

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

(1) « *Censuimus, ut omnes servitutes non utendo amittantur, non biento, quia tantummodo soli rebus annexæ sunt, sed decennio contra presentes, vel viginti spatii annorum contra absentes.* » (Cod. 3. 34. 13.)

(2) Cod. 7. 39. 3.

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

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

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

TITULUS IV.

DE USUFRUCTU.

TÍTULO IV.

DEL USUFRUCTO (3).

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

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

(2) D. 8. 6. 11. § 1. f. Marcel.

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

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

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

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

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

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

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

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

(2) Dig. lib. 7, tit. 1 y sig.—Gay. 2. §§ 30 y sig.—Ulp. Reg. 24, §§ 26 y 27.—Paul. Sent. 3, 6. §§ 17 y sig.—Vaticana J. R. Frag. tit. 2. *De usu et fructu*. Themis, t. 5; y BLONDEAU, *Jus antejustinianum*, p. 336, § 41 y sig.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(4) D. 7. 1. 9. § 4. f. Ulp.

(5) D. 24. 3. 7. § 12. f. Ulp.

(6) Inst. 2. 9. § 4.

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

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

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

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

(1) D. 7. 1. 12 § 2. f. Ulp.

(2) Inst. 2. 1. § 26.

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

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

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

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

(7) Inst. 2. 1. 38.

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

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

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

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

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

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

(2) D. 7. 1. 15. § 1 y sig.

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

(4) D. 7. 1. 7. § 2. f. Ulp.

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

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

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

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

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

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

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

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

(3) Inst. 2. 20. § 2.

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

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

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

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

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

(3) D. 7. 1. 6. § 1. f. Gay.

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

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

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

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

(1) Inst. 2. 9. §§ 1 y 2.

(2) D. 41. 3. 41. § 5. f. Pap.

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