

# USUFRUCTO, USO, HABITACIÓN Y OPERAE SERVORUM

ANTONIO DÍAZ BAUTISTA  
*Universidad de Murcia*

## I. EL USUFRUCTO

### A) Concepto

Es el derecho real, vitalicio y personalísimo<sup>1</sup>, de usar y disfrutar de una cosa ajena dejando a salvo su sustancia, es decir, sin disponer de ella. Es tradicional la definición de PAULO<sup>2</sup>: «*Usus fructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia*»<sup>3</sup>.

Se trata de una institución que tanto en su configuración esencial, como en su función económica ha llegado prácticamente inalterada hasta nuestros días. A lo sumo habría que señalar que su carácter vitalicio se desdibujó ya en Roma, al admitir, por la vía de la protección pretoria, un pacto de limitación en el tiempo<sup>4</sup>, pero todavía en la práctica suele conservarlo, en la mayoría de los casos, de modo que un usufructo temporal es una posibilidad admitida pero excepcional<sup>5</sup>. Quizás la única desnaturalización im-

<sup>1</sup> *Paul 1 man. D. 45,3,26 pr. Usus fructus sine persona esse non potest. Frag. Vat. 55.*

<sup>2</sup> *Paul. 3 ad Vit. D. 7,1,1, Inst. 2,4 pr.* añade la locución, tomada de Celso (*18 dig. D. 7,1,1,2*) e innecesaria en este lugar: «*Est enim ius in corpore: quo sublato, et ipsum tolli necesse est.*» CC español, art. 467: «El usufructo da derecho a disfrutar los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y sustancia [...]»

<sup>3</sup> *Inst. 2,4. Ulp. 24,26: «Ususfructus legari potest iure civili carum rerum, quarum salva substantia utendi fruendi potest esse facultas [...].»*

<sup>4</sup> *Part. 3,31,20: «[...] es, quando un ome otorga a otro para en toda su vida, o a tiempo cierto el uso fruto, que saliere de algún heredamiento, o de alguna casa, o de sus siervos, o sus ganados, o de otras cosas de que pudiesse salir renta o fruto.»*

<sup>5</sup> Jamás se ha dudado de que el usufructo viudal que conceden los art. 834, 837 y 839 del CC, sobre diversas porciones de la herencia, al cónyuge sobreviviente, que no estuviere separado o lo estuviere por culpa del difunto, cuando concurre con hijos o descendientes, es vitalicio, aunque el legislador no lo señale expresamente.

Antonio Díaz, Bautista

portante que ha sufrido el usufructo al pasar al Derecho moderno haya sido la posibilidad de que, por voluntad del constituyente, se puedan conceder al usufructuario facultades de disposición, en cuyo caso se aproxima, en sus efectos económicos, no en su configuración jurídica, a los fideicomisos de residuo<sup>6</sup>.

La amalgama de uso y disfrute en una misma figura jurídica trae como consecuencia las vacilaciones sobre su carácter divisible o indivisible, puesto que el uso es indivisible, mientras que el disfrute es divisible. Por ello nos aparece en unos textos como divisible, a la hora de constituirlo sobre cuotas, incluso contra la voluntad de algún comunero, o de dividir la obligación entre los coherederos del estipulante que prometió constituirlo<sup>7</sup>, o a efectos de detracción de la *quarta Falcidia*<sup>8</sup>, mientras que en los relativos al co-usufructo parece ser indivisible, al establecer su persistencia entre los co-usufructuarios sobrevivientes como un «derecho de acrecer»<sup>9</sup>.

## B) Origen histórico

Se desconoce el momento histórico en que comenzó a practicarse el usufructo. KASER<sup>10</sup> lo sitúa en el s. III a.C. con el desarrollo de la economía campesina, aunque existen diversas opiniones al respecto<sup>11</sup>.

## C) Construcción jurídica

Ha sido un tema muy discutido el de cómo concibieron los juristas romanos el usufructo, aunque tales discusiones dogmáticas sobre la naturaleza jurídica de una institución, tan típicas de los juristas actuales, no eran precisamente del gusto de los jurisconsultos romanos. Hay que pensar que las divergencias de caracterización del usufructo, que parecen insinuarse en las palabras empleadas por algunos jurisprudentes, responden más a formas de explicar una realidad práctica que a diferentes tomas de posición sobre la esencia del usufructo. No obstante, se trata de uno de los puntos más controvertidos en este tema, manteniéndose opiniones encontradas sobre si los juristas romanos enten-

<sup>6</sup> Un usufructo con facultades de disposición, tal como hoy lo admite la doctrina civilística y la jurisprudencia, encuentra apoyo en el inciso final del art. 467 del CC: «[...] a no ser que el título de su constitución o la ley autoricen otra cosa.»

<sup>7</sup> *Pap. 7 quaest. D. 7,1,5; Paul 40 ad Ed. D.7,9,10.*

<sup>8</sup> *Paul ad leg. Falc. D. 35,2,1 9 = Frag. Vat. 68.*

<sup>9</sup> *D.7,2, vid. infra.*

<sup>10</sup> *RPR* parág. 106, I, 1.

<sup>11</sup> *Ibid.* n. 4, donde junto a las referencias bibliográficas se apunta la discusión sobre el posible influjo de la *jresis* griega, la existencia de unos supuestos negocios contractuales sobre *uti frui*, o la conexión con el *uti frui habere possidere* del *ager publicus*.

dieron el usufructo como una *pars dominii*<sup>12</sup>, que se desgaja de las facultades dominicales para pasar temporalmente a otra persona, una especie de «propiedad en el tiempo», o de un *ius in re aliena* del usufructuario<sup>13</sup>. Metafóricamente emplea Gayo la palabra *usufructus* para referirse a la tenencia de fundos provinciales<sup>14</sup>, y también lo incluye entre las *res incorporales*<sup>15</sup>. La tendencia a calificarlo como un derecho real en cosa ajena, se va haciendo más patente a medida que se subrayan sus similitudes con las servidumbres, hasta que Justiniano engloba usufructo, uso, habitación y *operae servorum* bajo la denominación genérica de «servidumbres personales». En la Recepción es habitual la inclusión sistemática del usufructo en el apartado de las servidumbres<sup>16</sup>.

## D) Sujetos

Es esencial en el usufructo la concurrencia de dos sujetos<sup>17</sup>: el llamado nudo propietario<sup>18</sup>, y el usufructuario. El nudo propietario, es el dueño de la cosa usufructuada, pero no puede usarla ni disfrutarla, el usufructuario, no es propietario de la cosa pero puede usarla (*uti*) y disfrutarla (*frui*) sin alterarla.

## E) Objeto

Otra cuestión dudosa es la de si el usufructo se estableció en sus orígenes primordialmente para los inmuebles, que en la economía campesina de la Roma arcaica, constituían la propiedad estable y fructífera por excelencia, o si, desde el principio, se utilizó también para los bienes muebles<sup>19</sup>. Tampoco está claro si en un primer momento se concibió tan sólo para bienes singulares, o también para conjuntos. No debieron faltar vaci-

<sup>12</sup> Como lo califica *Paul. 2 ad Ed.* D.7,1,4.

<sup>13</sup> KASER, *op. cit.*, con referencias bibliográficas en las nn. 6 y 9.

<sup>14</sup> *Gai. 2,7.*

<sup>15</sup> *Gai. 2,14.*

<sup>16</sup> La rúbrica de Part. 3,31,20, dice así: «De las servidumbres que son llamadas uso fruto e uso tan solamente.»

<sup>17</sup> *Ulp. 18 ad Sab.* D.7,6,5 pr. Hay alguna situación cuyos efectos prácticos son similares al usufructo y pueden confundirse con él a primera vista. Así, la substitución fideicomisaria en la que el fiduciario puede usar y disfrutar durante toda su vida de la cosa fideicomitida, pero no disponer de ella, pues, a su muerte, ha de pasar al fideicomisario, según estableció la voluntad del fideicomitente. Sin embargo no hay en tal caso un verdadero derecho dominical del fideicomisario, sino una mera expectativa, y, tampoco el fiduciario usa y disfruta una cosa ajena, sino propia, aunque esté afectado por una prohibición de disponer.

<sup>18</sup> *Gai 2.30.*: «[...] nam dominus proprietatis alii usumfructum in iure cedere potest, ut ille usumfructum habeat et ipse nudam proprietatem retineat [...]» También habla de *nuda proprietas Mod. lib. sing. de heur.* D.33,2,19.

<sup>19</sup> *Gai. 2 rer. quot.* D. 7,1,3,1 se cuida de advertir que no sólo se puede constituir sobre inmuebles sino sobre esclavos, bestias... *ceterisque rebus.*

Antonio Díaz Bautista

laciones al respecto en el pensamiento jurídico romano, cuando el Senado tuvo que intervenir, autorizando el legado de usufructo sobre la totalidad de un patrimonio<sup>20</sup>. Lo que parece indiscutible es que el usufructo se aplicaba exclusivamente a bienes no consumibles hasta que, también por una intervención senatorial, se autorizó su constitución sobre sumas de dinero<sup>21</sup>, sin que sepamos con certeza si este Senadoconsulto, que autorizó la forma anormal del cuasi usufructo<sup>22</sup> es el mismo que permitió establecerlo sobre patrimonios enteros, o se trata de otro diferente.

El usufructo se limita exactamente a la cosa usufructuada, lo cual, como en todas las limitaciones del dominio, se interpreta de manera estricta. Entran en el usufructo los incrementos que los predios ribereños experimentasen por la accesión fluvial (*alluvio* y *avulsio*), pero no la *ínsula in flumine nata*<sup>23</sup>, que pertenecería al nudo propietario. Tampoco se extiende, en principio, el usufructo a las cosas accesorias ni al *instrumentum fundi*, a menos que se hubiese concedido expresamente, aunque la jurisprudencia es vacilante en este punto y algún texto acoge la solución opuesta: considerarlo incluido salvo determinación expresa<sup>24</sup>.

## F) Función del usufructo

Quizás la cuestión más diáfana en materia de usufructo sea la de su función económica: favorecer a ciertas personas, generalmente a las viudas, o personas desvalidas, dándoles el uso y el disfrute de los bienes para asegurarles una posición económica, sin que pudieran enajenar, respetando las expectativas de los nudos propietarios para después de la muerte del usufructuario. En un sorprendente ejemplo de persistencia histórica esta función se ha venido manteniendo a través de los siglos hasta nuestros días<sup>25</sup>.

## G) Posición del nudo propietario. La *cautio usufructuaria*

Aunque era propietario, estaba «desnudo», es decir, despojado de sus facultades de uso y disfrute. Pero, en la práctica, sus facultades de disposición también resultaban li-

<sup>20</sup> A esta posibilidad se refiere Cic. Top. 3,17. Recuerda la existencia del Senadoconsulto *Ulp. 18 Sab. D. 7,5,1*.

<sup>21</sup> *Gai 7 ad. Ed. prov. D. 7,5,2,1*.

<sup>22</sup> Porque, como explica GAYO (*loc. cit.*), no es propiamente usufructo («[...] nec enim naturalis auctoritate senatus commutari potuit [...]»), sino un «remedio» que se introdujo.

<sup>23</sup> *Ulp. 17 ad Sab. D.7,1,9,4*.

<sup>24</sup> *Ulp. 18 ad Sab. D.7,1,15,6*, donde expresa las dudas sobre este tema.

<sup>25</sup> Todavía actualmente se utiliza para cumplir esta función y el Código Civil español lo establece en favor de la viuda o del viudo (cónyuge superviviente) sobre una parte de la herencia del cónyuge premuerto (usufructo viudal), arts. 834 a 840. Tan sólo cabe apuntar que la Codificación moderna ha superado el tradicional paternalismo de la familia romana, al proteger, a través del usufructo, no sólo a la viuda sino también el viudo.

mitadas en los actos dispositivos pudieran afectar al uso y al disfrute del usufructuario. Así no podía transformar la cosa usufructuada, ni imponerle servidumbres, aunque sí establecerlas en favor del fundo, aún contra la voluntad del usufructuario<sup>26</sup>, ni mucho menos, destruirla. En suma, no podía impedir el uso y el disfrute del usufructuario, pero podía adoptar medidas para la conservación y seguridad de la cosa, tales como poner vigilantes que guardasen el fundo<sup>27</sup>. Un supuesto de aplicación de esta regla, especialmente considerado por la jurisprudencia, es la posibilidad de conceder al usufructuario un paso para entrar al fundo usufructuado. Los textos mantienen la necesidad de facilitar la entrada porque de lo contrario sería ilusorio el derecho del usufructuario, pero dudan respecto al tratamiento procesal de su exigencia<sup>28</sup>. Respecto a otras utilidades y servidumbres que sean necesarias para el uso y el disfrute del usufructuario, como las de luces y aguas, también se le conceden pero con una interpretación muy restrictiva<sup>29</sup>. El propietario podía transmitir la cosa, tanto *inter vivos* como *mortis causa*, pero el adquirente tenía que soportar el usufructo mientras estuviera vigente, ya que era un derecho real.

Una cuestión especialmente compleja es la de si el nudo propietario podía dar la cosa usufructuada en prenda o hipoteca. Evidentemente los efectos de uno u otro negocio, tan emparentados entre sí, son muy diferentes respecto al usufructo. Si el nudo propietario constituyese hipoteca sobre la cosa usufructuada, no afectaría ello al uso ni al disfrute, con lo cual habría que admitir tal posibilidad. A quien le afectaría el usufructo sería al acreedor hipotecario, pues, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, sólo podría ejecutar la nuda propiedad, y si ésta se vendiere como consecuencia de la ejecución, tendría el comprador que soportar el usufructo mientras durase, lo cual restaría mucho valor a la garantía real constituida. Por el contrario, si el nudo propietario quisiera dar la cosa en prenda tendría que entregarla al acreedor pignoraticio, con lo que impediría el uso y el disfrute del usufructuario. Quizás, sin embargo, fuese posible entender que, no siendo el usufructuario poseedor propiamente dicho, podía el nudo propietario «entregar» su posesión, puramente nominal, por cierto, al acreedor pignoraticio que tendría que respetar el uso y el disfrute del usufructuario. La hipótesis parece excesivamente artificiosa, y en realidad los efectos del negocio serían los de una hipoteca y no los de una verdadera prenda<sup>30</sup>.

<sup>26</sup> *Ulp. 18 Sab. D. 7,1,15,7.*

<sup>27</sup> *Pomp. 5 ad Sab. D.7,8,16,1.*

<sup>28</sup> *Ulp. 18 Sab. D. 7,6,1.* Hay que tener en cuenta que la reclamación del usufructuario para que se le permita el paso tanto podía dirigirse contra el nudo propietario, como contra un tercero poseedor de un predio sirviente del usufructuado.

<sup>29</sup> *Ulp. 18 Sab. D. 7,6,1,4:* «[...] si quo aliquo incommodo utatur, non esse praestandas.»

<sup>30</sup> Cabe dudar sobre si la frase que introduce el comienzo del fragmento *Marci. lib. sing. ad form hypoth. D. 20,1,11,2* («*Usus fructus an possit pignori hypothecaeve dari, quaesitum est, sive dominus proprietatis convenerit, sive ille qui solum usum fructum habet [...]*»), se refiere a la posibilidad de que el nudo propietario dé en garantía la cosa usufructuada por sí solo, con lo que el acreedor tendría que respetar siem-

Antonio Díaz Bautista

El propietario podía exigir al usufructuario que prestase la *cautio usufructuaria*<sup>31</sup>, a la que el Digesto dedica un título completo<sup>32</sup>, una *stipulatio incerti* en la que actuaba como estipulante el nudo propietario, y el usufructuario como promitente. Esta promesa era garantizada por fiadores configurándose como una *satisdatio*. Su contenido era triple: que usaría y disfrutaría la cosa correctamente *boni viri arbitratu*, que sería restituida al terminar el usufructo en el estado en que se recibió<sup>33</sup>, y que el usufructuario actuaría sin dolo malo<sup>34</sup>. En caso de incumplimiento, por acción u omisión, por parte del usufructuario de alguno de estos deberes, podría el nudo propietario demandarlo, a él o a sus fiadores, con la *actio ex stipulatu*, al tratarse de una promesa de objeto indeterminado.

Si el usufructuario se negaba a prestar esta caución, el Pretor, como sucedía en todas las estipulaciones pretorias, lo coaccionaba indirectamente impidiéndole la defensa procesal de su derecho. Afirman las fuentes que el nudo propietario, como propietario que era, podía ejercitar la acción reivindicatoria, contra el usufructuario, y triunfaría en caso de no haber éste prestado la caución. Se suele interpretar que ante la acción petitoria del propietario podía el usufructuario oponerle la *exceptio ususfructus* para paralizar la reclamación. Sin embargo, si el usufructuario se había negado a prestar la *cautio usufructuaria*, podía el nudo propietario oponerse a la excepción de usufructo con una *replicatio*, quizás una *replicatio doli*, que concedía el Pretor y dejando sin efecto, de este modo, la defensa procesal del usufructuario y haciendo prevalecer su pretensión<sup>35</sup>, con lo que el usufructuario se veía coaccionado a devolver la cosa en virtud de la cláusula arbitraria de la *reivindicatio*. El punto dudoso para el Derecho clásico es que se considerase al usufructuario como pasivamente legitimado en la *actio reivindicatoria* al no ser poseedor. Cabe la posibilidad de que en derecho clásico la reclamación del nudo propietario, se tramitase por la vía del interdicto recuperatorio *unde vi* entendiendo que el propietario había perdido la posesión y que el usufructuario que negaba a prestar la caución y a devolver la cosa incurría en *vis*. Se trata de una mera hipótesis de trabajo que merecería la pena intentar comprobar.

---

pre el usufructo, o bien a la garantía constituida por el usufructuario con la complacencia expresa del nudo propietario. Sin embargo, el resto del texto, que recoge la solución de Papiniano, parece referirse a la garantía constituida por el usufructuario sobre la cosa usufructuada, con o sin la aquiescencia del nudo propietario.

<sup>31</sup> *Ulp. 18 ad Sab. D. 7,1,13 pr.*

<sup>32</sup> *D. 7,9 Usufructuarius quemadmodum caveat. Part. 3,31,20*: «[...] Pero aquel a quien fuere otorgado, poder de esquilmar alguna destas cosas sobredichas deve la esquilmar a buena fe, dando primeramente recabdo que la cosa en que ha el uso fruto non se pierda, nin se empeore por su culpa, nin por cobdicia quel mueva a esquilmarla mas de lo que conviene. E que quando finire, o se cumpliere en otra manera el tiempo a que la devia esquilmar, que la cosa sea tornada a aquel que otorgo el usufruto della, o a sus herederos si el fuere finado.»

<sup>33</sup> *Ulp. 79 ad Ed. D. 7,9,1.*

<sup>34</sup> *Ulp. 79 ad. Ed D. 7,9, 5 pr.*

<sup>35</sup> *Ulp. 79 ad Ed. D. 7,9,7 pr.; Ulp. 18 ad Sab. D. 7,9,12.*

A la inversa si era el usufructuario quien, sin haber prestado la *cautio usufructuaria*, demandaba al propietario con la *vindicatio ususfructus*, afirman las fuentes que se le denegaría la acción<sup>36</sup> y no, como quizás sería más lógico, para el Derecho clásico, que se le concedería una *exceptio doli* al propietario. La cuestión merecería una clarificación, porque no es igual la posición del propietario si, cuando falta la garantía, está a cubierto de cualquier reclamación que venga del usufructuario y no puede ser molestado por ello, o si tiene que defenderse oponiendo una *exceptio* que, evidentemente, le será facilitada por el Pretor, pero que le obliga a una actuación procesal por su parte.

Muy discutible es que el propietario tuviese acción para exigir directamente al usufructuario que constituyera la caución, como afirma algún texto<sup>37</sup>.

El propietario puede dispensar de la *cautio* al usufructuario<sup>38</sup>. Es dudoso, en cambio, que el testador pueda relevar de la obligación de prestar caución al legatario usufructuario, aunque parece más fundada en las fuentes la prohibición<sup>39</sup>, pero hay supuestos especiales en que se eximía de la fianza al usufructuario, como es el caso del Fisco<sup>40</sup>, en Derecho justinianeo del padre<sup>41</sup> respecto del usufructo sobre los bienes de los hijos<sup>42</sup>, y el del usufructuario a quien se ha legado, además, la propiedad bajo término suspensivo<sup>43</sup>.

## H) Posición del usufructuario. Los usufructos especiales

Las fuentes suministran una rica casuística jurisprudencial sobre el aprovechamiento de la cosa, percepción de frutos y límites del derecho del usufructuario.

Como regla general podía el usufructuario usar de la cosa<sup>44</sup> *quasi bonus paterfamilias*<sup>45</sup> sin abusar, y disfrutar, es decir, adquirir sus frutos<sup>46</sup>. Una cuestión discutible es si

<sup>36</sup> *Ulp. 18 ad Sab.* D. 7,1,13 pr.

<sup>37</sup> *Ulp. 79 ad Ed.* D. 7,9,7 pr. *in fine ...sed et ipsa stipulatio condici poterit*, muy sospechoso de itp. *Ulp. 18 ad Sab.* D.7,5,5,1 respecto al cuasi-usufructo también lo afirma, pero parece una confusión post-clásica entre la posibilidad, tomada de Sabino y Celso, de reclamar mediante *condictio* la suma usufructuada, al concluir el usufructo, como si hubiese sido un préstamo, y la de pedir mediante *condictio* la constitución de la garantía, lo cual es dudoso para el Derecho clásico.

<sup>38</sup> *Tryph. 2 disp.* D.2,14,46.

<sup>39</sup> *Iul. 38 dig.* D. 36,4,6 pr. C. 3,33,1 (*Sen. y Ant.* del 199), lo establecen rotundamente; sin embargo, una constitución de Marco Aurelio, sin fecha, recogida en C. 6,54,2. y recordada por Trifonino en D. 2,14,46, permite con carácter general que el testador releve de fianzas a los legatarios y fideicomisarios.

<sup>40</sup> *Ulp. 79 ad Ed.* D. 36,3,1,18 respecto a la *cautio ex Senatusconsulto* que se había de prestar en el cuasi-usufructo.

<sup>41</sup> C.6. 61,8,4d (del 531).

<sup>42</sup> Establecido en C.6. 61,6,2 (del 531).

<sup>43</sup> Pues en tal supuesto es seguro que llegarán, él o sus herederos a consolidar la propiedad plena; *Ulp. 51 ad Ed.* D.7,9,9,2, siguiendo la opinión de Pomponio.

<sup>44</sup> A veces la propia naturaleza de la cosa y su aprovechamiento normal imponen el mero uso y no el disfrute, como sucede con los vestidos ordinarios, no los escénicos (*Ulp. 18 ad Sab.* D.7,1,15,4).

<sup>45</sup> *Inst.* 2,1,38; *Ulp. 17 ad Sab.* D. 7,1,9,2; *Pomp. 5 ex Plaut.* D. 7,1,65 pr.

<sup>46</sup> *Ulp. 17 ad Sab.* D. 7,1,9 pr.: «[...] boni viri arbitrato [...]». *Part.* 3,31,20: «[...] E este a quien es otorgado tal usufructo gana todos los frutos, e las rentas de la cosa en quel fue otorgado, e puedese aprovechar de

Antonio Díaz Bautista

la concurrencia de ambas facultades, *uti y frui*, es esencial para la configuración del usufructo, o bien son escondibles, de manera que pudiera corresponder sobre la cosa de un nudo propietario el uso sin disfrute a uno y el disfrute sin uso a otro. El uso sin disfrute, el mero *usus*, está recogido como se verá más adelante, correspondiendo el disfrute al propietario; un *fructus sine usu*, no parece, en cambio que sea conciliable con la esencia del usufructo<sup>47</sup>, aunque diversos textos parecen admitirlo<sup>48</sup>, lo que se suele interpretar en el sentido de que si se legó el usufructo a uno y el mero uso a otro, la facultad de usar del usufructuario quedará limitada por la concurrencia del uso del usuario, al ser el uso indivisible. En suma: el usufructuario podrá, en tal caso, usar, y disfrutar, de la cosa pero tendrá que soportar que el usuario use la cosa también, y en cuanto a los frutos tendrá que tolerar que el usuario tome los necesarios para sí y su familia<sup>49</sup>.

En el tema de la adquisición de frutos es donde realizó la jurisprudencia su mayor esfuerzo a la hora de precisar el ámbito de esta facultad del usufructuario. Así respecto a los frutos naturales se cuida de advertir que lo son siempre que el usufructuario decida su aprovechamiento, incluso si son separados antes de madurar<sup>50</sup>, y que los frutos de un fundo se entienden incluidas las producciones de las abejas<sup>51</sup>, la caza y la pesca<sup>52</sup>.

Respecto a la adquisición de frutos naturales por el usufructuario estableció la Jurisprudencia una sutil distinción entre *separatio* y *perceptio*, atribuyéndole tan sólo los percibidos, a diferencia del poseedor de buena fe, que los hace suyos por separación<sup>53</sup>. En una formulación general, *percipere fructus* equivale a tomar posesión de ellos, pero el concepto de *perceptio* puede revestir cierta ambigüedad al aplicarlo a los supuestos concretos de la casuística, e incluso hay que advertir que las fuentes no emplean el término *percipere*, y sus derivados, de manera unívoca<sup>54</sup>. Mientras los frutos están pendientes no

---

los frutos della e vender los si quisiere: mas la cosa en que ha el usufruto non la puede enagenar, nin empear.»

<sup>47</sup> *Ulp. 17 Sab. D. 7.8,14.1*: «[...] et fructus quidem sine usu esse non potest, usus sine fructu potest.»

<sup>48</sup> Así, *Flor 11 inst. D. 7.1.42 pr.*: «Si alii usus, alii fructus eiusdem rei legetur, id percipiet fructuarius, quod usuario supererit: nec minus et ipse fruendi causa et usum habebit.»

<sup>49</sup> *Vid infra.*

<sup>50</sup> *Paul. 9 Plaut. D. 7.1.48,1.Iav. 5 ex post. Lab. D. 33.2.42.*

<sup>51</sup> *Ulp. 17 ad Sab. D.7,1,9,1.*

<sup>52</sup> *Ulp. 17 ad Sab. D.7,1,9,5. Tryph. 7 disp. D.7,1,62 pr.*

<sup>53</sup> Según una opinión de Juliano recogida por *Paul. 3 ad Sab. D. 7, 4,13*: «[...] Iulianus ait: fructuarii fructus tunc fieri, cum eos perceperit, bonae fidei autem possessoris, mox quam a solo separati sint.» *Inst. 2,1,36*: «Is, ad quem usufructus fundi pertinet, non aliter fructuum dominus efficitur, quam si ipse eos perceperit: et ideo licet maturis fructibus, nondum tamen perceptis decesserit, ad heredem eius non pertinent, sed domino proprietatis adquiruntur [...]»; en el mismo sentido *Gai. 5 ad leg. Iul. et Pap. D.33,1,8.*

<sup>54</sup> Así la definición de Labeón-Paulo (*Lab. 4 pith. a Paul epit D. 6,1,78*), viene a hacer coincidir prácticamente la percepción con la separación. «[...] perceptionem fructus accipere debemus non tantum, si perfecti sint collecti, sed etiam coepti ita percipi, ut terra continere se fructus desierint.»

cabe la menor duda de que pertenecen al nudo propietario<sup>55</sup>. Cuando la separación de los frutos de la cosa productora se realiza de manera espontánea y sin intervención del hombre parece claro que hay mera *separatio* y no *perceptio* hasta que el usufructuario se apodera de los frutos<sup>56</sup>, y lo mismo sucede cuando han sido separados por un ladrón<sup>57</sup>. En cambio cuando la separación implica una actividad de recolección por parte del usufructuario vendrán a coincidir ambos momentos.

Se suele afirmar, como regla general, que los llamados «frutos civiles», es decir, las rentas obtenidas al ceder el aprovechamiento de la cosa usufructuada eran adquiridos por el usufructuario día a día. La cuestión, de suma importancia práctica, hace referencia al supuesto de que el usufructuario dé en arriendo la cosa usufructuada percibiendo las rentas como frutos, pero si sobreviene la extinción del usufructo, por muerte o *capitis deminutio* del usufructuario, es evidente que las rentas generadas a partir de ese momento, han de ser del propietario. Por eso, como la merced del arriendo se conviene siempre en función de periodos temporales, es preciso dividir la renta correspondiente al periodo en que se produjo la extinción y prorratearla entre el propietario y los herederos del usufructuario, si la extinción sobrevino por muerte, o aquel bajo cuya potestad está, si fue por *capitis deminutio*, o el propio usufructuario si fue, según admite el Derecho honorario, por expiración del tiempo fijado. Sin embargo esta solución no aparece expresada en los textos con tal generalidad. Respecto al esclavo en usufructo, cuyos servicios son dados en arriendo, es indiscutible este reparto de la renta en proporción al tiempo<sup>58</sup>. Para el arrendamiento de predios rústicos, la regla es diferente porque se piensa que la renta no se paga en compensación por el tiempo en que el arrendatario ha tenido la finca en su poder, sino por los frutos que de ella obtiene. Al considerar la merced como un pago sustitutorio de los frutos que habría percibido el usufructuario arrendador, se entiende que sólo le corresponde en tanto en cuanto el arrendatario ha conseguido los frutos. Por ello, si el usufructo se extingue antes de que el colono perciba los frutos, todo el precio del arriendo será para el propietario, si se extingue después será por entero para el usufructuario o sus causahabientes<sup>59</sup>.

<sup>55</sup> Pero si, estando ya maduros, continúan pendientes al comenzar el usufructo, puede percibirlos el usufructuario (*Ulp. 18 ad Sab. D.7,1,27 pr.*). Los que quedan pendientes al concluir el usufructo pertenecen al propietario.

<sup>56</sup> *Paul. ad Sab. D.7,4,13*, subraya la distinción entre la aceituna sacudida para recogerla, que se entiende percibida por el usufructuario, y la que ha caído espontáneamente del árbol, que no se hace del mismo más que cuando la recoge, a diferencia de lo que sucede con el poseedor de buena fe.

<sup>57</sup> Por ello corresponde al propietario la *condictio furtiva*, al no ser identificables los frutos, y la *actio furtiva* usufructuario, según *Ulp. 17 ad Sab. D.7,1,12,5*, recogiendo la opinión de Juliano y la objeción de Marcelo.

<sup>58</sup> Lo expresa con gran claridad *Paul. 3 ad Sab. D.7,1,26*. También se puede deducir del inciso final de *Ulp. 18 ad Sab. D.7,1,25,2*, fragmento de muy complicada redacción.

<sup>59</sup> *Scaev. 3 resp. D.7,1,58*.

Antonio Díaz Bautista

En principio no podía el usufructuario transmitir su derecho de usufructo pues era personalísimo. Pero esta regla sufrió importantes atenuaciones. La primera derogación vino postulada por una concepción amplia del aprovechamiento. Quizás en una mentalidad primitiva se entendería que tan sólo eran frutos los naturales y el disfrute se consideraría restringido a la percepción material de estos por el usufructuario, pero cuando el desarrollo del tráfico y las exigencias de la economía capitalista admitieron también que las rentas obtenidas al ceder el goce de las cosas fuesen «frutos civiles», resultaba inevitable que se permitiera al usufructuario dar en arrendamiento la cosa usufructuada<sup>60</sup>.

Pero una vez abierta la posibilidad de que el usufructuario pudiera ceder en arrendamiento la cosa a otro, surge uno de los problemas más debatidos en torno al usufructo romano: si se admitió con carácter general la enajenabilidad del usufructo por la vía de la protección pretoria. La respuesta de la doctrina mayoritaria es negativa, basándose sobre todo en la tajante afirmación de *Gai.* 2,30 cuando dice que una *in iure cessio* de un usufructuario para transmitir su derecho a un tercero sería nula<sup>61</sup>, sin que quede claro si, en tal caso, el usufructuario retenía el usufructo, o se extinguía éste revertiendo el uso y el disfrute al propietario<sup>62</sup>. Lo cierto es que las fuentes hablan en algunos casos no solo de *locatio* sino también de *venditio* del usufructo<sup>63</sup>. También es cierto que no hubo inconveniente para admitir otras figuras jurídicas que entrañaban la transmisión por el usufructuario de sus facultades de uso y disfrute a un tercero. Así, podía pignorar o hipote-

<sup>60</sup> Lo afirma, por contraposición al mero *usus*, *Inst.* 2,5,1. *Ulp. 17 ad Sab.* D. 7,1,12,2, *Ulp. 17 ad Sab.* D. 7,1,13,8 respecto al arrendamiento de una casa, pero sin convertirla en hostel ni en baños públicos, es decir, sin cambiar su aprovechamiento. *Ulp. 32 ad Ed.* D. 19,2,9,1 sobre extinción del arrendamiento concedido por el usufructuario. *Scaev. 3 resp.* D. 7,1,58 pr. sobre el pago de la pensión por el colono de una finca usufructuada. *Ulp. 18 ad Sab.* D.7,1,15,5. sobre vestidos o *atrezzo* escénico, y vestimentas fúnebres.

<sup>61</sup> «[...] alii vero in iure cedendo nihil minus ius suum retinet; creditur enim ea cessione nihil agi.»

<sup>62</sup> Como parece desprenderse de *Pomp. 8 ad Q. Muc.* D. 23,3,66.

<sup>63</sup> Hay varios textos que admiten la posibilidad de venta del usufructo y aluden a una protección pretoria. *Ulp. 17 Sab.* D. 7,1,12,2, junto al arrendamiento habla de venta («Usufructuarius vel ipse frui ea re vel alii fructum concedere vel locare vel vendere potest; nam et qui locat utitur, et qui vendit utitur [...]»). Se puede interpretar, como hacen quienes niegan la transmisibilidad del usufructo, que no se trata de la venta del derecho a usar y disfrutar, sino de la venta de los frutos percibidos. Sin embargo la trad. del Digesto de Ed. Aranzadi dice: «[...] vender “el ejercicio del derecho de usufructo”». Tampoco precisa este frag. si las opiniones de Casio, Pegaso, Sabino y Pomponio, en que se apoya, se referían sólo al arrendamiento o también a la venta. Según dice incidentalmente *Marci lib. sing. ad form hypoth.* D. 20,1,11,2, el Pretor protege al comprador del usufructo («[...] nam et cum emptorem usus fructus tuctur praetor [...]») sin aclarar si el *responsum* de Papiniano, que se invoca, se refería tan sólo al caso de la pignoración de la cosa por el usufructuario, que es el tema principal del frag., o si se refería también a la posibilidad de venta, que aparece aludida como ejemplo para reforzar la argumentación. Señala VOLTERRA (*Istituzioni*, p. 418) que no se trata de que el usufructuario transmita a un tercero su derecho sino que asume la obligación, protegida por el Pretor de dejarlo usar y transmitirle los frutos, argumentación que parece excesivamente sutil. *Iul. 1 ex Min.* D. 7,1,67 admite como regla general la venta del usufructo a un tercero incluso contra la voluntad del nudo propietario: «Cui usufructus legatus est, etiam invito herede cum extraneo vendere potest.»

car su derecho de usufructo según un *responsum* de Papiniano<sup>64</sup>. En caso de que el nudo propietario demandare al acreedor pignoraticio alegando que no tiene derecho a usufructuar contra su voluntad le concedería el Pretor a éste una *exceptio pacti* basada en el acuerdo entre usufructuario y acreedor. Naturalmente hay que deducir que la reclamación del nudo propietario podría producirse desde el primer momento en el caso de la prenda, pues suponía desplazamiento de la cosa, mientras que en el supuesto de hipoteca tan sólo cabría si, incumplida la obligación garantizada, pasaba la cosa a manos del acreedor hipotecario en virtud de la *actio Serviana del pignus* o *actio hypothecaria*. Pero no olvidemos que tanto el *pignus* como la hipoteca llevaban aparejado, en la última época clásica, un *ius vendendi*, que se consideraba elemento natural del negocio. De no haberse admitido la venta del usufructo habrían resultado ilusorias las garantías reales constituidas sobre este derecho al no poder el acreedor realizarlo para satisfacer su crédito, o, a lo sumo tendría un mero efecto coactivo y no satisfactorio, en el caso de la prenda; y en el de la hipoteca, ni siquiera eso.

Como obligaciones tenía el usufructuario las de usar debidamente la cosa<sup>65</sup>, prestar la *cautio usufructuaria*, si se le exigía, en los términos ya expresados y, por la aplicación rigurosa del principio *salva rerum substantia*, debía el usufructuario conservar la cosa, haciendo las reparaciones menores ordinarias<sup>66</sup>, no podía alterar la cosa misma, ni el régimen económico de la explotación, ni aún para mejorarlo<sup>67</sup>. Debía soportar las cargas que afecten a las cosas usufructuadas<sup>68</sup>, incluso si se impusieron después de constituido el usufructo<sup>69</sup>, salvo que el testador hubiese encargado su pago al heredero propietario<sup>70</sup>.

<sup>64</sup> *Marci lib. sing. ad form hypoth. D. 20,1,11,2.*

<sup>65</sup> Como un buen *paterfamilias*, *vid. supra*. Se le hacía responsable si, por no usarla, era la cosa usucapida por un tercero *Ulp. 79 ad Ed. D. 7,9,6*, o si se perdía por su desuso una servidumbre a favor del fundo usufructuado *Ulp. 18 ad Sab. D. 7,1,15,7.*

<sup>66</sup> *Ulp. 17 ad Sab. D.7,1,7,2 y 3*, recogiendo opiniones de Celso, Marcelo, Casio, Neracio y Aristón; *C. 3,33,7 (Gord. 243)*. Si estas reparaciones las realiza el propietario, por ausencia del usufructuario, puede pedir su reembolso mediante la *actio negotiorum gestorum*, pero el usufructuario se puede liberar del deber de hacer las reparaciones o reembolsar las hechas por el propietario renunciando al usufructo, *Paul. 3 ad Vit. D.7,1,48 pr. Ulp. 41 ad Ed. D. 7,1,64.*

<sup>67</sup> Así no podía edificar sobre el solar (*Ulp. 17 ad Sab. D.7,1,7,1*) siguiendo a Labeón, ni terminar la construcción iniciada aunque fuera imprescindible para el uso y disfrute (*Ner. 2 resp. D.7,1,61*). Sólo podía realizar en los edificios obras de conservación, sin variar su estructura (*Ulp. 17 ad Sab. D.7,1,7,3*) ni siquiera mejorándola (*Ulp. 40 ad Ed. D.7,1,8*): Respecto a las obras de puro ornato mientras *Ulp. 17 ad Sab. D.7,1,7,3* afirma, siguiendo a Neracio, que puede estucar las paredes, en *Ner. 3 membr. D.7,1,44* se niega la esta facultad cuando el techo y las paredes no estaban originariamente revestidos. En cambio *Ulp. 18 ad Sab. D.7,1,13,4* afirma, al inicio del texto, que el usufructuario no puede empeorar la cosa pero sí mejorarla, sin embargo el desarrollo del fragmento, de redacción bastante imperfecta, no parece acoger esta posibilidad.

<sup>68</sup> Tales como *tributum*, *salarium* (*solarium?*) y *alimentu* *Ulp. 17 ad Sab. D. 7,1,7,2; Ulp. 18 ad Sab. D. 7,1,27,3* respecto a diversos impuestos y «contribuciones especiales» de carácter municipal.

<sup>69</sup> *Paul. 13 resp. D. 33,2,28.*

<sup>70</sup> «[...] nisi specialiter nomine fideicommissi [...]» *Mod. 9 reg. D.7,1, 52.*

Antonio Díaz Bautista

También estaba obligado él o sus herederos a devolverla a la terminación en el mismo estado en que la recibió, por lo que era conveniente hacer un inventario previo<sup>71</sup>, siendo responsable por culpa<sup>72</sup>.

Había una serie de casos especiales en que las facultades del usufructuario resultaban modificadas por la naturaleza de la cosa usufructuada; son los llamados usufructos especiales.

#### a) *Usufructo de un rebaño*

Cuando se establecía sobre la *universitas (corpus ex distantibus)*, no cuando se hacía sobre las singulares cabezas de ganado, debía el usufructuario mantener el número de cabezas y la estructura normal del rebaño, reponiendo los animales muertos, o que se hicieran inútiles, con las crías (*summissio*)<sup>73</sup>. Se plantean los juristas la cuestión quién es el propietario de los nuevos animales antes de que el usufructuario haga la *summissio*. Para POMPONIO<sup>74</sup> pertenecen al usufructuario, que debe transferir su dominio al nudo propietario para cumplir su obligación de sustituir. Para JULIANO<sup>75</sup>, en cambio, queda en suspenso el dominio del usufructuario de manera que, si hiciese la sustitución, serán del propietario y, si no la hiciese, serán suyos, con lo que las cabezas de ganado excedentes del número de animales existentes al tiempo de constituirlo le pertenecerán<sup>76</sup>. La misma solución de conservar el número se aplica al caso de que el fundo usufructuado hubiese un vivar de animales salvajes<sup>77</sup>.

#### b) *Usufructo de bosques*

La idea directriz en el tema del usufructo de bosques, como explotación maderera, es la misma que en el rebaño, es decir, la *summissio*. Puesto que los árboles son renovables, podrá el usufructuario hacer las cortas adecuadas para aprovechar la madera, pero reponiendo con nuevas plantaciones para evitar que el bosque se esquilme. Sin embargo, los textos que nos han llegado no son, en este punto, tan expresivos como en materia de rebaños. La posibilidad de que el usufructuario venda los árboles reponiéndolos, aparece recogida en el caso del plantel o vivero (*seminarium*)<sup>78</sup> que es considerado como *ins-*

<sup>71</sup> Lo aconseja *Ulp. 79 ad Ed. D. 7,9,1,4*.

<sup>72</sup> *Ulp. 79 ad Ed. D.7,9,1 pr.; D. 7,9,1,7; Ulp. 51 ad Ed. D. 7,9,9,3*.

<sup>73</sup> *Inst. 2,1,38; Ulp. 17 ad Sab. D. 7,1,68 1-2; Pomp. 5 ad Sab. D. 7,1,69; Ulp. 17 ad Sab. D. 7,1,70*.

<sup>74</sup> *5 ad Sab. D. 7,1,69*.

<sup>75</sup> *Ulp. 17 ad Sab. D. 7,1,70,1* opinión que acepta Ulpiano.

<sup>76</sup> *Ulp. 17 ad Sab. D. 7,1,70,4*.

<sup>77</sup> *Tryph. 7 disp. D.7,1,62,1*.

<sup>78</sup> *Ulp. 17 ad Sab. D. 7,1,9,6*.

*trumentum agri*, y también cuando se trata de árboles que se han secado por causa natural, pudiendo apropiarse de ellos el usufructuario<sup>79</sup>, no así cuando han sido arrancados por el viento, que pertenecen al propietario<sup>80</sup>. Pero la cuestión se complica porque las fuentes establecen la distinción entre el bosque tallar o maderable (*silva caedua*) y las arboledas no dedicadas a la tala (*silva non caedua*); y parece que el sentido de los textos es que en el primer caso puede el usufructuario vender la madera resultante de las talas, mientras que en el segundo tan sólo puede utilizar lo necesario para el cultivo del propio fundo sin enajenarlo. Sin embargo, las fuentes, tal como nos las presentan los compiladores, no son demasiado precisas. Respecto al bosque tallar se establece, siguiendo una opinión de Trebacio, que el usufructuario puede cortar y vender madera aunque el dueño no tuviese costumbre de hacerlo y lo mismo sucede con los sauces y las cañas cuando se hubiese constituido el usufructo sobre el saucedal o el cañaverol<sup>81</sup>, aunque no se precisa la obligación de reponer los árboles o plantas cortadas. Respecto al fundo no tallar, se permite aprovechar estacas, sauces o cañas para el cultivo, como solía hacerlo el propietario, pero no vender la madera, ni cortar los árboles grandes<sup>82</sup>.

### c) *Usufructo de minas o canteras*

Mientras que el rebaño y los bosques son explotaciones biológicamente renovables y cabe, por tanto, que el usufructuario las conserve, en el caso de las canteras y minas no es así con lo que cabe el riesgo de que las extracciones agoten el filón. Los antiguos creían, sin embargo, que en ciertos yacimientos de mármol y de otros minerales, crecían éstos con el tiempo<sup>83</sup>, pero en los textos referentes al usufructo no se alude a esta creencia sino que se admite la explotación minera siempre que no sea abusiva. Si en el fundo hubiera canteras, podía el usufructuario extraer de ellas materiales «como una persona recta», es decir, de forma no abusiva<sup>84</sup>. Si los yacimientos se encuentran después de constituido el usufructo, también puede comenzar su explotación<sup>85</sup>, con el único límite de no

<sup>79</sup> *Paul 3 ad Sab* D.7,1,18.

<sup>80</sup> *Pomp. 5 ad Sab.* D.7,1,19,1, *Paul 3 sent.* D. 7,1,59 pr.

<sup>81</sup> *Ulp. 17 ad Sab.* D.7,1,9,7. *Pomp. 5 ad Q. Muc.* D.7,8,22 pr. En cambio, *Pomp. 5 ad Sab.* D. 7,1,10, tan sólo señala que el usufructuario del bosque tallar puede tomar ramas y rodrigones, es decir, las varas u horquillas que sujetan a los árboles jóvenes para dirigir su crecimiento. Parece que este texto se refiere al aprovechamiento por el usufructuario de las ramas cortadas en la poda, y de los rodrigones retirados cuando el árbol ha completado su crecimiento, pero no precisa si el usufructuario puede vender estos aprovechamientos, aunque se puede suponer que sí.

<sup>82</sup> *Ulp. 17 ad Sab.* D.7,1,9,7, *Pomp. 5 ad Sab.* D.7,1,10, *Paul. 2 epit. Atf. Dig.* D.7,1,11.

<sup>83</sup> *Plin. Nat. Hist.* 36, 15, 125.

<sup>84</sup> *Ulp. 17 ad Sab.* D.7,1,9,2.

<sup>85</sup> *Ulp. 17 ad Sab.* D.7,1,9,3 lo autoriza siempre que el derecho se hubiese constituido sobre todo el terreno y no sobre las distintas partes de éste. *Ulp. 18 ad Sab.* D.7,1,13,5 permite comenzar la explotación minera, siempre que con ello no perjudique la explotación agrícola, o, aún dañándola, produzca rendimientos superiores.

Antonio Díaz Bautista

contaminar la atmósfera del campo o de implicar una explotación de tal magnitud que sus gastos no pudiesen ser asumidos por el propietario. Se discute si esta posibilidad de que el usufructuario inicie una nueva explotación minera, tal como aparece en los textos es clásica o responde a una reforma justiniana <sup>86</sup>.

#### d) *Usufructo de esclavos*

Señala Gayo, como regla general, que todo lo que el esclavo adquiría por su trabajo, o con bienes del usufructuario pertenecía al usufructuario, porque eran frutos, pero lo que el esclavo adquiría por otra vía (herencia, donación, legado, ocupación, etc.) pertenecía al nudo propietario <sup>87</sup>. Ni siquiera admite que el nudo propietario llegase a usucapir los bienes adquiridos *a non domino*, o con defecto de forma, por el esclavo en usufructo, como sucede con el poseedor de buena fe quien al usucapir al esclavo adquiere también los bienes adquiridos por él, ya que el usufructuario no puede adquirir al esclavo por usucapición al no ser poseedor ni tener buena fe <sup>88</sup>. No obstante la formulación, demasiado contundente, del texto gayano hay que pensar que el usufructuario podría usucapir los bienes aparentemente adquiridos por el esclavo usufructuado con su trabajo o con bienes poseídos de buena fe por el mismo usufructuario, ya que, si bien el esclavo en usufructo no era poseído, sí podía el usufructuario ser poseedor de buena fe de alguna de sus adquisiciones, como admite PAPINIANO <sup>89</sup>. Si el esclavo en usufructo estipula que se dé algo a su dueño, o adquiere algo en nombre de su dueño por *mancipatio*, esta adquisición no es válida según GAYO <sup>90</sup>.

A diferencia de lo que sucedía con los partos de los animales, que pertenecían al usufructuario <sup>91</sup>, los de las esclavas eran del nudo propietario porque no eran frutos. A este respecto recoge Ulpiano la opinión de Bruto según la cual no puede considerarse a un ser humano entre los frutos de otro ser humano, aunque admite que pueda legarse expresamente el usufructo del parto de una esclava <sup>92</sup>.

<sup>86</sup> D'ORS (*DPR*, parág. 198) considera que en Derecho clásico podía el usufructuario continuar la explotación pero no comenzarla.

<sup>87</sup> *Gai.* 2, 91; 3,165; *Epit. Ulp.* 19,21; *Ulp. 18 ad Sab.* D. 7,1,25, 3 recogiendo una opinión de Juliano; *PS.* 5,7,3.

<sup>88</sup> *Gai.* 2,93-94.

<sup>89</sup> *Pap. 2 def.* D. 41,2,49 pr.

<sup>90</sup> *Gai.* 3,166.

<sup>91</sup> *Ulp. 17 ad Sab.* D. 7,1,68,1, recogiendo la opinión de Sabino y Casio.

<sup>92</sup> *Ulp. 17 ad Sab.* D. 7,1,68 pr.; *Ulp. 15 ad. Ed.* D. 5,3,27; debía haber, sin embargo dudas entre los no juristas sobre esta regla, pues *Gai.* 2,50 dice que comete hurto el usufructuario que vende el parto de la esclava creyendo que le pertenece.

### e) *Cuasi-usufructo*<sup>93</sup>

Aunque la propia esencia del usufructo impedía constituirlo sobre cosas consumibles, como el dinero, esta posibilidad fue autorizada por un Senadoconsulto<sup>94</sup>. GAYO se cuida de advertir que no se trata de un verdadero usufructo, pues el Senado no podía alterar la «razón natural» sino de un remedio por el cual esta situación fue tenida «como usufructo»<sup>95</sup>, y de este texto viene la expresión «cuasi-usufructo» con que la conocemos habitualmente. Naturalmente en esta figura anómala, la propiedad de la cosa fungible usufructuada pasaba al cuasi-usufructuario<sup>96</sup>, que podía disponer de ella, haciendo suyos los intereses, o dejando de pagarlos si era él el deudor<sup>97</sup>, y debía garantizar la restitución de otra cantidad igual<sup>98</sup>, como si se tratase de un préstamo, mediante la llamada *cautio ex senatusconsulto*.

### f) *Usufructo de créditos*

Nos dice Ulpiano que a partir del Senadoconsulto que autorizó el usufructo de cosas consumibles surgió la discusión sobre si podía legarse el usufructo de los créditos, lo cual fue negado por Nerva, pero admitido por Casio y Próculo y por el propio ULPIANO<sup>99</sup>. Hay que entender que este usufructo de créditos supondría la percepción por parte del usufructuario de los intereses estipulados mientras no se extinguiera el crédito, y, una vez extinguido éste por pago, la retención de la cantidad recibida, obligándose mediante la *cautio* a devolverla a la terminación del usufructo. Más compleja es aún la posibilidad, que el propio fragmento pone en opinión de Nerva, de legar el crédito en usufructo al propio deudor, lo que supondría la condonación de los intereses. Papiniano admite también el usufructo de créditos preexistentes a la constitución del usufructo por legado, señalando que los intereses debían comprenderse en la caución. En cambio, continua, cuando los créditos fueran establecidos por el nudo propietario, no deberá prestar el usufructuario caución por los intereses, que no le corresponden, sino por el capital tan sólo, que, una vez pagado, le sería entregado como cuasi-usufructo<sup>100</sup>.

<sup>93</sup> Es la denominación que le da *Gai 7 ad Ed Prov.* D. 7,5,2,1.

<sup>94</sup> *Inst.* 4,2. *Ulp. 18 ad Sab.* 7,5,1. En Derecho justinianeo se mezcla indebidamente este usufructo de cosas consumibles con el de las que se deterioran con el uso, lo cual aparece expresado en la propia rúbrica del título dedicado a ello: D. 7,5 *De usu fructu earum rerum, quae usu consumuntur vel minuuntur*, y también en el señalado fragmento ulpiano (D.7,1,5) mediante las palabras *vel minuuntur* que probablemente son añadidas al texto original. El CC español distingue ambos supuestos en los arts. 481 y 482.

<sup>95</sup> *Gai. 7 ad Ed. prov.* D. 7,5,2,1.

<sup>96</sup> *Inst.* 4,2. *...ut eius fiant...* *Frag. Vat.* 46. *Gai. 7 ad Ed. prov.* D. 7,5,7.

<sup>97</sup> *Ulp. 18 ad Sab.* D. 7,5,3.

<sup>98</sup> *Gai. 7 ad Ed. prov.* D. 7,5,2,pr.; *Gai. 7 ad Ed. prov.* D. 7,5,7; *Paul 1 ad Ner.* D. 7,5,9; *Ulp. 79 ad Ed.* D. 7,5,10; *Ulp. 79 ad Ed.* D. 7,9,7,1.

<sup>99</sup> *Ulp. 18 ad Sab.* D. 7,5,3.

<sup>100</sup> *Pap. resp.* D. 33,2,24.

Antonio Díaz Bautista

## I) Protección procesal del nudo propietario y del usufructuario

### a) Acciones del nudo propietario

El propietario tenía todas las acciones dominicales, aunque si dirigía la reivindicatoria contra el usufructuario podría oponerle éste la *exceptio ususfructus*. También podría ejercitar una acción declarativa del dominio contra un tercero que afirmase tener la nuda propiedad sobre la cosa usufructuada.

En caso de que el usufructuario, o un tercero dañase la cosa usufructuada, tenía el propietario la *actio legis Aquiliae*. Es discutido si, para los daños derivados de omisiones del usufructuario, pudo el propietario ejercitar una posible acción *in factum* <sup>101</sup>.

### b) Acciones del usufructuario

#### 1. *Vindicatio ususfructus* <sup>102</sup>

Se trata de una acción semejante a la *vindicatio servitutis*, y denominada como ella *actio confessoria*, que servía para reclamar el uso y el disfrute de la cosa, al propietario y, en general, a cualquier poseedor <sup>103</sup>.

El demandado vencido debía restituir al usufructuario los frutos anteriores a la *litis contestatio* desde que comenzó el usufructo aunque hubiese tenido buena fe, ya que el objeto de la acción era precisamente el derecho a los frutos <sup>104</sup>.

Una cuestión debatida es la de si esta *vindicatio*, como la relativa a las servidumbres, fue ejercitable *erga omnes* desde un principio, o ello se debió a una evolución posterior. Sostienen muchos autores que en las épocas más antiguas sólo se podía ejercitar contra el propietario que le impedía el ejercicio del usufructo <sup>105</sup>, con lo cual tendríamos algo impensable en la mentalidad moderna: una *actio in rem* que no podía ejercitarse contra cualquier poseedor. Habría sido más tarde cuando se consideró pasivamente legitimado a cualquier poseedor <sup>106</sup> aunque no fuera el propietario, convirtiéndose así en verdadera

<sup>101</sup> *Ulp. 18 ad Sab. D. 7,1,13,2* parece indicar su existencia por no ser aplicable en estos casos la *actio legis Aquiliae*.

<sup>102</sup> *D. 7,6 Si ususfructus petetur vel, ad alium pertinere negetur.*

<sup>103</sup> Su fórmula, según Lenel (*EP*, parág. 72) sería: «SI PARET Ao Ao IUS ESSE FO FUNDO Q. D. A. UTI FRUI NEQUE EA RES ARBITRIO IUDICIS Ao Ao RESTITUETUR, QUANTI EA RES ERIT, TANTAM PECUNIAM Nm Nm CONDEMNATO S. N. P. ABSOLVITO.»

<sup>104</sup> *Ulp. 17 ad Ed. D. 7,6,5,3-4; Ulp. 12 ad Ed. D. 4,6,23,2*, recogiendo una opinión de Papiniano.

<sup>105</sup> KASER, *RPR*, p. 453; D'ORS, *DPR*, parág. 201; VOLTERRA (p. 421) cita a Arangio Ruiz, Perozzi, y Biondi, a propósito de la *vindicatio servitutis*, de la que también afirma ser ejercitable tan sólo contra el propietario del fundo sirviente.

<sup>106</sup> *P.S.* 5,6,8b.

una acción real, tal como hoy la concebimos. Si se acepta esta afirmación, nos aparece una nueva cuestión para el debate: cuándo se operó esta transformación <sup>107</sup>.

Del mismo modo que sucedía en la acción reivindicatoria con el interdicto *quem fundum*, existió un interdicto *quem usum fructum vindicare velit* contra el demandado con la *vindicatio ususfructus* de un inmueble que no quería defenderse <sup>108</sup>. Igualmente si se demandaba el usufructo de un bien mueble cabía, en tal caso, la *actio ad exhibendum* <sup>109</sup>.

Otra cuestión es si se podía pedir el usufructo con la acción Publiciana, como afirma *Ulp. 18 ad Ed. D. 6,2,11,1* <sup>110</sup>. Quizás en caso de constitución del usufructo con defecto de forma, es decir, mediante simple pacto <sup>111</sup>, se admitiría esta reclamación, frente a cualquier poseedor, incluso frente al nudo propietario, que debió constituirlo correctamente. En caso de constitución *a non domino* cabría tan sólo frente a terceros, pues el propietario podría siempre oponer la *exceptio iusti dominii* a la *vindicatio ususfructus*, sin que fuese posible ninguna otra defensa procesal por parte del usufructuario. Sin embargo cuesta entender que se utilizase esta acción, al menos en su ortodoxa formulación clásica, puesto que suponía una ficción de que ya había transcurrido el tiempo de la usucapción, y el usufructo no podía ser adquirido por este mecanismo. Por ello está muy discutida la aplicación al usufructo de la *actio Publiciana* y el fragmento citado se suele reputar interpolado.

## 2. Interdictos

Aunque el usufructuario no era «poseedor» <sup>112</sup>, propiamente dicho, sino detentador podía defenderse contra las perturbaciones de hecho con el interdicto *uti possidetis* como útil <sup>113</sup>. También sabemos que podía utilizar el interdicto *unde vi*, y, consiguientemente, la modalidad agravada *unde vi armata*, pero se discute si en Derecho clásico se daban estos interdictos como útiles, o bien no era preciso acomodar la fórmula de los mismos al no hablarse en ella de *possessio* <sup>114</sup>. Por la misma razón parece

<sup>107</sup> KASER y D'ORS (*loc. cit.*) la sitúan a partir de Juliano.

<sup>108</sup> *Frag. Vat.* 92, Lenel *E.P.* parág. 248.

<sup>109</sup> *Ulp. 24 ad Ed. D. 10,4,3,4:12* recogiendo la opinión de Pomponio. *Id. D.10,4,9,4* siguiendo a Marcelo.

<sup>110</sup> «Si de usu fructu agatur tradito, Publiciana datur: [...]»

<sup>111</sup> Lo cual parece que sólo fue admisible en las provincias.

<sup>112</sup> *Gai.* 2,93. En Derecho justinianeo, el usufructuario es considerado poseedor de su derecho, es decir, titular de una *cuasi possessio*.

<sup>113</sup> *Frag. Vat.* 90-91.

<sup>114</sup> *Frag. Vat.* 90, habla de *interdictum unde vi utile*. *Ulp. 69 ad Ed. D. 43,16,3,13-15*, no dice que sea útil, pero la traducción del Digesto de Aranzadi lo indica así entre corchetes.

Antonio Díaz Bautista

que podría el usufructuario utilizar el interdicto *utrubi*, pues tampoco hacía referencia a la posesión <sup>115</sup>. Pero, admitido que el usufructuario podía defenderse con interdictos contra las perturbaciones de hecho, nos surge la cuestión de si esta defensa pretoria serviría para proteger tan sólo un usufructo ya constituido como afirman las fuentes <sup>116</sup> o también para pedirlo, antes de haber comenzado, contra aquel que impedía por la fuerza su ejercicio <sup>117</sup>.

### 3. Acciones penales

Algunas acciones penales que correspondían al propietario se concedieron como útiles al usufructuario. Así la *actio legis Aquiliae* para los daños en la cosa <sup>118</sup>, la *actio servi corrupti* <sup>119</sup>. Respecto a la *actio furti*, si la sustracción fue perpetrada por el nudo propietario puede el usufructuario ejercitarla contra él <sup>120</sup>, si fue cometida por un extraño se reparte la acción entre el propietario y el usufructuario, correspondiendo al primero la reclamación respecto al valor de la propiedad, y al segundo respecto al de los frutos <sup>121</sup>, no apareciendo, en cambio, en las fuentes la posibilidad, que no hay por qué descartar, de que pudiese el usufructuario ejercitar la acción de hurto por sí solo contra el extraño ladrón, debiendo restituir al propietario lo obtenido con la misma en virtud de la responsabilidad por custodia que había asumido con la *cautio*. La cuestión es más dudosa respecto a la *actio aquae pluviae arcendae*, pues los textos son contradictorios: mientras Ulpiano afirma tajantemente que no le compete al usufructuario <sup>122</sup>, mantiene Pomponio que se da como útil a favor y en contra del mismo <sup>123</sup>. También podía el usufructuario ejercitar la *actio de dolo* en caso de que el nudo propietario alterase la cosa usufructuada <sup>124</sup>.

<sup>115</sup> D'ORS, *DPR*, parág. 201.

<sup>116</sup> *Ulp. 69 ad Ed.* D. 43.16.3.14.

<sup>117</sup> D'ORS (*DPR*, parág. 201, n. 7) opina que el interdicto del edicto *si uti frui prohibitus esse dicitur* de *Frag. Vat.* 91 servía para este fin, reputando itp. D. 43.16.3.13 y sigs. donde entiende que los compiladores lo refundieron con el *unde vi*.

<sup>118</sup> *Ulp. 18 ad Sab.* D.7.1.17.3; *Id.* D.9.2.11.10; *Paul 10 ad Sab.* D.9.2.12, la admite incluso contra el nudo propietario que mató al esclavo en usufructo, y advierte que la estimación de la pena se hará, de acuerdo con el cap. I de la ley, respecto al valor máximo de la cosa durante el año anterior, aún en el caso de que parte del año anterior no hubiese estado el esclavo en usufructo.

<sup>119</sup> *Ulp. 23 ad Ed.* D. 11.3.9.1 admite el ejercicio de esta acción como directa por el nudo propietario contra el usufructuario, y como útil por el usufructuario contra el nudo propietario y contra un extraño.

<sup>120</sup> *Paul 5 ad Sab.* D.47.2.15.1 sin precisar que la acción fuese *utilis*.

<sup>121</sup> *Ulp. 42 ad Sab.* D.47.2.46.1.

<sup>122</sup> *53 ad Ed.* D. 39.3.3.4.

<sup>123</sup> *10 var.* D.39.3.22 pr y 2.

## J) Constitución y extinción del usufructo

### a) Constitución

El usufructo se podía constituir directamente, atribuyendo al usufructuario el derecho de usar y disfrutar, o mediante *deductio* enajenando la propiedad y reteniendo el enajenante el derecho a usar y disfrutar <sup>125</sup>.

#### 1. Directamente

##### 1.1. Legado vindicatorio

Era el modo más frecuente, y la mayoría de los textos referentes al usufructo de esta forma de constitución, e incluso dedica el Digesto un título a esta posibilidad <sup>126</sup>. El testador legaba el usufructo sobre un bien concreto a favor de una persona para después de su muerte, dejando la nuda propiedad al heredero. La separación entre usufructo y nuda propiedad debía señalarse expresamente para que se constituyera el usufructo <sup>127</sup>. También se podía ordenar *mortis causa* la constitución del usufructo por la vía del fideicomiso y así lo admite la rúbrica de D.33,2. La aproximación entre legados y fideicomisos, iniciada ya en la época clásica tardía, y muy patente en la postclásica y en la justiniana, debió favorecer la práctica de esta posibilidad. Pero el mecanismo por el cual el testador, o el autor del codicilo, encomendaban a la buena voluntad de un beneficiario *mortis causa*, la entrega del usufructo a otra persona implicaba que el gravado tendría que hacer la correspondiente *in iure cessio* del uso y el disfrute a favor del usufructuario con lo cual, si bien el usufructo así nacido derivaba de la voluntad del *de cuius*, era, sin embargo técnicamente un usufructo nacido por acto *inter vivos*. De hecho, la gran mayoría de los fragmentos recogidos en D.33,2 se refieren a la constitución del usufructo por legado <sup>128</sup>.

<sup>124</sup> Ulp. 17 ad Sab. D.7.4.5.3.

<sup>125</sup> Inst. 2.4.1; Gai 7 ad Ed. prov. D.7.1.6 pr.

<sup>126</sup> D.33,2: «De usu et usu fructu et redditu et habitatione et operis per legatum vel fideicommissum datis.»

<sup>127</sup> Cuando se legaba a uno el usufructo y a otro la propiedad sobre el mismo fundo sin advertir que ésta era *detracto usu fructu*, se «comunicaba» entre ambos el uso y el disfrute con lo que participarían ambos en los rendimientos *Mod. lib. sing. de heur. D.33.2,19*.

<sup>128</sup> Referencias al fideicomiso se hallan en Ulp. 8 disp. D.33,2,9; Paul 10 quaest. D.33,2,26; Gai. 1 fideic. D.33,2,29. La constitución de un usufructo parcial, la mitad, sobre un fundo, encargada por fideicomiso aparece claramente en *Scaev. 15 dig. D.33,2,32,5 y 7*.

Antonio Díaz Bautista

## 1.2. *In iure cessio*

Mediante un proceso simulado en cual, quien iba a ser usufructuario demandaba al propietario con la *vindicatio ususfructus*, el propietario se allanaba, y el Pretor, mediante una *addictio*, constituía el usufructo a favor del demandante <sup>129</sup>.

## 1.3. *Pactiones et stipulationes*

Según nos informa Gayo, en provincias se podía constituir mediante estos acuerdos de voluntad protegidos por el Gobernador <sup>130</sup>.

## 1.4. *Adiudicatio*

Podía el juez, o quizás más exactamente el árbitro, adjudicar en un juicio divisorio (*actio communi dividundo* o *actio familiae erciscundae*) a uno la propiedad y a otro el usufructo sobre una misma cosa <sup>131</sup>.

## 1.5. ¿*Mancipatio*?

Parece que el usufructo no se podía constituir directamente mediante *mancipatio* <sup>132</sup>.

## 1.6. ¿*Usucapión*?

No parece que usufructo pudiera constituirse por usucapión <sup>133</sup>, aunque si se admite que se pudiera reclamar mediante la *actio Publiciana*, como afirma Ulpiano en D. 6,2,11,1, esto implicaría que el Pretor mandaba fingir que había transcurrido el tiempo de la usucapión, pero esta posibilidad está muy discutida y el fragmento se suele considerar interpolado. También podría interpretarse que en Derecho justiniano era posible adquirir el usufructo mediante la *longi temporis praescriptio*, a la luz de la referencia que hace de él Justiniano en C. 7,33,12,4 (del 531) <sup>134</sup>, aunque tradicionalmente se ha considerado este texto con referencia a la extinción y no a la adquisición.

<sup>129</sup> Gai. 2,30.

<sup>130</sup> Gai. 2,31, aunque en provincias también se puede constituir mediante *in iure cessio* Gai. 2,32. Inst. 2,4,1. Como recuerdo de estas formas de constitución, en Part. 3,31,20 se dice simplemente *E tal otorgamiento como este puede se fazer por postura* (es decir, por negocio *inter vivos*) o por testamento.

<sup>131</sup> Ulp. 17 ad Sab. D.7,1,6,1.

<sup>132</sup> Gai. 2,33 sólo admite la *mancipatio* para la constitución por *deductio*, cuidándose de señalar que el objeto de la transmisión no es el usufructo sino la propiedad.

<sup>133</sup> En general no pueden serlo las llamadas cosas incorporales Gai. 7 ad Ed. prov. D.41,1,43,1; Pap. 23 *quaest.* D.41,3,44,5: «[...] enim usus fructus usucapi non potest [...]»

<sup>134</sup> «Eodem observando, et si res non soli sint, sed incorporales, quae in iure consistunt, veluti ususfructus et caeterae servitutes.»

## 2. Por deductio

Se podía constituir mediante una *mancipatio*, en la que se enajenaba la propiedad reservándose el *mancipio dans* el usufructo<sup>135</sup>. Cuando desapareció la *mancipatio* y fue sustituida, en la práctica, por la *traditio*, sería ésta la forma de la transmisión con la *deductio* prevista en el negocio que servía de *iusta causa* a la entrega.

### b) Extinción

El usufructo se extinguía por:

#### 1. Muerte, o *capitis deminutio del usufructuario*

Al ser el usufructo un derecho «personalísimo», la muerte del usufructuario, extinguía el usufructo<sup>136</sup>, y también la *capitis deminutio*<sup>137</sup>, aunque en Derecho justiniano tan sólo la máxima y la media<sup>138</sup>. Pero esta regla general se refiere al supuesto normal de que el usufructo haya sido adquirido directamente por el usufructuario y no a través de un hijo o esclavo, pues entonces la muerte de la persona sometida, o la extinción de la potestad sobre ella, por emancipación del hijo, o manumisión o venta del esclavo no extinguen el usufructo, al considerarse que el usufructuario es el padre o dueño<sup>139</sup>.

El usufructo no se transmitía *mortis causa*, pero había algunos supuestos especiales en que este derecho pervivía más allá de la vida del usufructuario.

##### 1.1. *Usufructo legado a un hijo de familia*

Justiniano interpreta que cuando se legó el usufructo a un hijo de familia, y, por tanto, fue adquirido por el padre, la muerte de este último no extinguía el usufructo al interpretarse que el testador lo legó en consideración al hijo<sup>140</sup>.

<sup>135</sup> *Gai.* 2, 33.

<sup>136</sup> *Inst.* 2,4,3; *Ulp.* 18 *ad Sab.* D. 7,4,14.

<sup>137</sup> *Gai.* 3,83.

<sup>138</sup> Justiniano excluyó la *capitis deminutio minima*, *Inst.* 2,4,3 y 3,10,3.

<sup>139</sup> *Ulp.* 17 *ad Sab.* D. 7,4,5,1 para el caso de enajenación del esclavo. Más completo es C. 3,33,17,1 (del 531) que en el pr. recuerda cómo la *quaestio* procede *ex libris Sabinianis*.

<sup>140</sup> C. 3,33,17,2 (del 531).

Antonio Díaz Bautista

## 1.2. *Usufructo en favor de un municipio*

Según dos fragmentos gayanos <sup>141</sup>, muy semejantes, se admitía por un plazo de cien años, como término máximo de la vida. Se discute si esta solución es clásica o los textos están interpolados.

## 1.3. *Co-usufructo*

El usufructo podía constituirse en favor de varias personas vivas simultáneamente. En este sentido el usufructo era indivisible, aunque los frutos sí lo fueran, y subsistía íntegro hasta que moría el último co-usufructuario, de modo que al irse extinguiendo el derecho de cada uno de los co-usufructuarios, los que quedaban veían aumentada su participación en el disfrute, aparte de ser menos para compartir el uso. Es lo que en Digesto 7,2 se califica como *ius adcrecendi*, aproximándolo al régimen de acrecimiento entre co-legatarios. Los juristas desarrollaron una casuística muy compleja <sup>142</sup> sobre este acrecimiento que, al parecer, se daba exclusivamente cuando se legaba el usufructo, pero no cuando constituía mediante *deductio* <sup>143</sup>.

## 2. *Consolidación, o confusión*

Cuando se reunían en una misma persona las cualidades de usufructuario y nudo propietario <sup>144</sup>, lo cual sucedía si el usufructuario adquiría la propiedad, o cedía su derecho de usufructo al propietario <sup>145</sup>. El usufructo extinguido por consolidación podía «resucitar» si la adquisición de la propiedad por el usufructuario se declaraba nula <sup>146</sup>.

## 3. *Desuso*

Cuando el usufructuario dejaba de ejercitar su derecho durante los plazos de la usucapión <sup>147</sup> y más tarde de la *longi temporis praescriptio* <sup>148</sup>. Si el usufructuario cedió el

<sup>141</sup> *Gai. 17 ad Ed. prov. D. 7,1,56*, y *Gai. 3 ad Ed. de legatis D. 33,2,8*.

<sup>142</sup> *Frag. Vat. 75,1-3*.

<sup>143</sup> No se daba este acrecimiento cuando se legaba la nuda propiedad con *deductio* del usufructo a favor de varios coherederos (*Ulp. 17 ad Sab. D. 7,2,1,4. Afr. 5 quaest. D.7,2,2.*), ni cuando se constituía en acto *inter vivos* (*Ulp. 17 ad Sab. D.7,2,3 pr.*).

<sup>144</sup> *Ulp. 17 ad Sab. D. 7,2,3,2; Iul. 35 dig. D. 7,4,17; Paul. 1 ad Ner. D. 7,4, 27; Tryph. 11 disp. D. 23, 3,78,2.*

<sup>145</sup> *Gai. 2,30*.

<sup>146</sup> *Pap. 7 resp. D. 7,1,57 pr.*

<sup>147</sup> *Iul 7 dig. D. 7,6,3; PS. 6,30.*

<sup>148</sup> *C. 3,33.16,1 (del 530).*

aprovechamiento de la cosa a un tercero a título oneroso no dejaba de ejercitar su derecho aunque el detentador dejase de usar y disfrutar, porque se entendía que el usufructuario seguía gozando al percibir el precio <sup>149</sup>, en cambio si cedió a título gratuito y el beneficiario dejó de ejercer sus facultades, se entendía que había desuso y se podía extinguir el usufructo <sup>150</sup>. Un supuesto especial es el del usufructo legado por años alternos que no se puede perder por desuso al no tratarse de un legado sino de muchos <sup>151</sup>. Especialmente sutil es el caso que plantea Paulo <sup>152</sup> de quien, sabiendo que tiene el usufructo, usa pero no disfruta, retiene su derecho, mientras que el usufructuario que cree tener tan solo el uso pierde el usufructo por desuso.

#### 4. Desaparición del objeto

El usufructo se extinguía cuando la cosa usufructuada desaparecía o sufría una transformación física o jurídica que impedía el disfrute, sin que subsistiera el usufructo sobre lo que quedase de la cosa, ni sobre la reconstrucción de la misma <sup>153</sup>. Esta regla prevalece incluso si la modificación la hizo el nudo propietario, aunque será responsable ante el usufructuario por la *actio ex testamento* o la *actio de dolo* <sup>154</sup>. Algún supuesto, recogido por el casuismo jurisprudencial, se refiere a mutaciones en el aprovechamiento realizadas por el testador <sup>155</sup>; y aunque se habla expresamente de «extinción» del usufructo hay que pensar que realmente quiere decir que el usufructo no llegaba a nacer a la muerte del testador que lo ordenó como legado en su testamento. Pero debe tenerse en cuenta que la destrucción del objeto extingue el usufructo cuando se ha constituido el derecho sobre aquella cosa específicamente considerada, no así cuando se constituyó sobre todo el patrimonio, entendido como una *universitas*, porque, entonces la destrucción de alguno de los elementos singulares que la componen

<sup>149</sup> *Ulp. 17 ad Sab. D. 7,1,12,2*, para el esclavo fugitivo *Ibid. 3*; *Marc. 3 inst. D. 7,1,38*; *Gai. 7 ad ed. prov. D.7,1,39*.

<sup>150</sup> *Marc. 3 inst. D. 7,1,40*.

<sup>151</sup> *Paul 13 ad Plaut. D. 7,4,28=D. 33,2,13*.

<sup>152</sup> *Paul. 15 ad Plaut. D. 7,4,20*.

<sup>153</sup> Así la destrucción de un edificio (*Ulp. 17 ad Sab. D. 7,4,5,2*), o de una nave (*Ulp. 17 ad Sab. D. 7,4,10,7*), la transformación sustancial en la forma de aprovechamiento (*Ibid. 4*), la muerte de un animal (*Ibid. 8*; *Gai. 7 ad Ed. Prov. D. 7,4,30*), la reducción extrema de las cabezas de un rebaño (*Pomp. 4 ad Q. Muc. D. 7,4,31*), la desecación de un estanque (*Ulp. 17 ad Sab. D. 7,4,10,3*). En caso de inundación de un predio rústico, el usufructo se extingue (*Ibid. 2*), pero renace si se retiran las aguas (*Pomp. 6 ad Q. Muc. D. 7,4,23*; *Iav. 3 ex post. Lab. D. 7,4,24 pr.*). Si el río desprende parte del predio ribereño, pero la substituye con nuevos aportes, subsiste el usufructo (*Ibid. 2*).

<sup>154</sup> *Ulp. 17 ad Sab. D. 7,4,5,3*.

<sup>155</sup> *Ulp. 17 ad Sab. D. 7,4,12*.

Antonio Díaz Bautista

no extingue el usufructo, que subsiste sobre el conjunto incluso sobre lo que reste de la cosa destruida <sup>156</sup>.

### 5. Transcurso del plazo fijado al constituirlo, o cumplimiento de la condición

Aunque el usufructo era vitalicio, la fijación de un término de duración al constituirlo no producía efectos civiles, pero el Pretor lo respetaba, y también el Derecho imperial <sup>157</sup>. En derecho Justiniano se admite la extinción del usufructo por cumplimiento de la condición impuesta <sup>158</sup>, lo cual, evidentemente, se aproxima a una condición resolutoria, pero, sin duda, se entendería suspensiva del uso y disfrute del nudo propietario.

### 6. Resolución del derecho del constituyente

El usufructo puede también extinguirse cuando, por el cumplimiento de una condición, pierde el constituyente el derecho de usar y disfrutar sobre una cosa después de haber constituido el usufructo sobre la misma <sup>159</sup>.

### 7. Renuncia del usufructuario

El usufructuario podía renunciar voluntariamente en una *in iure cessio* <sup>160</sup>. El nudo propietario demandaba al usufructuario, el demandado, que quería renunciar, no oponía la *exceptio ususfructus*, sino que se allanaba, y el Pretor, mediante una *addictio*, hacía propietario pleno al demandante. Quizás también fuera posible si el nudo propietario ejercitaba contra el usufructuario una *vindicatio ususfructus* reclamándole el uso y el disfrute y el usufructuario se allanaba. Sobre esta posibilidad construyeron los dogmáticos

<sup>156</sup> Así, por ejemplo, sobre el solar de las casas incendiadas, *Iul. 35 dig. D. 7,1,34, 2*, o sobre una cuádriga, *Ulp. 17 ad Sab. D. 7,4,10,8*.

<sup>157</sup> *Frag. Vat. 48 Ad certum tempus et in iure cedi et legari et officio iudicis constitui potest*. Respecto al usufructo dejado a la madre durante el tiempo en que los hijos fueran impúberes *C. 3,33,5 (Alex. 226)*, *C. 3,33,12 pr.* (del 530).

<sup>158</sup> *C. 3,33,12,1* (del 530), respecto al usufructo legado por el tiempo en que una persona permanezca loca o en circunstancias semejantes, aunque se cuida de advertir que si esta persona muriera sin haber recobrado la salud, no se extingue el usufructo, por no haberse cumplido la condición, sino que subsiste durante toda la vida del usufructuario.

<sup>159</sup> *Ulp. 5 disp. D. 7,4,16*.

<sup>160</sup> Según *Gai. 2,30* esta *in iure cessio* a favor del propietario es la única que puede realizar el usufructuario, pues si la hace en favor de un extraño, no produce efecto, «[...] ipse usufructuarius in iure cedendo domino proprietatis ususfructum efficit, ut a se discedat et convertatur in proprietatem; alii vero in iure cedendo nihilo minus ius suum retinet: creditur enim ea cessione nihil agi». A pesar de esta renuncia subsistía su responsabilidad por los deterioros debidos a su negligencia *Pomp. 5 ex Plaut. D. 7,1,65 pr.*

la idea de un «usufructo causal» que sería el derecho a usar y disfrutar que tiene el propietario sobre la cosa propia, así como el poseedor de buena fe y el enfiteuta, frente al «usufructo formal» que tiene el usufructuario sobre una cosa ajena, pero tal distinción es perturbadora.

## II. USO, HABITACIÓN Y OPERAE SERVORUM

Se trata de situaciones análogas al usufructo aunque de contenido más limitado, que solían constituirse por legado <sup>161</sup> para favorecer a ciertas personas a quienes el testador quería proteger, sin darles la propiedad, y ni siquiera el usufructo. No constituían derechos reales en la época clásica, pero Justiniano las consideró derechos reales y las agrupó con el usufructo en la categoría de las «servidumbres personales».

### A) Uso

El llamado *nudus usus* <sup>162</sup>, o *usus sine fructu* <sup>163</sup>, era el derecho vitalicio, personalísimo <sup>164</sup> e indivisible <sup>165</sup> de usar una cosa ajena sin disfrutarla. En principio, este simple uso tan sólo llevaba consigo la facultad de utilizar la cosa y excluir el uso del propietario en cuanto fuera incompatible con el del usuario <sup>166</sup>, o realizar cualquier transformación en el objeto <sup>167</sup>, aunque no el de adoptar medidas de vigilancia y seguridad <sup>168</sup>. Pero,

<sup>161</sup> Al igual que el usufructo también se podían ordenar en fideicomiso. Así *Scaev. 17 dig. D.33,2,33,2* refiere un derecho de habitación dispuesto en fideicomiso ordenado en codicilo.

<sup>162</sup> *Inst. 2,5 pr. Part. 3,311,20*: «[...] La segunda manera es quando un ome otorga tan solamente en su casa, o en su heredad, o en otras sus cosas el uso. E tal otorgamiento como este, non se puede aprovechar del tan lleneramente quel a quien es fecho como del usufruto. Porque este que ha el uso tan solamente non puede esquilmar la cosa sino en lo que oviere menester ende para su despensa assi como si le otorgan uso en alguna huerta, que deve tomar de la fruta o de la ortaliza lo que oviere menester para comer el e su compañía, mas non para dar ende a otri, nin para vender. E esso mismo dezimos, que sería si un ome otorgasse a otro uso en su prado, o en su viña, o en otra su cosa. Otrosi dezimos que non puede ome enagenar, nin empear la cosa en que ha el uso.»

<sup>163</sup> *Gai. 7 ad Ed. prov. D.7,8,1; Ulp. 17 ad Sab. D.7,8,2.*

<sup>164</sup> *Gai. 2 rer. quot. D. 7,8,11; Ulp. 17 ad Sab. D.7,8,12,6; Ulp. 17 ad Sab. D.7,8,14 pr.*

<sup>165</sup> *Paul 3 ad Vit. D.7,8,19*: «*Usus pars legari non potest. nam frui quidem pro parte possumus, uti pro parte non possumus.*»

<sup>166</sup> El usuario de un fundo puede habitar en él, impidiéndole la entrada al propietario, pero como debe consentir el disfrute, no puede negar la entrada al colono ni a sus esclavos cultivadores, según una opinión de Labeón referida por *Ulp. 17 ad Sab. D.7,8,10,4; Gai. 2 rer. quot. D.7,8,11; Paul. 3 ad Sab. D.7,8,15,1*. El usuario de una vivienda puede impedir el uso del propietario incluso de la parte de vivienda que él no necesite *Pomp. 5 ad Q. Muc. D.7,8,22,1*. El usuario de bestias de labranza puede utilizarlas en este menester, *Ulp. 17 ad Sab. D.7,8,12,3*.

<sup>167</sup> Ni aun para mejorar la cosa, se entiende que sin consentimiento del usuario *Paul. 1 ad Ner. D.7,1,23*.

<sup>168</sup> *Pomp. 5 ad Sab. D.7,8,16,1*, tanto para el usufructo como para el simple uso.

Antonio Díaz Bautista

ante la dificultad de separar uso y disfrute en las cosas fungibles, se interpretó que, cuando se concediera el uso de éstas la situación del usuario se equiparaba a la del cuasi-usufructuario<sup>169</sup>. También se interpretó excepcionalmente que la concesión del simple uso llevaba aparejado el disfrute en caso de que fuera ésta la única utilidad apreciable que se pudiera obtener de la cosa<sup>170</sup>. Cuando se trataba del uso de un esclavo, se entendía que no podía percibirse el rendimiento de su trabajo, dándolo en arrendamiento, porque esto se consideraba fruto, pero, en cambio las adquisiciones que el esclavo realizara por sí o negociando con bienes del usuario, o los créditos que adquiriese como estipulante eran del usuario<sup>171</sup>. Y de modo general consideró la Jurisprudencia que, si bien no podía percibir los frutos, podía el usuario tomar los frutos necesarios para el sustento propio y de su familia, e incluso de sus invitados, pero no venderlos<sup>172</sup>.

El usuario debía usar la cosa personalmente, pero en el caso de una vivienda podía hacerlo en compañía de otras personas<sup>173</sup>, incluso percibiendo una retribución, pero siempre que él también usara<sup>174</sup>. No podía en cambio transmitir su derecho ni siquiera dar en arrendamiento todo el uso<sup>175</sup>. Lo mismo sucedía cuando se concedía el uso de un esclavo<sup>176</sup>. Si el propietario no obtenía ninguna utilidad de la cosa, debía el usuario soportar las reparaciones de la misma<sup>177</sup>. A imitación del usufructo, también se podía exigir al usuario una caución para garantizar el buen uso de la cosa<sup>178</sup>.

Aunque la forma normal de constituirlo era el legado, se entendió que bastaba un simple pacto, con lo que las servidumbres que se pretendían constituir con defecto de forma eran meros usos vitalicios y no pasaban a los herederos<sup>179</sup>.

<sup>169</sup> *Ulp. 18 ad Sab. D.7,5,5,2* siguiendo a Juliano y a Pomponio; *Ulp. 79 ad Ed. D.7,5,10,1*.

<sup>170</sup> Así, el usuario de un bosque podía hacer las talas, según un rescripto de Adriano recogido por *Pomp. 5 ad Q. Muc. D. 7,8,22*. Si el usuario de caballerías fuese auriga profesional y el testador lo sabía, se entiende autorizado a utilizar los animales para las carreras en el Circo, *Ulp. 17 ad Sab. D. 7,8,12,4*.

<sup>171</sup> *Ulp. ad Sab. D. 7,8,14 pr.*; *Pomp. 5 ad Sab. D.7,8,16,2*; *Marcell. 13 dig. D. 7,8,20*.

<sup>172</sup> *Ulp. 17 ad Sab. D. 7,8,12*, con amplio desarrollo casuístico. Part. 3,31,21: «Otro si dezimos que si un ome otorgasse a otro uso en sus ganados por sus heredades, porque se engruesse la tierra del estiercol que sale dellos para dar mejor fruto, e puede tomar de la leche, e del queso, e de la la lana, e de los cabritos lo que oviere menester para despensa de si, e de su compañía: mas non puede tomar ende para dar, nin para vender a otri ninguna cosa.»

<sup>173</sup> Lo enuncia para el uso de cualquier cosa *Paul. 3 ad Sab. D. 7,8,9*.

<sup>174</sup> *Ulp. 17 ad Sab. D. 7,8,2,1*, recogiendo las opiniones de Celso, Tuberón y Labeón; *Paul. 3 ad Vit. D.7,8,3*; *Ulp. 17 ad Sab. D.7,8,4*, siguiendo a Próculo y a Q. Mucio; *Paul. 3 ad Sab. D.7,8,5*; *Ulp. 17 ad Sab. D.7,8,6*, siguiendo a Aristón; *Pomp. 5 ad Sab. D. 7,8,7*.

<sup>175</sup> *Ulp. 17 ad Sab. D. 7,8,8 pr.*

<sup>176</sup> *Ulp. 17 ad Sab. D. 7,8,12,5-6*.

<sup>177</sup> *Paul. 9 ad Plaut. D. 7,8,18*, para el usuario de una vivienda.

<sup>178</sup> En términos generales *Ulp. 79 ad Ed. D. 7,9,5,1*; *Pap. 7 resp. D. 7,9,11* respecto al uso de una casa, o a la imposición por el testador de que los herederos habitasen conjuntamente con la esposa legataria de uso. Part. 3,31,20: «E aún dezimos, que deve dar buenos fiadores, que usara de la cosa a buena fe, assi como buen ome non faziendo daño en ella, porque se empeorasse, e se perdiessse, por su culpa.»

<sup>179</sup> *Paul. 3 resp. D.8,3,37*, donde transcribe un documento en griego en el que se dona un derecho de agua, y continúa en latín diciendo: «[...] quaero, an ex hac scriptura usus aquae etiam ad heredes Gaii Seii

## B) Habitación

Era el derecho vitalicio<sup>180</sup> a habitar una vivienda ajena. Las similitudes entre la *habitatio* y el *usus* son evidentes<sup>181</sup>, y, de hecho, muchos textos del Digesto relativos al *usus*, están contemplando casos en que se lega el uso de una vivienda<sup>182</sup>. Sin embargo, en Derecho justiniano se configura como una modalidad autónoma que no es usufructo ni simple uso<sup>183</sup> y aunque era un derecho personalísimo, dispuso Justiniano que el habitacionista podía ceder la vivienda mediante una renta<sup>184</sup>, lo cual constituye la nota distintiva respecto al uso. El habitacionista estaba protegido con el interdicto *unde vi utilis*<sup>185</sup>. Las fuentes informan de que el derecho de habitación podía ser constituido *inter vivos* como donación, y podía ser revocado por los herederos del concedente<sup>186</sup>. El derecho de habitación se consideraba asimilado al de alimentos<sup>187</sup> y, al igual que éste, no se podía transigir sobre él sin intervención del Pretor<sup>188</sup>, y probablemente por esta razón, no se extinguía por desuso ni por *capitis deminutio* del beneficiario<sup>189</sup>.

---

pertineat. Paulus respondit usum aquae personalem ad heredem Seii quasi usuarii transmitti non oportere.»

<sup>180</sup> No pasa a los herederos del habitacionista *Ulp. 17 ad Sab. D.7,8,10 pr.* Es curiosa la disputa, que nos refiere el mismo fragmento, parág. 3, de los antiguos sobre si este derecho era vitalicio o limitado a un año, de donde deduce D'ORS (*DPR*, parág. 198) que el origen de la *habitatio* pudo estar en una remisión de la renta anual hecha al arrendatario.

<sup>181</sup> *Ulp. 17 ad Sab. D.7,8,10 pr.* dice que son «casi» lo mismo, y que así lo consideró *Pap. 18 quaest.*

<sup>182</sup> *Ulp. 17 ad Sab. D.7,8,10,4; Gai. 2 rer. quot. D.7,8,11; Ulp. 17 ad Sab. D.7,8,12,1; Pomp. 5 ad Q.Muc. D.7,8,22,1; Ulp. 17 ad Sab. D. 7,8,2,1; Paul. 3 ad Vit. D.7,8,3; Ulp. 17 ad Sab. D.7,8,4; Paul. 3 ad Sab. D.7,8,5; Ulp. 17 ad Sab. D.7,8,6; Pomp. 5 ad Sab. D. 7,8,7; Ulp. 17 ad Sab. D. 7,8,8 pr.; Paul. 9 ad Plaut. D. 7,8,18.*

<sup>183</sup> *Inst. 2,5,5.* No obstante en *Part. 3,31,21* se vuelve a englobar la habitación con el simple uso: «Uso tan solamente aviendo algund ome en casa agena bien puede y morar el, e su muger, e sus fijos, e su compañía, e puede y aun recibir huespedes si quisiere.»

<sup>184</sup> *CI.3,33,13,1* (del 530). Según *Inst. 2,5,5* se siguió, en este punto una opinión de Marcelo.

<sup>185</sup> *Pap. 29 quaest. D.39,5,27:* «[...] ad exemplum interdicti, quod fructuario proponitur, defendendus erit quasi loco possessionis constitutus, qui usum cenaculi accepit.» Se sospecha que la referencia a la *possessio* esté itp.

<sup>186</sup> *Sacaev. 5 resp. D.39,5,32.* En cambio, en *Pap. 29 quaest. D.39,5,27*, no se admite la revocación por el heredero si la donación fue remuneratoria.

<sup>187</sup> *Iav. 2 ex Cass. D.34,1,6; Paul. 4 ad Ner. D.34,1,23.*

<sup>188</sup> Según una *oratio* de Marco Aurelio al Senado referida por *Ulp. 5 de omn. trib. D.2,15,8 pr.-1.*

<sup>189</sup> *Ulp. 17 ad Sab. D.7,8,10 pr. Mod. 8 diff. D.4,5,10* lo justifica diciendo que «talc legatum in facto potius, quam in iure consistit».

Antonio Díaz Bautista

### C) *Operae servorum* <sup>190</sup>

Era el derecho vitalicio a recibir los servicios de esclavos ajenos <sup>191</sup>. Su contenido es muy próximo al de simple uso <sup>192</sup>. Al consistir en una prestación de hacer es indivisible <sup>193</sup>. Al igual que en el usufructo y en la habitación, el beneficiario debe prestar caución <sup>194</sup>. En principio las *operae servorum* parecen diferenciarse del usufructo en que el legatario beneficiado con ellas no percibe frutos, pero al admitirse la posibilidad de que éste diera en arrendamiento los servicios del esclavo percibiendo las rentas <sup>195</sup>, que son frutos civiles, su contenido se aproximó mucho al del usufructo de un esclavo, sin que podamos precisar si esta posibilidad de cesión onerosa de las *operae* es originaria o una innovación de la jurisprudencia tardía. La única diferencia importante entre las *operae servorum* y el usufructo o el uso, es la cuestión, debatida y discutible, de su extinción a la luz de un pasaje de Papiniano <sup>196</sup> según el cual no se extinguen por desuso, ni por *capitis deminutio* ni por muerte del beneficiario, pasando a su heredero, lo que hace suponer que la duración de los servicios se extendería durante toda la vida del esclavo, o mientras no fuese usucapido por otro, como afirma el mismo texto.

<sup>190</sup> D.7,7.

<sup>191</sup> En Part. 3,31,21 se asimilan las *operae servorum*, con la cesión del trabajo de bestias de labor.

<sup>192</sup> *Terent. 18 ad leg. Iul. et Pap.* D. 7,7,5, invocando la autoridad de Juliano, no dice que sean iguales el *usus* y las *operae servorum*, sino que, habiéndose legado éstas, se entiende también comprendido el uso, cosa, por lo demás, evidente. *Paul. ad leg. Falc.* D.35,2,1,9 opina, incidentalmente que no es uso ni usufructo: «[...] sed operis servi legatis cum neque usus neque usus fructus in eo legato esse videtur [...]». Varios textos hablan de *usus* respecto a esclavos: *Ulp. 17 ad Sab.* D. 7,8,12,5-6; *Ulp. ad Sab.* D. 7,8,14 pr.; *Pomp. 5 ad Sab.* D.7,8,16,2; *Marcell. 13 dig.* D. 7,8,20.

<sup>193</sup> Así a efectos de detracción de la cuarta Falcidia afirma *Paul. ad leg. Falc.* D.35,2,1,9: «[...] nec pars operae intellegi potest.»

<sup>194</sup> *Paul. 79 ad Ed.* D.7,9,6.

<sup>195</sup> *Gai. 7 ad Ed. prov.* D.7,7,3; *Pap. 17 quaest.* D.33,2,2.

<sup>196</sup> *Pap. 17 quaest.* D.33,2,2.