

## Las construcciones del usufructuario en el fundo que goza

El artículo 487 de nuestro Código civil, de contenido incierto, aparece sin una explicación razonable de su existencia, en contradicción con el artículo 1.368 del mismo Código, con olvido de la dinámica del usufructo y sin enlace con la verdadera técnica de la accesión a la propiedad. De sus similares, 599 francés y 495 italiano, pese a sus diferencias de expresión literal, puede decirse otro tanto.

Oigamos a Gary, el orador del Tribunal: «La equidad, parece por de pronto oponerse a que el propietario aproveche a costa del usufructuario de la mejora evidente de su cosa; pero cuando se considera que el usufructuario mismo ha recogido el fruto, que esta mejora no es, de otra parte, a los ojos de la Ley, que el resultado natural de un goce *eclairée* y de una administración prudente y vigilante; cuando se piensa, en fin, en los litigios infinitos que lleva en su nacimiento la disposición que es sometida, no se puede rehusar su asentimiento.» Si, pues, debido a su desagrado o utilidad es que el usufructuario hace lo que un buen padre de familia habría hecho en su lugar, sobre ello no puede ampararse una obligación de indemnizar por parte del propietario, es que no hay aquí más que la presunción romana *donasse videtur*. Pothier y Domat reproducen la doctrina romana sobre gastos hechos por el poseedor de mala fe y se presume lo que está en evidente oposición con la intención del poseedor; esto es: que el usufructuario quiera beneficiar, gratificar al propietario.

Siguieron al Derecho Romano y a Pothier, entre otros, Tullier, Proud'hon, Bonnier et Roustain; para todos ellos el derecho de accesión hacía propietario al nudo propietario y no había derecho a indemnización.

Hoy Baudry-Lacantinerie (1) aun refuerza a los partidarios del «donasse videtur», el principio estaba justificado—afirma—por el Derecho Romano, en que el poseedor de mala fe no podía usucapir nunca, pero hoy no ocurre esto, y, por tanto, esa presunción sería infundada; en cambio, la justifica en el usufructuario, su posesión no es «animo domini», su título implica reconocimiento del derecho del propietario y da por cierto el que se presume que sus construcciones las hace para gozarlas durante el usufructo, para abandonarlas más tarde al propietario.

Pero la mayoría de los autores no siguen esta dirección: Planiol afirma (2) que si antes era lógica la solución de la máxima, hoy la autoridad del Derecho Romano debe ser descartada y pide equiparar al usufructuario con el poseedor de mala fe, al cual ya no se le niega la indemnización por el propietario.

Marcadé califica de falso e inicu el principio de una pretendida donación que no está ciertamente en el pensamiento del constructor; Demolombe lo califica como «una suposición evidentemente falsa y contraria, tanto a la verdad, como a la equidad»; Laurent, en igual sentido; Dumoulin, decía más moderadamente: «Imo constat de contrario quod non vult donare, sed potius alienum usurpare.»

Y es que el «donasse videtur» no estaba en el texto y sólo fué obra de los intérpretes. Aquél sólo habla de la punición merecida por la culpa de haber construido sobre el suelo que el constructor sabía no le pertenecía. «Si quis in alieno solo sua materia aedificaverit, illius sit aedificium cuius et solum est: et si scit alienum solum esse, sua voluntate a misisse proprietatem materiae intelligitur... et culpa ei objici potest, quod temere aedificaverit in eo solo quod intelligeret alienum» (3). Si hubiese tenido derecho a retirar los materiales no se hubiera podido imaginar el «donasse»; pero no; esa Ley decía: «Si quid (fructua-

(1) *Précis de Droit civil*, tomo I, pág. 787.

(2) *Traité élémentaire de Droit civil*, tomo I, pág. 896 (cuarta edición).

(3) L. 15, *D. de usuf.*

rios) *inaedificaverit, postea cum neque tolere hoc neque refigere posse*»; pero añadía que si se arruinaba o demolía lo edificado, pudiera el usufructuario reivindicar los materiales «*refixa autem posse vindicare*».

Vinnio (1) afirmaba debía entenderse la renuncia a la propiedad de los materiales como una simple presunción «*juris tantum*», susceptible de ser combatida por una situación de hecho en contrario: «*Caeterum si qua probabilis conjectura sit, ob quam videri possit licet sciens, non tamen animo donandi aedificasse, dissoluto aedificio, materiam vindicare non prohibetur.*» (L. 2, *Cod. de rei vindicatione*.)

El «*jus tollendi*» que le otorga el artículo 487 de nuestro Código civil, desvanece totalmente la discutida presunción, y en este derecho, que por algunos se ha calificado de bárbaro, van incluidas las posibilidades máximas a que puede pretender el usufructuario, según nuestro Código civil. Se dice no se debe dejar depender del usufructuario el imponer al nudo propietario el saldar gastos que no hubiere querido hacer, y que tal vez se halle imposibilitado de pagar; una mejora no se impone jamás y, sin ella, el usufructuario hubiera podido gozar de la cosa.

Veremos que es algo gratuito afirmar así, pero además estos peligros no los ha querido ver el legislador en otros preceptos de nuestro Código, como en el artículo 1.368, citado antes en el 1.391, y en otros, como el 1.518 y el 1.652, en los que se impone el indemnizar mejoras que puedan agravar la posición de la parte a quien se restituye la dote inestimada o los parafernales, así como la del retrayente o censualista respectivamente.

Es necesario examinar si al usufructuario le es lícito mejorar y aun construir nuevas edificaciones en compatible armonía con las obligaciones que el contenido del usufructo le imponen; si podemos pensar en aquella punición, bien merecida, por no haber derecho que le competa para ello, y que fuera una inmoderada extensión de su facultad de goce de la cosa.

El usufructuario tiene el derecho de gozar como goza el propietario (2), para lo cual debe ser puesto con los bienes del usu-

(1) Comentando el párrafo 30 de las Instituciones en el título «*de rerum divisione et adquirendo ipsarum dominio*».

(2) *Dell Usufrutt*, vol. II. Giacomo Venezian, págs. 94 y siguientes.

fructo en una relación que le asegure la posibilidad de ejercitar sobre ellas las propias actividades; el derecho a la posesión forma un elemento esencial del usufructo; en los límites que le son fijados por la necesidad de asegurar la integridad del derecho de propiedad, el derecho del usufructo no es menos independiente ni menos absoluto que el derecho de propiedad; a las mejoras y construcciones no obsta el canon «salva rerum substantia».

No es verdad, como sostiene Proudhón, que esta obligación impuesta al usufructuario, lleva necesariamente a la extinción del usufructuario cuando la sustancia de la cosa ha cambiado.

De la violación de aquella obligación, él es personalmente responsable; se puede, a la arbitraria mutación de la sustancia, comunicar como sanción última con la pérdida del usufructo, sin que a la persistencia del objeto en las condiciones ordinarias se deba entender subordinada la persistencia del derecho. Ni el Derecho Romano mantenía una correlación constante entre el límite impuesto al goce del usufructuario y el límite puesto a la persistencia del usufructo, y la prohibición de las modificaciones realizadas por el usufructuario no habrían tenido por efecto la extinción de su derecho.

En las *Pandectas*, de Glück (1), hay la afirmación de Galiani, que sostiene que Paulo, con las palabras, «salva rerum substantia», habiase referido a la «cualidad» de la cosa que puede ser objeto del usufructo, cuyo concepto, para evitar todo equívoco, expresa así: «es aquella servidumbre personal, en fuerza de la cual se puede usar y gozar de la cosa de otro *en todos los modos posibles*, conforme a su naturaleza, pero de tal manera, que a la terminación del usufructo se pueda restituir la cosa natura, no importando que con el uso ordinario se haya deteriorado». Mucius Scaévola, en su comentario al artículo 487 del Código civil, cree igualmente que la forma o sustancia no se altera con edificar o construir (pero hace la salvedad de que siempre que antes no estuviera dedicado el solar a algún otro objeto determinado), pues que retirando el usufructuario los materiales de lo construído vuelve el terreno a su primitivo estado y se devuelve

(1) *Pandectas*, tomo VII, pág. 30.

la cosa, «in pristinum», al propietario, que podrá destinar al mismo objeto la misma tierra o piedras que ocupaban los cimientos.

No es dudable que si, pues, una construcción es necesaria para que el usufructuario pueda gozar de la cosa, es evidente que tendrá el derecho de hacerlo; pero hay más: aunque esa necesidad no se diera, habrían de considerarse otros criterios.

Demolombe, en tal caso de innecesidad, da al propietario el derecho de oponerse a la construcción, y al hacerlo así decide arbitrariamente en favor del nudo propietario el problema, pues que sería el llamado a calificar de necesaria o no la nueva construcción.

Ello es poner en plano primero y exclusivo, los derechos del nudo propietario: es que el usufructuario tiene que gozar, como el propietario, lo que está en el espíritu de nuestro Código, ya que no en la letra, como textualmente lo dice el artículo 578 del Código civil francés. A la construcción requerida para su goce nada puede oponer el propietario, puesto que él no tiene este goce; lo más que pudiera exigir es la restitución en natura; no hay abuso, pues construir no es abusar de la cosa, y no cabría ni siquiera la sanción del artículo 520 del Código civil.

No olvidemos que el usufructo es un derecho real sobre la cosa y el derecho de goce del usufructuario debe tener una entera latitud en su modo de gozar. ¿Por qué—pregunta Laurent (1)—querer que sus gustos, su manera de vivir, se identifiquen con los del nudo propietario?; es pedir un imposible y es menospreciar el derecho propio, individual e independiente del usufructuario.

Nadie duda que el usufructuario podrá construir, por ejemplo, una casa-cobertizo cuando ello sea necesario para el cultivo del fundo; no hay colisión de intereses ni lesión de ningún derecho, por mientras vive y subsiste el usufructo, y es al expirar éste cuando surgen las cuestiones de la accesión a la propiedad de lo construído como incidencia y secuela de la obligación de restituir la cosa.

Puestos en vista de un usufructo extinto, el artículo 487 del Código civil niega el derecho a indemnización al usufructuario

(1) *Principis de Droit civil français*, tomo VI, págs. 604 y siguientes.

por las mejoras útiles y de recreo que puede realizar, y sólo le permite retirarlas, si fuere posible hacerlo, sin detrimento de los bienes: ¿«quid» de las construcciones nuevas?

El término mejoras no es un término técnico que tenga una significación legal concreta, y su elasticidad pone a prueba todas las opiniones.

Mejora es, en sentido lato—dice Ricci—, toda innovación introducida en el predio que haya aumentado su valor, pero luego restringe su amplitud de concepto negando que lo sean las innovaciones que traspasen los límites del derecho de goce del usufructuario; las construcciones no son mejoras para él, y nosotros hemos visto que con edificar no se quebranta ningún derecho del nudo propietario. Colin y Capitant (1) dudan de la dificultad de separar las mejoras de las construcciones y establecen así la distinción; las mejoras—dicen—son *thedhas*, en general, a costa de los productos, pero una edificación nueva es un capital, criterio elaborado en vista de la mayor injusticia que por lo común tiene el precepto legal para las construcciones, pero que en definitiva nada resuelve, pues que es la voluntad del usufructuario la que puede hacer que la nueva construcción se haga o no a expensas de esos productos.

No se ha seguido un criterio objetivo, sino que se ha discurrido sobre la base de la solución preconstituída por la ley y se ha dicho; por qué podrá o no el usufructuario ejercitar esta o aquella facultad; se escinden y separan las construcciones de las mejoras de que el texto legal nos habla; a buen seguro que si se hubiera equiparado en este punto al usufructuario con el poseedor de mala fe, cuando menos, como ha hecho la Jurisprudencia belga y piden los autores franceses en su mayoría, la discusión estaría acabada, aunque dudáramos de que la solución fuere certera.

Por esta manera de discurrir, nuestros comentaristas de la ley Hipotecaria se dividen al tratar de si la hipoteca se extiende o no a las nuevas construcciones que realizare el deudor. Aragonés cree, agotando su dialéctica, que entre las mejoras del artículo 111 de la ley Hipotecaria se incluyen las nuevas construcciones; Escosura, Díaz Moreno y Morell opinan en contrario, a pesar de

(1) *Curso elemental de Derecho civil*. Trad. de De Buen, tomo II, volumen segundo, pág. 874.

que este último autor (1) estima que el término «mejoras» de dicho artículo debe tomarse en un sentido amplísimo, comprendiéndolas todas: «necesarias, útiles y de puro lujo o recreo». Pero no nos da la razón precisa de por qué incluye las plantaciones y elevación de edificios entre las útiles y excluye las nuevas construcciones, ya que el mismo autor se extraña de la falta de lógica del pensar de Galindo y Escosura, que consideraban natural la extensión de la hipoteca a edificios construídos de nuevo y juzgaban injusta esa extensión al nuevo piso elevado sobre los existentes, aparte que de nuestra cuenta, y para el caso propuesto, habríamos de descartar del concepto amplísimo de mejoras las necesarias, y que son las reparaciones mayores o extraordinarias, indispensables al usufructuario para el ejercicio de su derecho, como las obras de reparación o seguridad, las que tienen una regulación expresa en los artículos 501 y 502 del Código civil. Mas veamos que todo el barajar de opiniones de los comentaristas citados se hace sin enfrentar el problema y negar resueltamente que las construcciones sean mejoras, sino especulando subjetivamente sobre la justicia del supuesto, a base de presunciones de voluntad, por lo que de nada pueden servirnos (2).

Se ha querido hacer una distinción previa entre mejoras intrínsecas y extrínsecas; Delvincourt la inicia en pos de ese análisis cuantitativo del vocablo «mejoras».

Intrínseca es la mejora que se identifica y se confunde con el inmueble, aumentando su valor, acreciendo la producción a su comodidad, pero sin cambiar su naturaleza propia y constitutiva y sin crear cosa distinta, cuya existencia sea claramente reconocible; las demás son mejoras extrínsecas, como las plantaciones, construcciones u otra obra realizada.

(1) Comentarios a la Legislación hipotecaria. Tomo III, págs. 699 y siguientes.

(2) En Francia, por contra, una semejante cuestión sobre el artículo 2.133, según el que la hipoteca «se extiende a todas las mejoras realizadas en el inmueble hipotecado», ha hecho que la Jurisprudencia (aparte apoyarse en la dificultad práctica de distinguir donde acaba la mejora y empieza la construcción y la invocación que se hizo de la tradición de los jurisconsultos romanos y del antiguo Derecho francés), siguiendo la interpretación general dada a esta frase, ha aplicado a las nuevas construcciones el precepto del artículo 599, equivalente a nuestro 487 del Código civil.

Se hace aplicación del anterior distinguo y las direcciones se multiplican. Delvincourt, Marcadé, Demolombe, Demante et Calmet de Santerre (1) y Pacifici-Mazzoni (2) opinan que el precepto legal referente al usufructo se refiere únicamente a las mejoras intrínsecas y aplican para las construcciones y plantaciones las reglas del poseedor de mala fe.

Otros, como Toullier, Proudhón (3) y Borsari (4), que es quien desenvuelve ampliamente la teoría, comprenden las plantaciones y construcciones dentro del término mejoras a que se refiere la ley al tratar del usufructuario y niegan a éste el derecho a indemnización.

Opinión intermedia es la de Duranton y Aubry et Rau (5), quienes distinguían las plantaciones de las construcciones u obras hechas por el usufructuario; las plantaciones eran simples mejoras a las que aplicaban el artículo 599 del Código francés, equivalente a nuestro 487; las construcciones u obras no las incluían, porque éstas crean una cosa distinta del fondo sobre el cual son levantadas.

Laurent, por último, rechaza a unos y a otros y declara que en ausencia de un texto de derecho positivo, habrá que recurrir a los principios generales del derecho.

Hay falta de precisión en estas distinciones, cuyos miembros no se excluyen recíprocamente, y a cuyos resultados llegan los autores por consideraciones bien distintas. Así Aubry et Rau sienta que el precepto legal que niega derecho a la indemnización al usufructuario es una excepción al principio fundamental «*Jure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento, et iniuria fieri locupletiozem*», y es claro que al ser excepción debe interpretarse restrictivamente para comprender sólo las mejoras en el sentido estricto de la palabra. Pacifici-Mazzoni (6) se basa en el criterio de lo principal y lo accesorio al decir que el artículo 495 italiano (equivalente a nuestro 487) no comprende más que

(1) *Cours analyt de Code civil*, tomo II, número 439 bis.

(2) *Comm.*, artículo 495, número 478.

(3) *Tr. Des droits de usufruits*, tomo II, números 1.437, 1.443.

(4) *Comm.*, artículo 495; volumen segundo, 985, páginas 350-361.

(5) *Cours de Droit civil français*, tomo II, 204, números 23 y 24.

(6) *Comm.*, artículo 450, número 187.



aquellas cosas que se unen a otra para su uso, ornamentación o complemento, pero este principio es tan débil que no nos sirve ni para construir una pura teoría de la accesión en general.

Para nosotros la distinción se marca como sigue: mejora es toda innovación en la cosa que aumentando su normal valor deviene en parte constitutiva de la cosa, haciendo que el todo aparezca como «un unitum», sobre el cual la accesión daría todo su juego de no existir el precepto especial del artículo 487 del Código civil (1); las construcciones son transformaciones de la cosa que aumentando su valor devienen a ésta en cuerpo «ex cohaerentibus», y para las cuales el texto legal citado no ha sido escrito (2).

Los orígenes y los precedentes también abonan esta separación.

El Digesto (3) expresa que el usufructuario puede no sólo hacer las reparaciones necesarias en las cosas que disfruta, sino también las voluntarias y hasta de recreo, como colocar espejos, mármoles, colores, pinturas, etc. Y añadía que si el usufructuario hiciera tales reparaciones sin contar con el propietario se entenderían hechas de cuenta de aquél y no podría a su arbitrio destruirlas o retirarlas, a no ser que conservaren su valor separadas de la cosa usufructuada; y esa restricción del «jus tollendi», que nuestro Código civil otorga, al parecer, «in genere», al usufructuario, la concreta también el Código civil francés en su artículo 599 a los espejos, cuadros y otros ornamentos que hubiere hecho colocar, y el Código italiano, si no enumera en la forma precedente, en su artículo 495, el término «adiciones», que tomado del proyecto de Código Albertino fué incluido en el mismo, ha sido interpretado también por la doctrina como excluyente de las construcciones nuevas.

¿Qué reglas aplicar a las construcciones del usufructuario?  
¿Habrá que tratarle como al poseedor de mala fe?

En los términos de nuestro artículo 433 del Código civil, es

(1) Con ello negamos sean mejoras las llamadas necesarias, puesto que no aumentan el valor normal ni dan a la cosa otra superior calidad que la que pura y simplemente le corresponde.

(2) Ver las notas de Pietro Bonfante al libro III de las *Pandectas*, de Windscheid (1926), páginas 81 y siguientes, sobre el concepto de parte constitutiva y de cosa simple y compuesta y su relación con la disciplina jurídica de la accesión.

(3) D. L., 7 y 13, párrafos 3.º y 7.º, tít. I, lib. VII.

poseedor de mala fe el que posee en virtud de un título translativo de propiedad del que conoce los vicios, y ninguno de estos extremos pueden aplicarse a los usufructuarios; su título no es de adquirir o translativo, y su condición no es inferior a la del enfiteuta; son poseedores en nombre propio de su derecho real, desmembramiento de la propiedad, y sin que a su título posesorio le afecte vicio alguno; el usufructuario tiene el derecho de gozar, en tanto que el poseedor de mala fe no tiene ningún derecho; el usufructuario tiene el derecho de construir para su utilidad o su agrado, derecho de que carece el poseedor de mala fe.

Pero si ello es cierto, de otro lado no es ni siquiera un poseedor de buena fe, puesto que carece del título o modo de adquirir que le solicita la ley; ¿qué es, pues, el usufructuario? Si carece de título hábil para adquirir, tampoco podemos decir que sea un tercero extraño por completo y sin vínculo de interés que le ligue a la cosa usufructuada y al nudo propietario; esto es: que el usufructuario, al realizar sus construcciones, lo haya hecho sin tener con el propietario del fundo ninguna relación de obligación personal dependiente de contrato o cuasicontrato (1).

Y aquí llegamos a la conjunción de dos mundos que con todo temor enlazamos: decir que el usufructuario obró como un «negotiorum gestor» puede dar la solución del problema.

Al hacerlo así no aplicamos analógicamente para las construcciones el «jus tollendi» que para las mejoras concede el artículo 487 del Código civil; primero, porque no son tales mejoras, y segundo, porque creemos que este derecho debe restringirse todo lo posible, sea quien fuere el que por ley lo pueda ejercitar, como lo ha hecho el Código civil suizo en su artículo 671, limitándolo a las construcciones hechas «contra» la voluntad del propietario, que en ese precepto es el que puede pedirlo.

Por otra parte, ello nos permite indemnizar al usufructuario con la amplitud y garantías que en el caso del artículo 1.892 del Código civil se ofrecen o, cuando menos, no ratificando su gestión el nudo propietario, en los términos en que obliga a éste el artículo 1.893 del mismo Código.

La concepción no es nueva: Borrell, en su hoy indispensable

(1) Baudry et Chauveau. *Traité théorique et pratique de Droit civil*, tomo V, pág. 366.

*Dret Civil vigent a Catalunya* (1), al tratar de las aplicaciones del usage «Siquis in alieno», en materia de accesión, cita por nota la Resolución de 14 Noviembre 1888, que aplicó el citado usage a la edificación hecha por la viuda en terreno dejado con cláusula de confianza, así como la sentencia de 8 de Julio de 1897, respecto al que de buena fe edifica en suelo del que es condómino, y pide la comparación de estos supuestos, el primero, no muy distante del que nos ocupa, con la gestión de negocios. Garrigues (2) aplica también la noción de la «Negotiorum gestio» al arrendatario que mejora las fincas del propietario, y eso que en la ley el arrendamiento es un derecho personal, y para nosotros, dada la equiparación que el Código civil hace del arrendatario con el usufructuario en este punto, aún lo encontramos más justificado en este último, que es titular de un derecho real.

La solución propuesta tiene su base, de un lado, en la concepción social y generalísima del cuasicontrato, y de otro, en la expansión doctrinal que la «Negotiorum gestio» adquiere en los autores modernos y en la Jurisprudencia (3).

JOSÉ MARÍA FONCILLAS.

Notario.

(1) Vol. II, pág. 82.

(2) Derecho civil común y foral, obra ajustada al primer ejercicio de oposiciones a la Judicatura (1922), por Castan, Garrigues y Goicocchea, página 272.

(3) Ver Demogue el concepto que da del cuasicontrato en su *Traité des obligations*.