

CAUTIO USUFRUCTUARIA, IRRENUNCIABILIDAD Y DISPENSA

FERMÍN CAMACHO DE LOS RÍOS

I. GENERALIZACIÓN PROGRESIVA DE LA GARANTÍA OFRECIDA POR LA CAUTIO USUFRUCTUARIA

Una de las cuestiones más importantes en el régimen jurídico del derecho de usufructo¹ es el control de la actividad del usufructuario, alguien al que se le concedía un derecho tan amplio que se llegó a denominar como *pars dominii*². Como sabemos, el usufructuario se encontraba habilitado para ejercer el *uti frui* a través de una amplia disposición del uso y los frutos de la cosa, el problema era delimitar el *uti frui*, y al tiempo

¹ Téngase en cuenta que el presente estudio se refiere a la obligatoriedad de la *cautio* y su dispensa en el usufructo, la *cautio fructuaria*, sin intención de abarcar también la *cautio quasi fructuaria*, ya que consideramos que en este último supuesto, la exigencia de la misma, está tan claramente desarrollada, como un elemento casi sustancial al *quasi* usufructo, que resulta obvia su decisiva importancia; en todo caso, siempre será útil extrapolar los supuestos dispensados en la prestación de la garantía entre ambas modalidades de usufructo.

² Son numerosos los pasajes de las fuentes donde se puede constatar esta amplia dominación que, a través del *uti frui*, tiene asignado el usufructuario, entren ellos se destacan los siguientes:

— D.21.2,49: «Si ab emptore usus fructus petatur, proinde is venditori denunciare debet atque is a quo pars petitur.»

— D.31,76,2: «Dominus herede fructuario scripto fundum sub condicione legavit. voluntatis ratio non patitur, ut heres ex causa fructus emolumentum retineat: diversum in ceteris praediorum servitutibus, quas heres habuit, responsum est: quoniam fructus portionis instar optinet.»

— D. 44, 2, 21, 3: «[...] sed si usum fructum, cum meus esset, vindicavi, deinde proprietatem nactus iterum de usu fructu experior, potest dici alia res esse, quoniam postquam nactus sum proprietatem fudi, desinit meus esse prior usus fructus et iure propietatis quasi es nova causa rursus meus esse coepit.»

— D. 45, 1, 58: «Qui usum fructum fundi stipulatur, deinde fundum, similis est ei qui partem funci stipulatur, deinde totum, quia fundus dari non intelligitur, si usu fructus detrahatur. et e contrario qui fundum stipulatus est, deinde usum fructum, similis est ei, qui totum stipulatur, deinde partem [...].»

A este tenor véase VAUCHER, *Usufruit et pars dominii*, Lausanne, 1940.

establecer sólidos mecanismos destinados a exigir el cumplimiento de sus obligaciones, básicamente la devolución y el buen uso del bien³. De aquí que, junto a los límites instituidos por la naturaleza parcial del disfrute potencial del usufructuario, el pretor creara la obligación de prestar una *cautio*⁴.

Antes de la generalización de la *cautio*, inicialmente por causa de omisiones dañosas por parte del usufructuario, se facultaba al nudo propietario para que, a través de una *actio* arbitraria que le concedía el pretor, solicitara la presencia de un *arbiter*, que constataba los hechos denunciados y determinaba, respecto al ejercicio del usufructuario, *quemadmodum fructuarius uti frui debeat*⁵; era una *actio* pretoria *in factum* contra el usufructuario que no hubiera utilizado la cosa, ejercido su *uti frui*, del modo considerado conveniente por el *arbiter*⁶. Algunos autores, con una utilización algo forzada de los textos, particularmente por la interpretación de un *scolio* de STEFANO A LOS BASILICOS⁷ y de D.39,2,9.5, han considerado que el medio por el que se intentaba controlar que el usufructuario se comportase, en el ejercicio de su derecho, como un *bonus vir* era a través de una *actio prohibitoria*⁸, y que muy probablemente, según LIGENTHAL⁹, desapareciera durante el Derecho Clásico.

Bajo la configuración de una *stipulatio* el usufructuario se comprometía a garantizar dos de sus obligaciones principales¹⁰:

³ KASER, *Geteiles Eigentum im älteren römischen Recht*, vol. I, Weimar, 1939, pp. 458 y ss.; idem, *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*, 2.ª edic., Köln-Graz, 1956, pp. 19 y sa., 28, 302 y ss.; en sentido análogo: ALBANESE, «La successione ereditaria in diritto romano antico», en *AUPA*, 20, 1949, pp. 257 y ss.; LEVY, *West Roman Vulgar Law*, Philadelphia, 1951, pp. 71 y ss.; WESENER, sv. *Usufructus* (PAULY y WISSOWA, *Real Encycl.*, IX A. I. 1961 col. 1139 y ss., 1143).

⁴ Muy probablemente éste es un resultado más de la ampliación de su autonomía por virtud de la *Lex Aebutia*.

⁵ A este tenor véanse: KARLOWA, *Römischen Rechtsgeschichte*, vol. II, Leipzig, 1901, pp. 539 y ss.; DE RUGGIERO, «Sulla *cautio usufructuaria*», en *Studi Scialoja*, vol. I. Prato, 1905, pp. 72 y ss.

⁶ Las fuentes indican esta posibilidad, de solicitar la actuación de un *arbiter*, en diversos pasajes: D. 7,1,7,2; D. 7,1,7,3; D.7,1,19 pr.

⁷ Basilicos Basil. 16,1,13; sch. 25 Z. pp. 69 s.= sch. I (II) *Scheltema* B III, pp. 930 y ss., referente a D. 7,1,13,2.

Basil. 16,1,13: «De praeteritis autem damnis usufructuarius le Aquilia tenetur, et interdicto quod vi aut clam, et furti actione. Ubi tamen cessat Aquilia, locus est actioni praetoriae: si forte agrum non excoluit, aut aquaeductum corrumpi passus sit.»

⁸ La posibilidad de utilizar la mencionada *actio prohibitoria* ha sido deducida de D. 39,2,9.5: «[...] Idem ait, eum quoque fructuarius, qui non reficit, a domino uti frui prohibendum, ergo et si de damno infecto non cavet, dominusque compulsus est repromittere, prohibere debet frui.» Véase a este tenor BORTOLUCCI, «Studi critici e giuridici sul Digesto. Sulla *cautio usufructuaria*», en *BIDR*, 21, 1090, pp. 126 y ss. En contra consideramos que acertadamente, GROSSO, *Usufrutto e figure affini*, Torino, 1958, 2.ª edic., pp. 274 y ss. Otros autores en contra del argumento de BORTOLUCCI: SEGRE, *Mélanges Girard*, II, p. 564 n. 4, y BIONDI, *Studi sulle actiones arbitrarie e l'arbitrium iudicis*, Roma, 1930, pp. 13 y ss.

⁹ LIGENTHAL, «Die *prohibitoria actio*», en *Zeitschrift f. Gesch. Rechtswiss.*, 12, 1844, pp. 258 y ss.

¹⁰ Si bien es opinión pacífica en la generalidad de la doctrina que la *cautio* comprendía estas dos cláusulas, hay sin embargo quien, con una tesis ciertamente forzada haya intentado, a partir de ambas cláusulas

— *Et usurum se boni viri arbitrato* ¹¹.

— *Et, quum ususfructus ad eum pertinere desinet, restitutorum, quod inde extabit* ¹².

El usufructuario aceptaba estas obligaciones a través de una promesa expresada por *stipulatio*, promesa a la que el pretor obligaba de forma indirecta, al hacer depender de la misma la acción para conseguir el usufructo: «[...] non prius dandam actionem usufructuario, quam satisdederit, se boni viri arbitrato usurum fruiturum [...]» ¹³.

Este es el origen de la *actio ex stipulatio* que surge de la *cautio* usufructuaria. En el caso de que el usufructuario violara la primera de estas cláusulas «de utendo» —*usurum se boni viri arbitrato*—, incluso por motivo de omisiones dañosas, el nudo propietario estaba habilitado para ejercitarla activamente, no solo al final del usufructo, sino en cualquier momento durante su ejercicio ya que dicha *actio* no extinguía el derecho ¹⁴. Si se violaba la segunda de las cláusulas «de restituyendo», la articulación de la acción lógicamente solo era exigible al llegar el plazo de extinción del derecho; en coherencia, cuando el usufructo era *ad mortem* la *actio* era entonces posible oponerla contra los herederos del usufructuario o su *bonorum possessor* ¹⁵.

El pretor imponía la obligación de prestar la *cautio* en la rúbrica *usufructuarius quemadmodum cavent*, la fórmula de dicha *stipulatio*, tal como indica la reconstrucción de LENEL ¹⁶, era la siguiente:

«usus fructus testamento Lucii Titii tibi legatus est, ea re boni viri arbitrato usurum fruiturum te et, cum usus fructus. Cuius rei ad te pertinere desinet, id quod inde extabit restitutum iri dolumque malum abesse afuturumque esse spondesne? Spondeo.»

de restituendo y de utendo, desarrollar la posibilidad de la construcción de dos cauciones distintas: BORTOLUCCI, «Studi critici e giuridici sul Digesto. Sulla *cautio usufructuaria*», *op. cit.*, pp. 110 y ss. En contra BRE-TONE, *La nozione romana di usufrutto*. Napoli, 1962, p. 112 not. 72. Este último considera que la concesión de una *actio* pretoria *in factum* es posterior, destinada a proteger al nudo propietario en los casos en los que no se había efectuado la *cautio*.

¹¹ Son numerosos los pasajes de las fuentes que informan de esta primordial obligación, de entre ellos se destacan los siguientes: D. 7,1,9 pr.; D. 7,1,9.2; D. 39,2,18.2. A fin de delimitar este uso *arbitratus boni viri* consúltese: D. 7,1,15.5 y D. 7,1,27.1.

¹² De entre las fuentes que tratan sobre esta restitución son primordiales: D. 7,5,6 pr.; D. 7,9,3 pr.; D. 7,9,4; D. 7,9,7 pr.; D. 12,2,30.5; D. 35,3,9 y D. 36,3,9.

¹³ ULPIANO, D. 7,1,13 pr.

¹⁴ La articulación de la *actio* fue posible durante el ejercicio del usufructo, ya que no se tenía que operar necesariamente el efecto consuntivo de la *litis contestatio*, efecto que se podía eludir o a través de una *fictio* de que no ha tenido lugar la *litis contestatio*, o bien a través de una *praescriptio pro actore*.

¹⁵ LA PIRA, *La successione ereditaria intestada e contro il testamento in diritto romano*, Firenze, 1930, pp. 231 y ss.

¹⁶ LENEL, *EP.3*, (1927) &286, pp. 538 y ss.

Según la reconstrucción, el Edicto imponía dicha caución en el título *de Legatis*, y se pueden deducir tres distintas cláusulas ¹⁷:

— *De utendo*, a través de ella el usufructuario se compromete a un uso propio de un *bonus viri* ¹⁸.

— *De restituendo*, mediante la cual se compromete a restituir la cosa al término del usufructo en un estado similar al de como lo fue entregada *restituere quod inde exstabit* ¹⁹.

— *De dolo*, se compromete a una actuación sin dolo «*dolum malum abesse afuturumque esse*» ²⁰.

De este modo, la tutela del nudo propietario se obtuvo, no sólo de la particular estructura legal del usufructo, sino además, exigiendo la objetiva prestación de la *cautio fructuaria*, como podemos deducir de D. 7,1,13:

«[...] si usus fructus legatus sit, non prius dandam actionem usufructuario, quam satisfecerit se boni viri arbitratu usurum fruiturum.»

Esta caución asumía, pues, las características de un posterior límite impuesto al usufructuario, no se trataba de una simple *promissio* sino, por efecto de la intervención de los garantes, de una verdadera *satisfactio* como se deduce de ²¹:

PAUL. SENT. 3,6,27: «Usu fructu legato de modo utendi cautio a fructuario solet interponi, et ideo perinde omnia se usurum, ac si optimus pater familias uteretur, fideiusso-riobus oblas cavere cogitur» ²².

C. 6, 54,7: «[...] ut autem boni viri arbitratu is, cui usufructus relictus est, utatur fruatur, minime satisfactionem remitti testamento posse.»

La posición del *dominus* se habría beneficiado no sólo de los efectos típicos de la prestación de una promesa, con su correspondiente sanción, sino de un mayor margen de

¹⁷ Estas cláusulas se describen con precisión por ULPIANO en D. 7,9,1 pr.

¹⁸ Para ULPIANO, en D.7,9,1,5 y 6, ésta es la cláusula principal de la *cautio*, ya que es la que puede servir para la delimitación precisa del propio *uti frui*.

¹⁹ Como indica GROSSO, *Usufruto e figure affini*, op. cit., pp. 287 y ss. La promesa que se hacía de restitución no era una promesa de *dare rem*, se exigía un *facere*, de manera que incluía el deber de conservación haciéndole imputable al usufructuario la pérdida de la propiedad o el anormal deterioro por causa de negligencia en su mantenimiento.

²⁰ Esta cláusula *doli* está descrita en D. 7,9,5 pr.

²¹ Otro pasaje que describe estas obligaciones cardinales del usufructuario es D. 7, 9,5.

²² Véase otro pasaje de las *Sententiae Paulus* 1,11,22, donde se aprecia una cierta falta de correlación: «Usufructuarius et de utendo usufructu satisfacere debet perinde usurum, ac si ipse pater familias uteretur», la distinta redacción de la *cautio* en estos dos pasajes puede deberse, como indica GROSSO (*Usufruto e figure affini*, op. cit., p. 289), a la manipulación compilatoria del contenido de ambos textos.

seguridad, notablemente superior, obtenido gracias a la aseguración que representaban los fiadores garantes²³.

Para que el usufructuario tuviera un efectivo ejercicio de su derecho, su actividad se debía encontrar subordinada a la efectiva realización de la promesa garantizada. Veamos como se hace efectiva esta exigencia.

Inicialmente, el pretor otorgaba esta *cautio*, como indica D.7,1,13²⁴, al supuesto de *usufructus legatus*, ya que, por su propia configuración, esta modalidad de usufructo exigía una especial protección pretoria, aún más teniendo en cuenta que, en el caso de que se tratara de un *legatum per vindicationem*, éste se constituía válidamente sin necesidad de ningún acto específico de parte del heredero²⁵. Si el supuesto era el de un *legatum per damnationem*, la exigencia de la *cautio* y de la misma constitución del usufructo ya si reclamaba una actitud activa del heredero obligado, así como si la constitución del usufructo fue realizada *donationis causa* o por medio de una *in iure cessio venditio*, era la voluntad del nudo propietario la que debía o no decidir la prestación de la *cautio*. Sin embargo, en la práctica por vía jurisprudencial, se observó la evidente eficacia de esta cautela pretoria, hasta el punto que esta modalidad de protección se extendió a todas las clases de usufructos: «[...] Hacc autem ad omnem usufructum pertinere [...]» D. 7,1,13 pr.²⁶.

Si el usufructuario no estaba dispuesto a prestar la *cautio*, con independencia del modelo de constitución del mismo, no podría reclamar la disponibilidad de la cosa usufructuada —la *vindicatio usus fructus*— y, en consecuencia, se encontraba imposibilitado para ejercitar el *uti-frui*, quedando el bien retenido por el nudo propietario; el medio que se utilizaba era a través de la *denegatio actionis*.

La omisión de la prestación de la *cautio* da vía libre al nudo propietario para articular la *actio reivindicatoria*, en el caso de que ya se hubiera entregado el bien.

²³ En todo caso, el nudo propietario también se encontraba lógicamente habilitado para articular una defensa de carácter interdictal. Podían ser utilizados tanto el *interdictum quod vi aut clam*, cuando el usufructuario se ha valido de violencia o clandestinidad para entrar en el usufructo (D. 43,24,7,5 o D. 43,26,16,1), así como el *interdictum quod legatorum* «decretal» simple restitutorio, como consecuencia del cómputo de la *Lex Falcidia*, cuando el legatario del usufructo ha entrado en el disfrute del mismo sin el consentimiento del heredero o, en su caso, del *bonorum possessor* (FV. 90). Para este último supuesto véase BETANCOURT, «El Interdicto “decretal” *quod legatorum* contra el legatario de usufructo y de servidumbre predial», en *Estudios de Derecho Romano e Historia del Derecho Comparado*, Homenaje a VALLS Y TABERNER, XVIII, Barcelona 1991, pp. 5293-5348; si como en, *Derecho Romano Clásico*, Sevilla, 1995, pp. 471 y ss.

²⁴ ULPIANO D. 7,1,13 pr.: «[...] si usus fructus legatus sit, non prius dandam actionem usufructuario, quam satisdederit se boni viri arbitratu usurum fruiturum.»

²⁵ VOGLI, *Teoria dell'acquisto del legato secondo il diritto romano*, Milano, 1936, pp. 31 y ss.

²⁶ La extensión de esta protección a cualquier modalidad de usufructo, independientemente a su modelo de constitución, está reflejada en numerosos pasajes de las fuentes; de entre ellos destacan: D. 7,9,1,2; C. 3,33,4 («ex alia quacumque causa»); o el constituido «tutione praetoris» en D. 7,9,9,1.

En el supuesto en el que usufructuario ya hubiera iniciado el ejercicio de su *uti-frui*, obteniendo la disponibilidad de la cosa sin antes haber constituido la exigida *cautio fructuaria*, el nudo propietario aún tenía la posibilidad de, a través de la acción reivindicatoria, reapropiarse del bien ²⁷.

En sentido D. 7,9,7 es el pasaje más explícito:

«Si usufructus nomine re tradita satisdatum non fuerit, Proculus ait, posee heredem rem vindicarem, et si obiiciatur exceptio de re usus fructus nomine tradita, replicandum erit [...]»

El usufructuario, habría podido oponer a esta *rei vindicatio* una «exceptio de re usus fructus nomine tradita» que, en defecto de la prestación de la *cautio*, podía estar, a su vez, superada por medio de una *replicatio* del nudo propietario, esta *replicatio* debió tener su origen, como indica GROSSO ²⁸, en los postclásicos o en los mismos compiladores.

Sin embargo, la oposición por parte del titular del *uti-frui* de tal *exceptio* puede inicialmente generar alguna extrañeza fundamentalmente por cuanto se refiere a la legitimación pasiva del *fructuarius* en la *rei vindicatio* ²⁹.

En D. 7,1,13.2 el supuesto trata de la legitimación pasiva del usufructuario, frente a posibles perjuicios que pudieran causarse al propietario del fundo o vivienda vecina, la constitución de la *cautio damni infecti nomine* por *vitium aedium* o *vitium loci*. En estas situaciones, tanto el nudo propietario, por medio de una *repromissio de damnum infec-*

²⁷ En este sentido RABEL, *Grundzüge des römischen Privatrechts*, Darmstad, 1955, p. 84: «Wer ohne Cautio usufructuaria ausliefert, kann die Sache mit rei vindicatio zurückverlangen», y THOMAS, *Textbook of Roman Law*, Amsterdam-New York-Oxford, 1976, p. 260: «[...] Again, if the dominus had handed over the thing without first extracting the cautio, he could vindicate it [...]»

²⁸ GROSSO, «In tema di cautio fructuaria», en *Atti Torino*, 72, pp. 58 y ss.

²⁹ DE RUGGIERO, *Sulla cautio usufructuaria*, op. cit., p. 73, no considera que la actuación del *arbiter* se debiera referir a la obligación «Usurum boni viri arbitartu» que se encontraba asumida por el usufructuario con la prestación de la *cautio*, a tal fin indica que esta es solo una obligación más propia del usufructuario, adjunta a su *ius utendi fruendi*, y para justificar esta tesis recuerda que ULPIANO se refería a otro pasaje de CELSO en D. 39,2,9,5:

«Celsus certe scribit, si aedium tuarum usufructus Titiae est, damni infecti aut dominum repromittere, aut Titiam satisfacere debere; quod si in possessionem missus fuerit is, cui damni infecti cavendum fuit, Titiam uti frui prohibebit. Idem ait, eum quoque fructuarium, qui non reficit a domino uti frui prohibendum; ergo et si de damno infecto non cavet, dominusque compulsus est repromittere, prohiberi debet frui.»

Del texto se deduce que esta garantía ofrecida por la actuación del *arbiter* generaba la facultad del nudo propietario de impedir que el usufructuario volviera a ejercer, una vez producidos los actos dañosos, su derecho de usufructo; mientras que en supuesto de que se hubiera utilizado la garantía ofrecida por la *cautio fructuaria*, el propietario inicialmente no pretendía impedir en el futuro el goce del *ius utendi fruendi* por el usufructuario, sino la condena por los perjuicios sufridos por un uso inadecuado del bien, sin necesidad de extinguirse el derecho de usufructo. A este tenor véase también D. 7,1,13.2.

tum, como el usufructuario, a través de una *satisfatio*, debían dar garantías de que no se van a producir los daños temidos. En este caso, a fin de dar más seguridad al nudo propietario, si el usufructuario se negara a prestar la indicada *satisfatio*, se permitía al propietario utilizar la *actio reivindicatoria* a fin de recuperar el bien, y si entonces como respuesta el usufructuario utilizaba la *vindicatio usufructus* el pretor podía conceder una *denegatio actionis* o una *replicatio doli* frente a dicha excepción a la reivindicatoria³⁰.

En este sentido, la dudas se pueden orientar de forma particular sobre la naturaleza de la aplicación de la acción reivindicatoria respecto al usufructo.

Así, frente a la afirmación del reivindicante de ser propietario de la cosa, y considerando que el titular del *ius in re aliena* replicaba que la retenía *utendi, fruendi causa* —no poniendo en discusión la pertenencia de la misma cosa al actor—, parece plausible que en tales casos el Pretor hubiese concedido la *actio negatoria*³¹ y no se usara la *rei vindicatio*.

No ha faltado quien, negando que en estos casos el nudo propietario hubiese podido utilizar la acción reivindicatoria³² —sospechando de esta forma que la mención a la misma en D. 7,9,7 pr. fuera fruto de una interpretación justiniana—, ha buscado la reconstrucción del texto sosteniendo lo que se trataba era de una *actio negatoria* utilizada contra el legatario *per damnationem*, legatario a quien le había sido consignado el bien sin la válida constitución del usufructo.

Resulta, sin embargo, más verosímil la hipótesis de que la utilización de la *rei vindicatio* estuviera fundada sobre el hecho de que el convenido no hubiese querido prestar la *cautio usufructuaria*; en efecto, no habiéndose efectuado la garantía exigida, no se hubiera podido afirmar el retener la cosa *utendi-fruendi causa* y, consecuentemente, no habría sido posible eludir la facultad del ejercicio de la reivindicatoria por parte del *dominus proprietatis*.

GROSSO³³ demostró cómo D. 7,9,7 puede ser verosímilmente reconstruido, dicha reconstrucción se obtiene eliminando la interpolación que va de «et si obiciatur» hasta el

³⁰ Este supuesto se encuentra también recogido en otros pasajes, de entre ellos los más similares son los descritos por D. 39,2,10 y por D. 12,2,30.

³¹ Esta *actio negatoria usus fructus* debe tener su origen en el proceso de fusión que se opera en el Derecho Justiniano entre las servidumbres prediales y personales, de forma que se mantienen dos acciones correlativas: confesoria y negatoria, que son de utilidad para la persecución y contradicción de todas clases de servidumbres. A fin de un análisis más exhaustivo de la cuestión, consúltese SAMPER, *Derecho Romano*, 1983, pp. 183 y ss.

³² BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, 3.^a edic., Tubingen, 1913, pp. 24 y ss. Autor que niega que pueda ser utilizada la acción reivindicatoria contra el usufructuario, reconstruyendo el pasaje citado (D. 7,9,7), haciendo referencia a la *actio negatoria* contra aquel al que le fue transmitido un fundo *utendi fruendi causa* en base a un legado *per damnationem*.

³³ GROSSO, *Usufrutto e figure affini*, op. cit., p. 280 y ss.: «[...] io ritenei che applicazione della rei vindicatio fosse qui spelicatamente giustificata del fatto che l'usufruttuario non volesse prestare la cautio all'attore, la menzione della exceptio e della replicatio, a mio avviso, sarebbe stata introdotta da un maestro post-

final, de este modo se resalta de forma evidente que es la omisión de la *cautio* el argumento que fundaba la posibilidad de utilizar la acción reivindicatoria.

En todo caso, si no existía la *cautio*, y siendo la reivindicatoria la única acción dispuesta por el propietario, a través de ella éste podía obtener la recuperación del bien pero no la responsabilidad por los perjuicios causados sobre la cosa. De esta forma, en el Derecho Clásico, la responsabilidad que pudiera tener el usufructuario por un abuso de su ejercicio sólo podía ser exigida por la *cautio*, ya que no se disponía de otras acciones personales no penales más que *actio ex stipulatio* para reclamar tal responsabilidad³⁴.

De igual forma, como se deduce de D.7,1,13,2³⁵, cuando el usufructuario no había prestado la *cautio* por que había sido exento de tal obligación en la constitución *mortis causa*, podía ser articulada una *actio in factum* a fin de que el propietario pudiera exigir que el usufructuario usara la cosa *arbitratu iudicis*.

Estando configurado el inicio del ejercicio del usufructo como consecuencia de que se haya constituido la *cautio usufructuaria*, la disponibilidad material de la cosa por parte del convenido, quien se negaba a prestar la caución, en ningún modo podía ser considerada como una disposición *utendi-fruendi causa*. De aquí que algunos autores, creemos con acierto, como es el caso de PUGLIESE³⁶, lleguen a indicar que «el deber de prestación de la *cautio* no sólo constituye un mero límite del derecho, sino además es un elemento básico integrante de la misma configuración del usufructo».

El nudo propietario, en todo caso, podría obtener la prestación de la *cautio* por parte del usufructuario en cualquier momento, ya que como indica GROSSO, al ser calificada la situación de retención de la cosa, en combinación con la omisión de la garantía, como una forma de posesión, se encontraría abierta la vía de la articulación de la acción reivindicatoria.

Resulta sumamente instructivo observar la parte inicial de D.7,1,13 pr. cuando en relación con un legado *per damnationem* se dice «non prius dandam actionem usufructuario, quam satisdederit, se boni viri arbitratu usurum fruiturum», de aquí que la acción del legatario usufructuario estará en pendencia con la prestación de la *cautio*.

calssico o dagli stessi compilatori, i quali avrebbero voluto così dare una designazione formale, desunta dal vecchio linguaggio formulare, alla opposizione del convenuto, fondata sulla detenzione utendi fruendi causa, de alla replica dell'attore [...].»

³⁴ Dentro del campo de las acciones penales son varias las que se encuentran a disposición del nudo propietario: para los daños causados al bien dado en usufructo la *actio legis Aquiliae*, por robos la *actio furti*, contra el usufructuario de esclavos la *actio servi corrupti* (D. 7,1,66), así como en el caso de las ofensas de palabra u obra que pudiera sufrir el esclavo dado en usufructo la *actio iniuriarum* (D. 7,1,66).

³⁵ A fin de un análisis más profundo de este pasaje consúltese: KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, op. cit., pp. 539 y ss.; BORTOLUCCI, *Sulla cautio fructuaria*, op. cit., pp. 110 y ss.; DE RUGGIERO, *Usufrutto e diritti affini*, op. cit., pp. 193 y ss.; GROSSO, *Usufrutto e figure affini*, op. cit., pp. 274 y ss.

³⁶ PUGLIESE, «Usufrutto (Diritto Romano)», *Nss.D.I.* vol. XX, 1975, p. 316.

De la lectura del D. 7,1,13 se observa también la hipótesis del usufructo legado *per vindicationem*, donde se puede afirmar que existe la posibilidad de imponer la *cautio usufructuaria* también por parte del magistrado.

El fundamento de esta atribución al magistrado puede nacer de una implícita insuficiencia del procedimiento pretorio de la *denegatio actionis*:

«Si cuius rei usus fructus legatus erit, dominus potest in ea re satisfactionem desiderare, tu officio iudicis hoc fiat [...]».

LENEL³⁷ considera que las palabras finales del pasaje son una interpolación; sin embargo, quien por el contrario considera verosímil que el magistrado, en algunas hipótesis, tenía el poder directo de imponer la *cautio* debe ofrecer una explicación en orden a justificar los límites y amplitud de tales poderes y, en consecuencia, las relaciones de coexistencia de los respectivos márgenes de operatividad de la *denegatio actionis* y del *officium iudicis*³⁸. En la eventual solicitud judicial del usufructuario destinada a obtener, por parte del magistrado, la inmisión en el ejercicio del *uti-frui*; el nudo propietario, si se limita a exigir la prestación de la *cautio usufructuaria* por parte del actor, el pretor le habría acordado una tutela mediante el ejercicio de la *denegatio actionis* al legatario del usufructo.

En la hipótesis en la cual el convenido hubiese negado la existencia de un *uti-frui* ajeno sobre la cosa propia, afirmando que dicha cosa se encuentra libre de cargas, el instrumento que hubiera utilizado el pretor para una preventiva caución usufructuaria hubiera sido una *exceptio*, de la cual, sin embargo, el texto no dice nada³⁹. Según la explicación de GROSSO el *officium iudicis* habría socorrido esta situación confirmado como indispensable la prestación de la *cautio* como requisito indispensable para que el usufructuario iniciase válidamente el ejercicio de su derecho⁴⁰.

Otra parte de la doctrina, entre ellos GIOMARO⁴¹, considera posible un más amplio poder de proposición de la *cautio usufructuaria* por parte del pretor, también en los casos los que el nudo propietario hubiese articulado la reivindicación de la cosa frente a un usufructuario que ya había iniciado el disfrute de su derecho, sin haber prestado la exi-

³⁷ LENEL, «Textkritische Miscellen», en Zs, 39, 1918, pp. 159 y ss.

³⁸ A este propósito véase GIOMARO, *Cautiones iudiciales y officium iudicis*, Milano, 1982, pp. 217 y ss.

³⁹ Véase GROSSO, *Usufrutto e figure affini nel diritto romano, op. cit.*, p. 282: «Ma nel caso che il convenuto contestasse l'esistenza del usufrutto [...] sarebbe occorsa almeno un *exceptio* (o una *exceptio ad hoc* o una generica *exceptio doli*). Invece il passo ulpiano parla dell' *officium iudicis*. Ed io penserei che, sia puer attraverso esitazioni, dubbi, divergenze, già nel diritto classico si possa essere giunti a questo risultato per il tramite della restitutio: anche senza la formale opposizione di un' *exceptio*, il *iussum restituendi* veniva subordinato alla prestazione della *cautio*.»

⁴⁰ Véase MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 1990, p. 499.

⁴¹ GIOMARO, *Cautiones iudiciales e officium iudicis*, Milano, 1982, pp. 217 y ss.

gida caución; en este sentido existe una manifiesta relación entre la propia caución y la clasificación general de las *stipulationes pretoriae*.

La parte final del citado D. 7,9,7 pr. («[...] Quae sententia habet rationem; sed et ipsa stipulatio condici poterit») hace además una expresa referencia a la existencia de un posterior remedio de carácter directo, confirmado también por D. 7,5,5,1:

«[...] Sed si quidem adhuc constante usufructu cautionem quis velit condicere, dici potest, omissam cautionem posse condici incerti conditione; sed si finito usufructu, ipsam quantitatem Sabinus putat posse condici [...]»

El nudo propietario habría podido, actuando personalmente frente al usufructuario, en cualquier momento a través de «omissam cautionem posse condici incerti conditione», obtener la prestación de la *cautio*: «[...] sed et ipsa stipulatio condici poterit.»

Como indica DE RUGGIERO⁴², este mecanismo nace de una innovación justinianca, por medio de una *condictio incerti* por la que el propietario puede actuar en vía personal contra el usufructuario para conseguir la *cautio*.

En suma, se observa con nitidez en las fuentes como la *cautio* progresivamente se fue convirtiendo de un simple y voluntario pacto entre partes, en un elemento obligatorio esencial del derecho de usufructo, no sólo destinado garantizar la posición del nudo propietario frente al uso inadecuado y la devolución del bien, sino particularmente a delimitar el contenido y la extensión de propio *uti frui*.

II. IRRENUNCIABILIDAD A LA CAUTIO. CASOS LEGALMENTE DISPENSADOS

La prestación de la *cautio* resultaba garantizada a través de las modalidades que hemos descrito previamente, asumiendo de esta forma un rango de obligación legal, hasta el punto que sería sumamente dudoso plantear su posible renunciabilidad.

Una Constitución Imperial de ALEJANDRO SEVERO del 225 d.C., recogida en C.6,54,7, refiriéndose explícitamente al testamento, confirma de modo inequívoco cómo se excluía la eficacia de una *remissio cautionis* realizada por el disponente.

«Scire debetis fideicommissi quidem et legati satisfactionem remitti posse divinum Marcum et divinum Commodum constituere: Ut autem boni viri arbitratu, si cui usufructus relictus est, utatur fruatur, minime satisfactionem remitti testamento posse.»

Sin embargo, no parece coherente hipotizar para esta exclusión, basándose en el texto antes indicado, que la imposibilidad de dispensar al usufructuario de la carga de prestar la *cautio* debiese ser exclusivamente impuesta al testador.

⁴² DE RUGGIERO, *Usufrutto e diritti affini*, op. cit., p. 188.

Si en efecto se considera que la caución usufructuaria tenía en la práctica, vista también la progresiva obligatoriedad de su prestación respecto a cualquier modalidad de usufructo, la función primaria de reunir en sus cláusulas la garantía de todas las obligaciones principales inherentes al *uti-frui*, resulta francamente difícil hipotizar sobre la ineficacia de una *remissio cautionis* no solo en el caso de que esta sea dispuesta por el testador y una correlativa posibilidad de practicarla por parte del heredero propietario, sino para cualquier otro nudo propietario. ULPIANO indica en D.7.1.13 pr., por medio de una referencia a JULIANO, que la necesidad de la constitución de la *cautio* se extiende a cualquier modalidad de usufructo:

«[...] Haec autem ad omnem usufructum pertinere Iulianus libro trigesimo octavo Digestorum probat.»

Tras examinar las fuentes, encontramos un decisivo número de pasajes que indican esta obligatoriedad generalizada de la prestación de la *cautio*, con independencia de la voluntad del nudo propietario, sea cual fuera la forma por la que se constituyera el usufructo:

D. 7,9,1.2: «Illud sciendum est, ad fideicommissa etiam aptari eam debere. Plane et si ex mortis causa donatione ususfructus constituitur, exemplo legatorum debebit haec cautio praestari; sed et si ex alia quacumque causa constitutus fuerit ususfructus, idem dicendum est.»

D. 7,9,9 pr.: «[...] Quod si fideicommissarii causa ususfructus mihi relictus est, nec est ulla spes ad me revertendis fructus, recta via fideicommissarium cavere oportet domino proprietatis.»

D. 12,2,30.5: «Si iuravero, usumfructum mihi dari oportere, non aliter dari debet, quam si caveam, boni viri arbitrato me usurum, et finito usufructu restitutum.»

C. 3,33,4: «Usufructu constituto consequens est, ut satisfactio boni viri arbitrato praedeatur ab eo, ad quem id commodum pervenit, quod nullam laesionem ex usu proprietari afferat. Nec interest sive ex testamento sive ex voluntario contractu ususfructus constitutus est.»

C. 6,54,9: «Scire debetis, fideicommissi et legati satisfactionem remitti posse, divinum Marcum et divinum Commodum constituisse; ut autem boni viri arbitrato is, cui usufructus relictus est, utatur fruatur, minime satisfactionem remitti testamento posse.»

La forma de explicar esta generalización de la *cautio* se debe a que: la caución usufructuaria se identificaba con el contenido del *ius utendi fruendi*, no solo como un instrumento directo destinado a garantizar y dar mayor eficacia a todos los límites impuestos en el contenido de este *ius* en relación con la nuda propiedad; sino que las cláusulas propias de la caución pueden considerarse como el más fiable punto de partida para el análisis positivo de las normas relativas a los poderes de los usufructuarios y el contenido propio del *uti-frui* en general. Son numerosos los pasajes que informan de esta utilidad

de la *cautio*, particularmente en su cláusula *de utendo*: D. 7,1,15,4; D. 7,1,65 pr. o D. 7,9,1,3.

No era, pues, lógico que el heredero propietario, o el nudo propietario en cualquier otra modalidad de usufructo, pudiera acordar al usufructuario la dispensa de realizar una de las obligaciones esenciales propias del usufructo.

Asimismo, si se considera que la caución usufructuaria contenía a menudo una cláusula que obligaba a la abstención de comportamientos dolosos, se comprende entonces como la dispensa de prestar la *cautio*, habría generado una ilegitimidad comparable a la preventiva exoneración del usufructuario en la responsabilidad por dolo.

La oportunidad de la *cautio*, además de ser sumamente útil para determinar las obligaciones del usufructuario, se debe también a que si bien el nudo propietario podía utilizar contra el usufructuario la *actio legis Aquiliae*⁴³, la *actio furti*, o simplemente el *interdictum quod vi aut clam*⁴⁴, sin embargo para otros muchos daños sin la existencia de la *cautio* hubiera faltado un medio útil por las omisiones del usufructuario que generasen perjuicios al propietario⁴⁵. Estos son los casos descritos por D.7,1,13,2⁴⁶:

«[...] quia sunt casus, quibus cessat Aquilae actio, ideo iudicem dari, ut eius arbitratu utatur; nam qui agrum non proscindit, qui vites non subserit, item aquarum ductus corrumpi patitur, lege Aquilia non tenetur.»

Debemos, pues, concluir que la obligatoriedad de la *cautio* se generaliza en todas las modalidades de usufructo, dada su evidente utilidad frente a las a veces difusas obliga-

⁴³ La posibilidad de utilizar la *actio Legis Aquiliae*, en los supuestos contemplados en la misma *lex*, es frecuentemente admitida por la doctrina, de entre los más específicos se destacan: LONGO, «Appunti esegetici e note critiche in tema di lex Aquilia», en *Ricerche romanistiche*, Milano 1966, en referencia a su utilización frente al usufructuario las pp. 713-764; LUBTOW, *Untersuchungen zur lex Aquilia de damno iniuria dato*, Berlín, 1971, pp. 224 y ss.; MAC CORMACK, «Juristic interpretation of the lex Aquilia», en *Studi Sanfilippo*, I, Milano, 1982, pp. 253-284; VALIÑO, *Acciones pretorias complementarias a la acción civil de la ley Aquilia*, Pamplona, 1973, pp. 123 y ss.; THIELEMANN, «Actio utilis und Actio in factum Zu den Klagen im Umfeld der lex Aquilia», en *Studi Biscardi*, vol. II, Milano, 1982, pp. 259-318.

⁴⁴ La legitimidad activa del nudo propietario para la articulación de estas acciones está descrita en diversas fuentes; de entre ellas quizás las más explícitas sean D. 7,1,15,3 y D. 7, 1,13,2 pr.:

«[...] De praeteris autem damnis fructuarius etiam lege Aquilia tenetur, et interdicto Quod vi aut clam, ut Iulianus ait; nam fructuarius quo que teneri his actionibus, necnon furti, certum est, sicut quemlibet alium, qui in aliena re tale quid commiserit.»

⁴⁵ Si el daño se producía en el esclavo dado en usufructo también era factible utilizar o la *actio servi corrupti* o la *actio iniuriarum*, este último supuesto, como indica D. 7,1,66, cuando el medio utilizado fue la *iniuria*.

⁴⁶ Aún con más motivo en el caso de cuasi usufructo, como indica D. 7,9,7,1.

ciones del usufructuario. En ciertas ocasiones es la misma *cautio* la que perfila de forma más nítida estos deberes, en ocasiones ambiguos, aun más en la modalidad del *quasi usufructus*, donde es la propia *cautio* la que da base a su diseño jurídico.

Caso distinto es que la propia ley indique que existen unos determinados supuestos que, por su especificidad, la prestación de esta fianza está dispensada. Casos donde no es la voluntad autónoma del nudo propietario quien renuncia a la garantía que representa la *cautio*, sino que esta es una facultad prevista legalmente.

Son escasos los supuestos de usufructos que permiten esta prerrogativa, son dispensados los siguientes casos:

— El donante por la cosa donada con reserva de usufructo C. de re jud.?,19,1: «et donatore omnium aut partis bonorum retento usufructu».

— El padre por el usufructo legal de los bienes procedentes del peculio adventicio del hijo C. 5,61,8.4: «excepto patre fructuario adventitiorum».

— El usufructuario al que tras un determinado periodo de tiempo debía corresponder la propiedad D. 7,9,9.2.

— Al marido por el usufructo dotal entregado como dote D. 23,3,17.

— El cónyuge que en segundas nupcias mantiene el usufructo de los lucros dotales C. 5,9,6.1.

— Cuando el usufructuario es el Fisco D. 37,3,1.18: «[...] cessabit ista stipulatio, quia nec solet fiscus satisfacere.»

Finalmente se puede considerar, si bien en contraste con C.6,54,7 que habla expresamente de *satisfactio*, que al menos la estructura de la obligación podía ser realizada de una forma menos gravosa transformándola en una simple promesa, una caución juratoria.

III. APROXIMACIÓN A LA RECEPCIÓN DE LA CAUTIO, SU IRRENUNCIABILIDAD Y DISPENSA

Hasta aquí, de forma sucinta, los rasgos más característicos de la extensión de la obligatoriedad a la constitución de la *cautio* en la legislación romana. Veamos su recepción, un proceso que resume, de forma nítida, como el imperativo de la imposibilidad de la *excusatio actionis* por el nudo propietario, fue asumido desde el derecho intermedio hasta tener plena vigencia en nuestra codificación.

En Partidas, P.3,31,20, se recoge de manera casi literal el contenido de D. 7,1,13:

«[...] E a vn dezimos, que deue dar buenos fiadores, que vfara de la cofa a buena fe, afsi como buen ome non faziendo daño enella, porque fe emporaffe, e fe perdieffe, por culpa.»

Es la glosa de GREGORIO LÓPEZ la que explicita de forma detallada los distintos supuestos que se asumen en este pasaje de Partidas: Glosa 5 a la ley 20 tit. 31 de la Partida 3.^a:

«Recabdo. Ve la Ley 1 y las siguientes, Digesto, de usufructu quemadmodum» (D. 7. 1. 1. ss.).

Advierte y ten en cuenta que esta caución no es de la substancia, a nos ser que se pida que se dé caución, como enseña Azón, en el Código, *de usufructu*, en la Suma y la glosa en el §1.º de las Instituciones, *de usufructu* (Inst. 2. 4. 1) y por Baldo, en la Ley *Hac edictali*, §1.º, *de secundus nuptiis* (C. 5. 9. 6. 1).

Y esta caución no puede ser remitida por el testador, como en la Ley *Scire*, Código, *ut in possessione legatorum vel fideicommissorum* (C. 6. 54. 7).

¿Y si no se puede dar esta caución, se ha de secuestrar la cosa? Ve la glosa y allí mismo los doctores en la Ley 5.^a, del Código, *de usufructu* (C. 3. 33. 5) y Baldo en la Ley final, Código, *de ordinare cognitionum* (C. 7. 19.7).

Y esta caución no tiene lugar en aquel que la dio, reservándose para sí el usufructo. Sobre lo cual ve a Decio, *consilium* 265, columna final.

Y como la caución no es de la substancia del usufructo, si el usufructuario actúa sin prestar la caución, mantiene (?) el juicio y la condena se debe dar bajo la condición que dé satisfacción, como dice Pablo de Castro en la Ley 1.^a, al final, en el Código, *de usufructu* (C. 3. 33. 1) y Decio, *Consilium* 408, en la quinta duda.

Y con respecto a que el heredero puede remitir esta satisfacción ve a Bartolo en mencionada Ley 1.^a siguiendo allí la glosa.

Y con respecto a que el testador no puede remitir esta caución y procede también respecto de las cosas muebles según Baldo y Saliceto en la mencionada Ley 1.^a. Aunque Cino ahí mantiene lo contrario. Pero la primera parte es más verdadera y se prueba en la mencionada Ley 1.^a y lo mantiene Alejandro, en el *consilium* 58, columna 3.^a, volumen 3.^o.

¿Y si el usufructo se deja a alguien por sí mismo y por su heredero, el heredero debe dar nueva caución? Ve a Baldo en la ley única, versículo Excepto, Código, *de caducis tollendis*, verso *si quid si concedo* (C. 6. 51. 1).

Y un caso donde no se da esta caución puedes verlo en la glosa, en la Ley *si usufructus*, Digesto, *usufructuaris quemadmodum caveat* (D. 7. 9. 7).»

Este deber del usufructuario de prestar la caución es, como norma general, obligatorio en cualquier modalidad de usufructo, sin embargo, se indican algunos supuestos, más limitados que en el Derecho Romano, donde la ley permite su dispensa:

— Cuando el donante se reserva el usufructo de los bienes que ha donado, una excepción indicada por Gregorio López en la Glosa 5 a la ley 20 tit. 31 de la Partida 3.^a: «Non habet locum ista cautio in eo qui donavit, reservato sibi usufructo.»

— El padre que tiene un usufructo legal de los bienes del hijo, Gregorio López Glosa 5 a la ley 20 tit. 31 de la Partida 3.^a.

También en el *Fuero Real*, en la Ley 7 del Título 18 del Libro 3, se indica la obligatoriedad de la prestación de la caución usufructuaria:

«Sy algun ome dicre a otro en su vida, o dexare a su muerte viña, o casa, o otra heredad qualquier, que la tenga e la desfrute por en sus días, e que a su muerte la dexa a otro libre e quita, aquel que la de tomar, sea tenuto de dar fiador que gela dexa libre e quita, o valla, quando quier que demande el fiador.»

En el Código Civil también se contempla esta modalidad de garantía del cumplimiento de los deberes por el usufructuario. Todo el articulado destinado a esta cuestión muestra, salvo algunos matices, una correspondencia muy próxima a las normativas precedentes.

Por cuanto se refiere a la obligación de prestar la fianza que constituye la *cautio*, nuestro Código no deja lugar a dudas en cuanto a su obligatoriedad: art. 491.2⁴⁷.

«El usufructuario antes de entrar en el goce de los bienes, esta obligado:
2. A prestar fianza, comprometiéndose a cumplir las obligaciones que le correspondan.»

También jurisprudencialmente se contempla esta exigencia de garantía en numerosas sentencias⁴⁸, particularmente STS de 10 de enero de 1894:

STS de 10 de enero de 1894: «El usufructuario estará obligado a prestar fianza antes de entrar a la explotación por sí mismo la finca en que se ha constituido el derecho de usufructo.»

Una vez establecida esta obligación general del usufructuario, esté como esté constituido el usufructo, se indican un determinado número de supuestos en donde el Código dispensa de tal obligación, supuestos que vienen a coincidir con los que ya indicamos admitía la legislación romana (art. 492):

— El vendedor o el donante que se hubieran reservado el usufructo de los bienes vendidos o donados⁴⁹.

⁴⁷ Código Civil Argentino, art. 2851: «El usufructuario, antes de entrar en el uso de la cosa sujeto al usufructo, debe dar fianza de que gozará de ella, y la conservará de conformidad a las leyes, y que llenará cumplidamente todas las obligaciones que le son impuestas por este Código o por el título constitutivo del usufructo, y que devolverá la cosa acabado el usufructo. La fianza puede ser dispensada por la voluntad de los constituyentes del usufructo.»

⁴⁸ STS del 5 de febrero del 1872: «Por Ley y por jurisprudencia el usufructuario debe prestar la llamada caución usufructuaria.»

⁴⁹ Código Civil Argentino, art. 2859: «Están también dispensados de dar fianza, el donante de bienes con la reserva del usufructo, y todos los que, enajenando una cosa a título oneroso, se hubiesen reservado el

— Los padres que son usufructuarios de los bienes de los hijos (de los bienes adventicios)⁵⁰.

— El cónyuge respecto de la cuota legal usufructuaria si no contrajeran los padres o el cónyuge ulterior matrimonio.

Con la salvedad indicada en STS de 12 de marzo de 1903:

«La circunstancia de que el usufructuario pueda consolidar el dominio no le exime de cumplir las obligaciones anejas a su derecho actual, ni, por consiguiente, de constituir al poseionarse de la finca usufructuada la fianza aunque no le fuere exigida.»

En el caso de que el usufructuario haya ya iniciado el disfrute de su derecho sin la prestación previa de la fianza, el Código indica que en tales casos:

El propietario podrá exigir⁵¹:

— Que los inmuebles se arrienden y se pongan en administración.

— Que los bienes muebles se vendan.

— Que los capitales, sumas en metálico y el precio de venta de los muebles se inviertan en valores seguros.

Las ganancias obtenidas ya sea por el arriendo de los inmuebles, por los intereses de los capitales, como por el interés del precio de la venta de los muebles, pertenecen al usufructuario (art. 494)⁵².

Aquí encontramos una ruptura, muy decisiva, respecto de la legislación romana. Como ya indicamos, en virtud de D. 7,1,13, el usufructuario no era propietario de los frutos que pudieran generar el bien usufructuado hasta que no hiciera efectiva la *cautio*, de manera tal que, para el Derecho Romano, en estas circunstancias, aunque el derecho de

usufructo. Pero tampoco esta dispensa podrá extenderse al adquirente y donatario del usufructo de un bien, del cual el vendedor o el donante se hubiesen reservado la nuda propiedad.»

⁵⁰ La Legislación Civil Foral de Cataluña en su art. 39, capítulo VI «De la tenuta», indica: «[...] La tenutaria tendrá las obligaciones de todo usufructuario, excepto la de prestar fianza.»

El Derecho Civil Aragonés en el art. 80, capítulo III «Del usufructo viudal», advierte que: «El cónyuge viudo sólo estará obligado a prestar fianza cuando: I. Cuando se hubiere establecido por el causante tal obligación en testamento u otro instrumento público. II. Cuando lo exijan los herederos nudo propietarios, salvo disposición contraria del causante.»

Asimismo el Código Civil Argentino, art. 2858: «Están dispensados de dar fianza los padres, por el usufructo de los bienes de sus hijos, pero esta dispensa no se aplica al usufructo constituido por convención o testamento de tercera persona a beneficio de los padres sobre los bienes de los hijos.»

⁵¹ Código Civil Argentino, art. 2856: «Si el usufructuario no diere la fianza en el término que le señale el Juez, los bienes inmuebles serán dados en arrendamiento, o puestos en secuestro, bajo la garantía de un encargado de hacer las reparaciones y entregar el excedente de los alquileres o arrendamiento al usufructuario.»

⁵² Código Civil Argentino, art. 2853: «La tardanza del usufructuario en dar la fianza, no le priva de sus derechos a los frutos, desde el momento en que ellos le son debidos.»

usufructo no se extinguía por la no prestación de la fianza, sin embargo el usufructuario no podía, en ningún caso, hacer uso de tal derecho, aun menos el percibir los posibles frutos, hasta hacer efectiva la *cautio*. Un argumento que ponía claramente de manifiesto como la *cautio* era considerada como un elemento básico y sustantivo del ejercicio del derecho; sin ella el usufructo aunque permanecía en potencia como derecho no podía, bajo ninguna circunstancia, hacerse efectivo en la práctica.

Frente a esta concepción propia de la jurisprudencia romana, nuestro Código Civil, junto abundante jurisprudencia⁵³, considera que, con independencia de hacer efectiva la fianza, el usufructuario tiene derecho a los frutos de toda índole que el bien usufructuado pueda generar, el único límite que se impone es que la entrega de dichos frutos solo se hará efectiva al momento de constituirse la misma. En otras palabras, el usufructuario que no ha realizado la garantía que supone la fianza es considerado propietario de los frutos producidos desde el mismo momento de la constitución del título del usufructo. El nudo propietario no puede alegar ningún derecho sobre los frutos desde que el usufructo se constituyó, solo le cabe recordar la exigencia de la fianza, e impedir que se le entreguen los frutos devengados hasta que se haga efectiva su prestación.

Nuestro Código⁵⁴ asume, asimismo, la posibilidad de que el nudo propietario retenga la cosa mientras no se haga efectiva la fianza, el *ius retentionis*, un recurso como sabemos propio del Derecho Romano (D. 7,1.3); sin embargo debemos constatar una diferencia sustancial, diferencia que pone de manifiesto dos perspectivas bien dispares del valor sustantivo de la fianza dentro de la estructura jurídica del usufructo.

Mientras el Derecho Romano consideraba que el *ius retentionis* que disponía el nudo propietario, frente al usufructuario que no constituía la *cautio*, le habilitaba para que la percepción de los frutos devengados durante dicho periodo se considerasen de su propiedad; en nuestro actual Derecho civil se admite, acorde con la teoría por él indicada en el art.494, que los frutos generados por el bien durante dicho periodo pertenecen en propiedad al usufructuario desde la misma constitución del usufructo, el nudo propietario solo puede asumir el papel de un mero administrador del bien, indemnizándosele, en todo caso, por los gastos deducidos de dicha administración.

Art. 494. fine «También podrá el propietario, si lo prefiere, mientras el usufructuario no preste fianza o quede dispensado de ella, retener en su poder los bienes del usufructo, en calidad de administrador, y con la obligación de entregar al usufructuario el producto lí-

⁵³ STS de 7 de noviembre del 1859: «La falta de prestación de la caución por el usufructuario, no produce la caducidad del usufructo, sino solamente el efecto de que el propietario pueda resistir la entrega de los frutos ó pedir que se depositen hasta que aquella se preste.»

⁵⁴ Al igual que en el art. 2852 del Código Civil Argentino: «Mientras el usufructuario no haya llenado la obligación impuesta por el artículo 2851, el propietario puede negarle la entrega de los objetos sujetos al usufructo; y si le hubiese dejado entrar en posesión de los bienes sin exigirle la fianza, podrá, sin embargo, exigírsela en cualquier momento.»

quido, deducida la suma que por dicha administración se convenga o judicialmente se señale.»

De la lectura de este artículo advertimos que se contempla también, junto al usufructuario que no da fianza, a aquel que se encuentra dispensado de la misma, quien aun perteneciéndole los frutos, se puede encontrar, a tenor del art. 494, imposibilitado por el nudo propietario para el uso del bien usufructuado, privado del *uti*; una equiparación, no creemos afortunada, entre el usufructuario que, por las circunstancias antes indicadas, se encontraba dispensado de la obligación de prestar la fianza, y aquél que simplemente no la quiera prestar.

A la vista del claro paralelismo, salvo los matices ya subrayados, entre nuestra legislación actual y la procedente de la jurisprudencia romana, se puede concluir que el deber de prestación de la *cautio*, que surge de forma nítida de las fuentes romanas, se ha mantenido como inevitable referente, una vez más, no solo en nuestro derecho intermedio de tradición romanista sino también para los legisladores de nuestra actual codificación civil.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBANESE, «La successione ereditaria in diritto romano antico», en *AUPA*, 20, 1949, pp. 257 y ss.
- BESLER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, 3.ª edic., Tübingen, 1913, pp. 24 y ss.
- BIANCOURT, «El Interdicto “decretal” *quod legatorum* contra el legatario de usufructo y de servidumbre predial», en *Estudios de Derecho Romano e Historia del Derecho Comparado. Homenaje a VALLS Y TABERNER*, XVIII, Barcelona, 1991, pp. 5293-5348; si como en *Derecho Romano Clásico*. Sevilla, 1995, pp. 471 y ss.
- BIONDI, *Studi sulle actiones arbitrariae e l'arbitrium iudicis*, Roma, 1930, p. 13 y ss.
- BORTOLUCCI, «Studi critici e giuridici sul Digesto. Sulla *cautio usufructuaria*», en *BIDR*, 21, 1090, pp. 126 y ss.
- SEGRE, *Mélanges Girard*, II, p. 564.
- DE RUGGIERO, «Sulla *cautio usufructuaria*», en *Studi Scialoja*, vol. I, Prato, 1905, pp. 72 y ss.
— *Usufrutto e diritti affini*, Napoli, 1913.
- GIOMARO, *Cautiones iudicales y officium iudicis*, Milano, 1982, pp. 217 y ss.
- GROSSO, *Usufrutto e figure affini*, 2.ª edic., Torino, 1958, pp. 274 y ss.
— *In tema di cautio fructuaria*, en *Atti Torino*, 72, pp. 58 y ss.
- KARLOWA, *Römischen Rechtsgeschichte*, vol. II, Leipzig, 1901, pp. 539 y ss.
- KASER, *Geteiles Eigentum im älterem römischen Recht*, vol. I, Weimar, 1939, pp. 458 y ss.
— *Eigentum und Besitz im älterem römischen Recht*, 2.ª edic., Köln-Graz, 1956, pp. 19 y ss., 28, 302 y ss.
- LA PIRA, *La successione ereditaria intestada e contro il testamento in diritto romano*, Firenze, 1930, pp. 231 y ss.

- LENEL, *EP*, 3, 1927, &286, pp. 538 y ss.
 — *Textkritische Miscellen*, en *Zs.* 39, 1918, pp. 159 y ss.
- LEVY, *West Roman Vulgar Law*, Philadelphia, 1951, pp. 71 y ss.
- LIGENTHAL, «Die prohibitoria actio», en *Zeitschrift f. Gesch. Rechtswiss.*, 12, 1844, pp. 258 y ss.
- LONGO, «Appunti esegetici e note critiche in tema di lex Aquilia», en *Longo Ricerche romanistiche*, Milano, 1966, en referencia a su utilización frente al usufructuario las pp. 713-764.
- LUBTOW, *Untersuchungen zur lex Aquilia de damno iniuria dato*, Berlín, 1971, pp. 224 y ss.
- MAC CORMACK «Juristic interpretation of the lex Aquilia», en *Studi Sanfilippo*, I, Milano, 1982, pp. 253-284.
- MARRONE, *Instituzioni di diritto romano*, Palermo, 1990, p. 499.
- PUGLIESE, «Usufrutto (Diritto Romano)», *Nss.D.I.*, vol. XX, 1975, p. 316.
- RABEL, *Grundzüge des römischen privatrechts*, Darmstad 1955, p. 84.
- SAMPER, *Derecho Romano*, 1983, pp. 183 y ss.
- THIELEMANN, «Actio utilis und Actio in factum Zu den Klagen im Umfeld der lex Aquilia», en *Studi Biscardi*, vol. II, Milano, 1982, pp. 259-318.
- THOMAS, *Textbook of Roman Law*, Amsterdam-New York-Oxford 1976, p. 260.
- VALIÑO, *Acciones pretorias complementarias a la acción civil de la ley Aquilia*, Pamplona, 1973, pp. 123 y ss.
- VAUCHER, *Usufruit et pars domini*, Lausanne, 1940.
- VOCI, *Teoria dell'acquisto del legato secondo il diritto romano*, Milano, 1936, pp. 31 y ss.
- WESENER, sv. *Usufructus* (PAULY y WISSOWA, *Real Encycl.*, IX A. I. 1961 col., pp. 1139 y ss.).

