniaria que el art. 404 establece cuando la cosa fuere esencialmente indivisible, aquí el principio tiene vigencia en cuanto al fin conjunto que la cosa ha de cumplir (145).

En general, el problema de la división del cousufructo presenta dos aspectos: la división material o regulación interna entre los cousufructuarios, para la obtención del beneficio (administración

(142) DALMASES, *op. cit.*, pág. 40, observa cómo el goce del usufructuario no se agota percibiendo los frutos o réditos de la cosa: hay además del fruto, la ventaja del uso. Como muy bien manifiesta el § 100 del B. G. B., «utilidades son los frutos de una cosa o de un derecho, así como las ventajas de la tenencia de la cosa o el empleo del derecho proporcionan». Aunque nuestro Código civil, al hablar de los derechos del usufructuario, no se ocupe más que de los frutos, le corresponden también estas ventajas que, mediante la posesión se derivan del usufructo. Al dueño sólo le corresponde el estricto derecho de disposición tal como lo expresa el artículo 498 del Código civil.

(143) El usufructo ha de ser considerado indiviso entre los beneficiarios: DE PAGE, *Traité élémentaire de Droit civil belge*, IV (Bruxelles, 1942), 182; sobre la indivisibilidad del uso: DE MARTINO, *op. cit.*, pág. 133, y BARASSI, *I diritti reali limitati*, *cit.*, págs. 82 y sigs.

(144) Que esta norma supone una excepción al principio general de división del artículo 400, cfr. CASADO PALLARÉS, *La acción «communis dividundo» y la propiedad sobre pisos y habitaciones*, en RDP, 18 (1930), 136.

(145) También lo observa en este sentido COVIAN, *División de bienes*, en *Enciclopedia Jurídica Española*, XII, 380, donde afirma que el estado coactivo de la indivisión se impone como consecuencia forzosa de la naturaleza de la cosa común y que no procederá el medio de practicar la división que establece el art. 404 en los casos de necesidad de conservar la cosa común para el uso a que esté destinada.

del usufructo), y la división o escisión del derecho como término final de cusufructo.

Por lo tanto, cabe la división material de la cosa, en proporción a la cuota, en lo que se refiere a los frutos (parte divisible), y a la distribución del ejercicio del uso entre los cusufructuarios (parte indivisible).

La cuota es el derecho específico del cusufructuario que significa la cuantía del aprovechamiento. En su sentido más general, según Bonelli (146), la cuota es la relación de partición de cada uno en la comunidad. El primer problema que se plantea, según este autor, es el de la naturaleza de la cuota; si es o no un derecho, si es un derecho real o personal, o si es una propiedad. Diferencia la comunidad de tipo romano y la germánica, en las que se caracterizan, ya porque en la primera se presenta frente a terceros, como una pluralidad, y la segunda, como una unidad (pluralidad unificada).

En la doctrina alemana se concibe la cuota, bien como un derecho personal de participación corporativa (147), bien como una posición jurídica, no un derecho en sí, sino un elemento (148), o bien es un medio de satisfacer los intereses económicos de los socios (149).

La doctrina tradicional italiana considera cotitulares del derecho sobre la cosa común los condóminos *uti singuli*, y concibe la cuota del condómino particular como el derecho sobre una fracción abstracta de la cosa común (150). La teoría moderna, nos dice este autor, parte, por el contrario, del principio de que la cuota no representa ya el objeto del derecho correspondiente a cada condómino, sino la razón o porción según la cual las utilidades o cargas de la cosa van a favor o cargo de los partícipes. El derecho de cada uno se refiere y afecta a la cosa toda, no sólo a una fracción de la misma; cada uno tiene un derecho cualitativamente igual a los demás, puesto que cada uno es propietario, y sólo difieren cuantitativamente cuando resulte diversa la proporción en que cada uno concurre (151).

(146) BONELLI, *Comunione e quota*, en RDC, 21 (1923), 9.

(147) SANGER, *Gemeinschaft und Rechtsteilung*, 1913, pág. 109, cit. por BONELLI.

(148) ENGLANDER, *Die regelmässige Rechtsgemeinschaft*, I (1914), 32, cit. por BONELLI.

(149) SCHENELL, *Die Quotenfrage bei der offenen Handelsgesellschaft*, 1913, página 16, cit. por BONELLI.

(150) DE RUGGIERO, *Instituciones de Derecho civil*, trad. esp., I (Madrid, 1929), página 570.

(151) Una exposición completa de las diversas teorías la hacen: GUIDI, *Il dominio nel nuovo Codice Civile*, Milano, 1942; DOSSETT, *Teoria della comunione*, Padova, 1948, pág. 70, núm. 28, concibe la cuota desde un punto de vista formal, como medida, proporción, límite de las susodichas relaciones de los participantes, y desde un punto de vista sustancial, como el complejo de las relaciones referentes a cada uno de los copartícipes; FRANCO CARUSI, *Osserva-*

La idea de cuota en el cousufructo parece una contradicción, puesto que si el disfrute ha de ser conjunto, y éste indica una parte, aquel desaparece. Pero la cuota—como observa Bonelli (152)—es la parte que se tiene antes de la división, el modo con el cual cada uno participa en la relación de pertenencia común. Los autores alemanes hablan de cuota (Anteil) en sentido general, como participación; y cuota (Bruchteil), como fracción numérica, la medida de participación. Para realizar esta medida se necesita que el objeto al cual se aplica sea de naturaleza divisible, aunque actualmente esté indiviso. Más claramente—según Barassi (153)—, la indivisibilidad debe ser examinada, no desde el punto de vista de la cosa, pero sí de la relación jurídica, ésto es, de su contenido. Así el usufructo es divisible, pudiendo varios cousufructuarios dividirse el usufructo por cuotas; y se entiende que todo el derecho está dividido. A cualquier cousufructuario le corresponde sobre toda la cosa un derecho de usufructo, aunque limitado a su cuota.

La cuota de participación en el cousufructo hace referencia, por un lado, a la parte material de frutos que se han de percibir (cantidad), la cual es el exponente de participación (disfrutar *pro parte*), y por otro, a la facultad de poder usar, en cuanto no estorbe el ejercicio de los demás cotitulares, ya que no podemos usar una parte, sino del todo.

En cuanto al *fructus*, se impone un criterio de proporcionalidad. Rige el principio general de que cada copartícipe adquiere la propiedad de los frutos naturales mediante la separación y proporcionalmente a su cuota. Nada obsta, en el usufructo voluntariamente pactado, para que cada copartícipe pueda adquirir más o menos de lo que le corresponda, según su cuota. Para la obtención del beneficio correspondiente, la doctrina da diversas soluciones. Las más importantes son las siguientes: Primera, atribuir porciones determinadas de la cosa; segunda, excluir a ciertos partícipes del disfrute, satisfaciéndoles en dinero, y que el resto obtenga el disfrute total de la cosa; tercera, la posible asignación de cuotas desproporcionales; cuarta, enajenación del usufructo a favor de uno, indemnizando a los demás; quinta, enajenación de la cosa a un extraño y reparto del precio entre todos los cotitulares.

Nuestro Código civil aplica, según vimos (154), soluciones divisorias igualmente convertibles en dinero (artículos 400-406 y 1.051-1.067), que resultan inaplicables al régimen del cousufructo.

sioni in tema di comunione ed efficacia dichiarativa della divisione, cit., pág. 390, concibe la cuota como un *status*, o sea la cualidad de componente de la *universitas* y al mismo tiempo una medida proporcional de valor, una razón.

(152) BONELLI, *op. cit.*, pág. 9.

(153) BARASSI, *I diritti reali limitati, cit.*, pág. 86.

(154) Véase: lo dicho en el núm. 8.

El mantenimiento del disfrute conjunto es la base sobre la que se fundamenta; por lo tanto, en el familiar viene determinado y subordinado al razonable uso que padre e hijos ejerzan, y en el voluntario, al que los coparticipes establezcan equitativamente con arreglo al principio general de interlimitación.

a) *Opción del heredero ante el usufructo inoficioso.*

Una muestra, bastante apreciable, de la naturaleza indivisible del usufructo es el problema que se refiere a la reducción.

Cuando una atribución patrimonial se realiza con exceso y se lesionan derechos legítimos, se produce la reducción. El principio *resoluto iure dantis, resolvitur ius accipientis* opera aquí como fundamento de la institución. La reducción alcanza así tanto a las disposiciones *inter vivos* como *mortis causa* que excedan de la cuota disponible y que perjudiquen la legítima de los herederos forzosos.

El otorgamiento de un legado de usufructo, cuando ha rebasado la cuantía de la parte disponible, plantea la cuestión de saber el valor del mismo para reclamar o no su inoficiosidad. A este respecto, el Código civil regula dicho caso en materia de reducción de la legítima. El art. 820, núm. 3, se hace cargo del supuesto, aunque con un trato diferente por lo que respecta al usufructo. No se aplica aquí la reducción lo mismo que para el resto de las disposiciones (donaciones, mandas, etc.), que conculcan las legítimas.

En este caso parece que la norma, con un carácter claramente específico (155), intuye las dificultades y el carácter indivisible del usufructo (como gravamen impuesto sobre la propiedad) al establecer en el art. 820, núm. 3, en vez de una reducción del mismo, una facultad de opción a los herederos forzosos, por lo cual, o cumplen la disposición testamentaria o bien entregan al legatario la parte de la herencia de que podía disponer libremente el testador.

La reducción, pues, aquí no opera, porque no cabe otra posible solución que la de aceptar el usufructo tal como ha sido legado, aunque haya exceso, o ver desplazada y adquirida la propiedad del tercio de libre disposición de la herencia por el usufructuario.

El precepto, que discrepa del modelo napoleónico (156), fue por primera vez establecido en el art. 649 del proyecto de 1851.

(155): Así lo nota también MUCIUS SCAEVOLA, *op. cit.*, XVI, 467.

(156) El art. 917 del *Code* señala otro rumbo al manifestar que: «La parte de los legatarios que reciben anualidades o un usufructo, se capitalizará, para poder hacer las reducciones»: cfr. VAN AREMBERGH, *Traité de Usufruit*. Bruxelles, 1936, núm. 168; DALLOZ, *Nouveau Répertoire de Droit*, III (Paris, 1949), 691, y especialmente los números 123-125. Por el contrario, concuerda con el Código civil italiano de 1865 (art. 810) y 550 del novísimo.

García Goyena (157) manifiesta que el sistema adoptado por el proyecto de Código es más sencillo; observa cómo los legatarios del usufructo o de la renta no pueden quejarse, pues se les da todo aquello de que pudo disponer el testador: los herederos forzosos tampoco pueden quejarse, pues son libres de ejecutar la disposición si creen que no es inoficiosa y excesiva, o reemplazarla, cediendo la parte disponible, si creen lo contrario.

Ahora bien, la mayor parte de la doctrina considera que el derecho de opción aquí impuesto es en favor de los herederos forzosos. Por el contrario, creemos, con González Palomino (158), que la voluntad del testador es preferente a la de aquéllos (véase el art. 1.056), aunque aparentemente se deduzca lo contrario. No se trata de dejar la eficacia del usufructo establecido a la determinación de los legitimarios: lo que se plantea es un problema de valor, y, por lo tanto, no es aquí el derecho de opción de los herederos el relevante, sino la voluntad del testador la que opera como decisiva, puesto que la opción tan sólo tiene lugar en el caso de que el valor del usufructo sea superior a la parte disponible. «De otra forma—concluye—no habría tal opción, sino una simple reducción del exceso.»

Frente a la reducción, observamos cómo esta facultad de opción, que impone el párrafo tercero del art. 820, favorece el estado de indivisión que se crea por el *de cuius* en su patrimonio mediante la concesión del usufructo. En la práctica es un cauce magnífico sobre el que los testadores pueden ver satisfechos sus deseos de que no se disgregue su patrimonio y de que el otro cónyuge no quede desamparado. El usufructo universal encuentra aquí una perfecta justificación legal, pues en el caso de que el valor del mismo exceda del tercio de libre disposición, tan sólo operará la facultad optatoria de los herederos, o para entregar la parte libre o, por el contrario, para aceptarlo tal como lo dispuso el testador (159).

b) *El acrecimiento en el cusufructo.*

Consecuencia natural de la indivisibilidad del cusufructo es el acrecimiento a acrecentamiento que se produce en favor del resto de sus titulares al quedar una porción del mismo vacante por muerte, renuncia o incapacidad (u otra causa cualquiera) de los demás cusufructuarios.

(157) GARCÍA GOYENA. *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*. III (Madrid, 1852), 99.

(158) GONZÁLEZ PALOMINO. *Usufructo universal del viudo y de los herederos forzosos*, cit., pág. 161.

(159) En Galicia, como observa FUENMAYOR, *Derecho civil de Galicia*, cit., página 265, la práctica notarial acusa la tendencia para la efectividad del usufructo universal, cuando concurre el viudo con descendientes, de ordenarlo como legado por los cauces del art. 820, núm. 3, del Código civil.

Este es el aspecto de la comunidad de usufructo que preferentemente ha tratado la doctrina. En ella observamos dos direcciones:

1.ª Los que identifican este acrecimiento con el derecho de acrecer sucesorio (160).

2.ª Los que lo distinguen, particular y concretamente, del derecho de acrecer sucesorio, debido a la específica naturaleza (indivisible y personal) del usufructo (161).

En buena técnica jurídica—como advierte Roca Sastre (162)—, a este fenómeno no se le puede llamar derecho de acrecer, puesto que se trata de una comunidad consumada, o ya funcionando, sin que se dé supuesto alguno de llamamiento, vocación o delación. «Lo único que ocurre—analiza perfectamente este autor—es que, tratándose del usufructo conjunto, parece dar la ilusión de que se produce entonces el típico derecho de acrecer sucesorio, debido a que el usufructo es un derecho vitalicio, personalísimo y subjetivado, y que, como tal, la desaparición de un usufructuario (que provoca la extinción de su cuota) es cosa más frecuente, a diferencia de lo que ocurre en la mayoría de las otras comunidades, en las cuales la participación de cada comunero constituye un derecho de duración indefinida, transmisible a los herederos y, generalmente, plenamente negociable, pues se trata de cuotas no personalísimas, de modo que los comuneros van sustituyéndose indefinidamente, mientras dura la comunidad; sólo en caso de renun-

(160) POTHIER, *Traité des donations testamentaires*, cap. VI, secc. V, § 14; GARCÍA GOYENA, *op. cit.*, I, 387, y II, 211; ROUGIN, *Traité de Droit civil comparé les successions*, IV, núm. 1693; BORGES CARNEIRO, *Direito civil de Portugal*, libro II, tit. VIII, § 4.º, núm. 24, y LIZ TEIXEIRA, *Curso de direito civil portuques*, parte II, divisao 2.ª tit. XIII, § 6.º, pág. 264, cit. por MARTINS DE CARVALHO, *O chamado direito de acrecer por morte de um dos co usufrutuários vivos ao tempo da constituição do usufruto*, en *O Direito (Revista de Jurisprudencia)*, 10 (1942), 290, lo trata como una especie del derecho de acrecer. Para BORTOLAN, *Del diritto di accrescere*, Roma, 1913, pág. 357, tiene lugar en el usufructo debido a que el derecho se renueva incesantemente, día a día; su titular es objeto de una vocación sucesoria ininterrumpida, *cf.* supra, núm. 5 y nota 53.

(161) CUJAS, *Ad titulum de contraendo emptione*, en *Operum*, VII (Neapoli, 1758), 721, reafirma que en el campo contractual es extraño el derecho de acrecer; COMAS, *La revisión del Código civil*, V (Madrid, 1902), 309 y 429; VENEZIAN, *op. cit.*, I, 344 y sig. Según FERRARA SANTAMARÍA, *Usufrutto congruativo convenzionale*, en *Rivista de Diritto Privato*, 8, 2.º (1938), 231, y ANGELO SENIN, *Il diritto d'accrecimento contrattuale*, en *Rivista de Diritto Civile*, I (1938) 222, el derecho de acrecer contractual es distinto del derecho de acrecer sucesorio, puesto que se basa en la libre voluntad de las partes. Para estos autores, en los actos *inter vivos* a título gratuito o a título oneroso, es nulo el pacto por el cual se establece el acrecimiento entre los usufructuarios aisladamente, sin contar con el propietario. GALVAO TELES, *Direito de representação vulgar e direito de acrecer*, Lisboa, 1943, pág. 294, cree que se trata de una forma de vocación indirecta (sustitución vulgar presumida). GONZÁLEZ PALOMINO, *Estudios de arte menor de derecho sucesorio. II, El acrecimiento en la mejora*, en AAMN, 2 (1946), 556; ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho privado. El llamado derecho de acrecer. II* (Madrid, 1948), 252.

(162) ROCA SASTRE, *op. cit.*, pág. 253.

cia o abandono de cuota cabe hablar de acrecimiento, y de ahí el Código civil no aluda al acrecimiento en caso de comunidad en general. Todo esto añadido a que la vacante de cuota en el usufructo en comunidad (que es lo que provoca el acrecimiento) se produce general y necesariamente con la muerte de un partícipe en el usufructo (sería casual la muerte de todos los usufructuarios), lo que da la ilusión de que se produce el acrecimiento por premoriencia, típico de la sucesión testamentaria. No obstante—concluye—, hay entonces acrecimiento o incrementación, que es la propia de la comunidad en marcha, pero no hay un verdadero derecho de acrecer».

Indudablemente, creemos que no se trata aquí de un derecho de acrecer—según observa Comas (163)—, sino de un efecto idéntico o pseudo-acrecimiento—al parecer de González Palomino (164)—, que responde a la propia naturaleza extintiva del usufructo o, también, como advierte Venezian (165), se trata de un derecho de no-decrecer.

A cinco modalidades, fundamentalmente, hay que referirse en las legislaciones modernas en cuanto al establecimiento de este efecto especial del acrecimiento en el cusufructo (166):

1.ª La que regula diferentemente el derecho de acrecer, según sea instituido por acto *inter vivos* o *mortis causa* (arts. 740 y 1.716 del Código civil brasileño).

2.ª Las legislaciones que, de acuerdo con la tradición romana, establecen que en las disposiciones de cusufructo por disposiciones de última voluntad, salvo cláusula de testamento en contrario, haya derecho de acrecer de parte de uno de los cusufructuarios que falte en favor de los cusufructuarios restantes (artículo 885 del Código civil italiano de 1865 y art. 678 del actual; artículo 819 del Proyecto de Código civil español de 1851 y artículo 1.154 del Código civil chileno).

3.ª Los Códigos que regulan el acrecimiento, tanto en el caso de que sea establecido por acto *inter vivos*, como por acto de última voluntad (art. 521 del Código civil español y art. 2.250 del Código civil portugués).

4.ª Las legislaciones que establecen que, salvo cláusula del testamento en contrario, no haya llamado derecho de acrecer de la parte en uno de los cusufructuarios que falta en favor de los cusufructuarios restantes (arts. 2.821 y 2.823 del Código civil argentino).

5.ª Por último, otras legislaciones regulan en general el derecho de acrecer en las disposiciones de última voluntad, pero sin

(163) COMAS, *op. cit.*, pág. 309.

(164) GONZÁLEZ PALOMINO, *Estudios de arte menor sobre derecho sucesorio*, *cit.*, pág. 557.

(165) VENEZIAN, *op. cit.*, I, 329; CUNHA GONÇALVES, *op. cit.*, pág. 360.

(166) Cfr. MARTINS CARVALHO, *op. cit.*, pág. 290.

referencia especial al caso del usufructo conjunto, de modo que, según el tenor respectivo de esas disposiciones (arts. 1.044 y 1.045 del Código civil francés), o bien no se admite en los casos de usufructo conjunto (167), o bien se reconoce para los colegatarios y su posible extensión a los cusufructuarios (168).

Nuestro Código civil dispone en el art. 521 que «el usufructo constituido en provecho de varias personas vivas al tiempo de la constitución, no se extinguirá hasta la muerte de la última que sobreviviere».

El Código proclama el acrecimiento de un modo general sin concretar—como hacía el Proyecto de 1851—dicho efecto tan sólo a los efectos *mortis causa*, en donde la presunción de voluntad a este efecto era el fundamento del mismo. En este último caso. «si el título constitutivo es de carácter sucesorio, ya sea universal, ya meramente singular, el que podría llamarse derecho de acrecer entre los cusufructuarios—dice Comas (169), se determinará conforme a las disposiciones que regulan las sucesiones y tendrá, por lo tanto, como corresponde al derecho de acrecer, la consideración de un verdadero 'derecho de esta clase». Ahora bien, el supuesto cambia cuando el usufructo es constituido por acto *inter vivos*; se presenta el conflicto entre los llamados al usufructo y el nudo propietario, sobre si cedería en favor de éste o aumentaría al resto la parte de aquellos llamados que hubieran fallecido antes de poderse hacer efectivo el usufructo. Pero, como muy bien dice el autor citado (170), «resulta claramente que la eficacia del usufructo y su subsistencia, no obstante el fallecimiento» (aquí podemos añadir cualquiera otra causa) «de alguna de las personas en cuyo favor lo sea, implica forzosamente la integridad del usufructo entre aquellas que sobrevivan (que sería el efecto del llamado derecho de acrecer), ya que ni al nudo propietario puede corresponder consolidación alguna de parte del usufructo mientras, éste debe subsistir legalmente, ni tampoco puede corresponder a los herederos del usufructuario por el carácter esencialmente personal del mencionado derecho» (171).

Es, pues, la indivisibilidad del cusufructo la que impide que

(167) En este sentido, la doctrina y jurisprudencia francesa: AUBRY y RAU, *Cours de Droit civil français*, II (París, 1935), 680, núm. 2; COLIN y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho civil*, trad. esp., VIII (Madrid, 1928), 118; PLANIOL y RIPERT, *Traité pratique de Droit civil français*, trad. cast., V (Habana, 1946), 786; DALLOZ, *Codes annotés. Nouveau Code civil*, II, núm. 3 y sig.; igualmente sostienen que no puede aplicarse el derecho de acrecer, porque constituiría una excepción a la regla de que el acrecimiento subsigue a la caducidad de toda vocación: PROUDHON, MERLIN, TOULLIER, DEMOLOMBE, en contra: TROPLONG, MERCADER, cfr. VENEZAN, *op. cit.*, I, 345, núm. 1.

(168) § 2158 del B. G. B.; cfr. STROHAL, *Das deutsche Erbrecht. auf Grundlage des BGB.*, I (Berlín, 1901), § 20, núm. 27; ROUGIN, *Traité de Droit civil comparé*, IV (París, 1912), 57.

(169) COMAS, *op. cit.*, pág. 308.

(170) COMAS, *op. cit.*, pág. 310.

(171) Cfr. igualmente la sentencia de 25 de junio de 1943.

se pueda extinguir *pro parte* y consolidarse con la nuda propiedad (172). Si bien en cuanto a los consufructuarios, para su disfrute interno y con relación a la concreción de su cuota, se puede hablar del usufructo de la mitad, de la tercera o cuarta parte, ello no se puede decir del derecho de que son titulares. La cuota es la expresión de la medida del disfrute, según vimos, pero el derecho recae sobre todas las partículas de la cosa.

Prácticamente, el problema que se presenta es la determinación de cuando existe conjunción. Sobre ello, nos aclara el artículo 983, *a sensu contrario*, que «se entenderá hecha la designación por partes sólo en el caso de que el testador» (o constituyente, comprenderíamos) «haya determinado expresamente una cuota para cada heredero. La frase «por mitad o por partes iguales» u otras que, aunque designen parte alicuota, no fijan ésta numéricamente o por señales que hagan a cada uno dueño (usufructuario) de un cuerpo de bienes separado, no excluyen el derecho de acrecer.

El Tribunal Supremo aclaró la cuestión y manifestó, en S. 29 de marzo de 1905, que «legándose por el testador el usufructo vitalicio de sus bienes por partes iguales a sus hermanas, pasando el pleno dominio en la misma proporción al fallecimiento de aquéllas a los hijos de las mismas, y ordenando a los albaceas que formasen dos lotes o partes iguales de los bienes que han de usufructuar las susodichas hermanas, se infiere racionalmente que la voluntad del testador fué la de que ambas o cualquiera de ellas que sobreviviera a la otra había de disfrutar el usufructo, y, consiguientemente, que sólo después de fallecer la última podía pasar el pleno dominio de la totalidad de los bienes a los hijos de éstos llamados por el testador, no constituyendo la separación de partes, sino una previsión del testador para el arreglo del usufructo total durante la vida de las dos hermanas» (173).

c) *La extinción del consufructo.*

Dada la naturaleza temporal del derecho de usufructo, la extinción viene a significar el término final en que cesan sus efectos.

Los modos generales de extinguirse el consufructo son los mismos señalados para el usufructo en la sección cuarta del capítulo primero, del título cuarto del Código civil (arts. 513-522).

Así, son causas de su extinción, basadas en el art. 513, las siguientes:

- a) La muerte de las personas beneficiarias del consufructo.
- b) La expiración del plazo por que se constituyó, o cumplirse la condición resolutoria consignada en el título constitutivo.

(172) Cfr. *supra* nota 53.

(173) En el mismo sentido: Sentencias de 21 de mayo de 1910 y 9 de febrero de 1917.

- c) La reunión del usufructo y la propiedad en una misma persona (consolidación).
- d) La renuncia de los cusufructuarios.
- e) La pérdida total de la cosa objeto del cusufructo.
- f) La resolución del derecho del constituyente.
- g) El no uso o prescripción.

El cusufructo en favor de las personas jurídicas no excederá de los treinta años y llegado dicho término se extinguirá (artículo 515); igualmente el constituido por un período fijo de años (artículo 516).

El cusufructo, en cuanto supone disfrute conjunto, se extingue también cuando la cosa usufructuada es expropiada por causa de utilidad pública. Los cusufructuarios tendrán derecho, tan sólo, a la indemnización que señala el art. 519.

El cusufructo no se extingue por el mal uso de la cosa usufructuada; pero si el abuso infiriese considerable perjuicio al propietario, desaparece el disfrute directo (art. 520).

La causa fundamental de extinción del cusufructo es la disolución de la comunidad que, en realidad, como afirma Manresa (174), es noción jurídica distinta de la división material de la cosa, aunque ésta sea muchas veces el medio ordinario, no indispensable de llegar a tal fin.

El modo de efectuar la división entre los copartícipes que forman la comunidad viene señalado por la ley, aplicándose a la división entre los partícipes en la comunidad las reglas concernientes a la división de la herencia (art. 406), las cuales (arts. 1.061 y 1.062) no permiten otra alternativa que la adjudicación a los interesados de parte de los bienes comunes (art. 402, n.º 2, y 838), o su venta con el reparto del precio (art. 404).

Estos medios de llegar a la división del cusufructo responden, según vimos, a un criterio marcadamente anticomunitario e individualista de nuestro Código civil. Si a ello unimos la función meramente económica o patrimonial que se atribuye al usufructo, es lógico que se desemboque en estas soluciones exclusivas y excluyentes (175). El reducir a metálico las cuotas de participación del usufructo era, en la mentalidad del legislador de entonces, el medio más apto para lograr la distribución perfecta. De los bienes entregados en nuda propiedad desaparecía la carga del usufructo y se seguía su completa libertad. En caso de desacuerdo, como prevé el art. 838, se acude al mandato judicial. Y es aquí donde queremos hacer hincapié e insistimos en que este estudio va dirigido y razonado preferentemente al Juez, para que prudentemente sepa no sólo resolver las pretensiones de los interesados,

(174) MANRESA, *op. cit.*, III, 514.

(175) La Res. 17 noviembre 1916 califica los derechos legítimos del conyuge viudo como un valor patrimonial e independiente, que aumenta o enriquece el activo del conyuge superviviente.

sino lograr la unidad y el fin trascendente de la familia mediante una adecuada solución en que no se atienda de un modo exclusivo a lo meramente económico.

Si el Juez o los Tribunales realizan esta labor, se pondrá dentro de la línea de conducta tradicional española, en la que la protección a la comunidad voluntaria y familiar ha tenido siempre una destacada preferencia y, por otra parte, salvarán la grave contradicción en que cae nuestro Código civil de desnaturalizar el derecho de usufructo al llevar a cabo la sustitución o conversión de un *uti frui* por una suma en dinero, como les sucede a los usufructuarios de bienes inmuebles (art. 495, n.º 3), a los de cosa expropiada por causa de utilidad pública (art. 519) y al cónyuge viudo (art. 838).

La injusticia que dichas reglas entrañan es patente debido a la inexactitud del sistema de capitalización. Si en el caso del usufructo voluntario se encuentran menos dificultades, debido a su régimen previamente pactado, otra cosa sucederá en los casos de usufructo legal, especialmente en el del cónyuge viudo, en donde no interesa tanto la percepción de una cantidad como el mantener una posición familiar y los vínculos afectivos creados por el matrimonio. Resulta casi imposible, por no decir absurdo, el que pueda estimarse el valor de afección sobre determinados bienes. Y desde un plano meramente económico, no sólo hay muchas dificultades, sino que, como advierte algún autor (176), el sistema adoptado por el Código en el art. 838 es defectuoso por su redacción y por la falta de reglas convenientes y necesarias para la resolución de todas las dudas (177).

Para la capitalización del usufructo, es frecuente recurrir a los módulos establecidos en las tablas y tarifas del impuesto de Derechos reales. De este modo, el art. 31 del Reglamento para la aplicación de la Ley de 7 de noviembre de 1947 dice en el párrafo 5.º que se aplicará la escala de herencias señalada en el número 33 de la Tarifa. Y para hallar el valor de los usufructos temporales se estimará el tanto por ciento del valor total de los bienes que, según su duración, se determina en la escala señalada en el art. 66 de dicho Reglamento.

Pero tal modo de capitalización fiscal del usufructo, como ha advertido perfectamente el Tribunal Supremo (178), si bien es un

(176) NICASIO LÓPEZ, *Tratado técnico legal del derecho de sucesión*, I (Madrid, 1916), 556.

(177) Véase cómo en la sentencia de 2 de abril de 1949 se produce la falta de acuerdo entre las partes en cuanto al modo en que dicha cuota debe ser satisfecha, ya siguiendo los criterios del art. 838 ó bien satisfaciendo la cuota viudal, adjudicándole la parte de la herencia en usufructo. Pero la sentencia se abstiene de decidir y crea nueva materia litigiosa.

(178) Sentencia 5 noviembre 1913; GONZÁLEZ PALOMINO, *El usufructo universal del viudo y de los herederos forzosos*, cit. 163.

criterio racional, que se funda en las valoraciones y bases de la legislación del referido impuesto, no es obligatorio.

Lo artificioso e inexacto de la atribución de un capital en efectivo, en compensación a la cuota en usufructo debida, se observa, igualmente, cuando concurren circunstancias anormales y se producen cambios de valor de la moneda. En uno y otro caso no es lo mismo entregar el uso y disfrute de una cosa o parte de la misma que su equivalente en dinero. En el usufructo es muy diferente liquidar a cada cual una porción o cuota, determinada con arreglo a la masa de bienes y a las circunstancias de edad, tiempo y lugar, que el disfrute de aquella cosa en conjunto. ¿Cuál es aquí el derecho común cuyo valor se liquida mediante la renta de conversión? El valor total del usufructo puede remediar mucho mejor (y de hecho así ocurre) las necesidades de la familia que la sola atribución de la parte alícuota correspondiente a aquel usufructo insuficiente, conforme a su anterior condición y estado.

Y lo que se dice de la comunidad familiar, hay que proclamarlo también para cualquier tipo de comunidad voluntaria, en donde no sólo el rendimiento económico del disfrute de la totalidad para cada comunero puede ser superior al de la porción independiente que le corresponda, sino también por el fin que pretenda en la idea o función que les impulsó a reunirse.

Con el criterio económico-patrimonial que sigue nuestro Código surge también el problema de la posible revisión o revisibilidad de tales participaciones de dinero dadas en liquidación de su usufructo.

De todos estos problemas y apreciaciones, se concluye la dificultad e inconvenientes que presenta la concepción económica y patrimonialista del usufructo en nuestro Código civil, así como su superficialidad y, por el contrario, las ventajas y justicia de la concepción genuina, familiar y entrelazante, en la que el usufructo cumple su misión y cometido.