

961
2-1

B10

BIONDO BIONDI

Profesor ordinario de la Universidad Católica de Milán

LOS BIENES

TRADUCCIÓN DE LA SEGUNDA EDICIÓN ITALIANA,
REVISADA Y AMPLIADA, POR

ANTONIO DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADÍO

Notario

227888

UNIVERSIDAD CATOLICA DE CHILE
BIBLIOTECA DE DERECHO



BOSCH, Casa Editorial - Urgel, 51 bis - BARCELONA

-3-

CAPÍTULO II

CLASIFICACIONES JURÍDICAS DE LAS COSAS

8. Valor técnico de las clasificaciones de las cosas. — *Sección I: COSAS CORPORALES E INCORPORALES.* — 9. Concepto e importancia. — 10. Los derechos. — 11. Otros bienes inmateriales: a) energías; b) espacio aéreo; c) trabajo y hechos del hombre; d) obras del ingenio; e) situaciones jurídicas y de hecho; f) títulos valores. — *Sección II: CUALIDADES JURÍDICAS DE LAS COSAS.* — 12. Valoración jurídica de las cualidades. — 13. Cosas fungibles y no fungibles. — 14. Determinación genérica. — 15. Cosas consumibles e inconsumibles. — 16. Cosas divisibles e indivisibles. — *Sección III: BIENES MUEBLES E INMUEBLES.* 17. Historia y función jurídica de la clasificación. — 18. Importancia jurídica de la clasificación. — 19. Los bienes inmuebles: a) suelo; b) fuentes y cursos de agua; c) árboles y frutos naturales; d) edificios y construcciones; e) molinos y flotantes. — 20. Derechos y acciones inmobiliarios. — 21. Bienes muebles. — 22. Bienes muebles registrados.

8. VALOR TÉCNICO DE LAS CLASIFICACIONES DE LAS COSAS. — En general, y en línea puramente lógica, podemos considerar infinitas las cualidades o propiedades de las cosas, las cuales serán diversas según el diverso punto de vista. Es claro que las cualidades de las cosas y relativas clasificaciones que interesan al estudioso de las ciencias químicas, no coinciden con las que puede presentar quien estudia animales o vegetales. Pero, aún permaneciendo en el campo de la vida práctica y de las relaciones sociales, no todas las cualidades que consideramos prácticamente son relevantes para el Derecho, sino que algunas sólo lo son como elementos de hecho. Generalmente, desde el punto de vista económico-social consideramos en las cosas la composición química, el estado físico, el valor,

el peso, la procedencia, el grado de calidad. Son todos aspectos prácticamente importantísimos, pero irrelevantes para el Derecho, a no ser como elementos de hecho, porque la ley, salvo algún particular punto de vista, no dicta un régimen particular en consideración a ellos: que la cosa tenga una determinada constitución química diferente de otra, que tenga una determinada procedencia o cualidad, en suma, para el Derecho no cuenta: el oro está sujeto al mismo régimen jurídico que la madera; una mercancía que provenga de Francia está disciplinada por las mismas normas que rigen respecto a la proveniente de Alemania, aunque en la práctica haya una enorme diferencia entre el oro y la madera y entre mercancías francesas y mercancías alemanas.

Esto no quiere decir que tales cualidades no tengan alguna relevancia jurídica. El valor es considerado sobre todo por las leyes fiscales, por las normas relativas a la forma de los actos, a la prueba, a la competencia judicial. La procedencia y la constitución química, por las leyes aduaneras. El elemento cualidad se toma en consideración en materia de contratos. Son, sin embargo, elementos colocados positivamente por la ley, susceptibles de determinaciones contingentes y extremadamente variables, que no inciden sobre el general régimen jurídico, ni son inspiradas por la sustancia de la relación: la relación del impuesto es siempre la misma, de la misma manera que la noción de competencia, de forma, de prueba, es siempre la misma cualquiera que sea el régimen positivo.

La ley por el contrario considera algunas cualidades de las cosas, de las cuales derivan las relativas clasificaciones según que presenten o no tales cualidades. Por tanto cualidades y clasificaciones tienen valor solamente técnico-jurídico en el sentido de que, mientras resultan indiferentes desde otros puntos de vista que no sean jurídicos, el régimen jurídico es diverso según que la cosa pertenezca a una o a otra categoría.

Las clasificaciones jurídicas de las cosas son muchas y tienen diversa función, alcance y origen.

Algunas derivan de la misma naturaleza de la relación, tanto que, desde el tiempo de los romanos, han sido introducidas en línea puramente interpretativa y deben admitirse pese al silencio de la ley; así, p. ej., deriva de la misma estructura de la relación que el mutuo tenga como objeto cosas fungibles y el usufructo cosas inconsumibles; de ahí la necesidad de distinguir cosas fungibles y no fungibles, consumibles e inconsumibles.

La distinción, en cambio, entre muebles e inmuebles está recogida en la Ley por exigencias particulares y tiene carácter positivo, ya que en línea puramente lógica y literal, la distinción debería estar fundada en la posibilidad o no que presente la cosa de trasladarse de un lugar a otro, esto es, con una función que no es la querida por la ley y que no tendría aquella importancia fundamental que tiene en el sistema legislativo, la cual importancia podría estar representada en otras distinciones fundadas sobre otras bases y con otra terminología (n. 17).

Algunas clasificaciones tienen importancia general, en cuanto contemplan una numerosa serie de instituciones (p. ej. la distinción entre muebles e inmuebles); otras tienen importancia limitada, esto es, que se toman en consideración respecto a singulares relaciones (p. ej., la distinción entre cosas fungibles y no fungibles, consumibles e inconsumibles). Algunas están recogidas explícitamente por la ley, otras, en cambio, están presupuestas o reflejadas incidentalmente respecto a cualquier relación o en la definición de la institución. Algunas provienen del Derecho romano y son trasladables al moderno, otras son absolutamente nuevas o bien asumen importancia y significado que no tenían en principio. Algunas presentan denominaciones que recuerdan las características físicas; p. ej., muebles e inmuebles, consumibles e inconsumibles; pero la ley, aun teniendo en cuenta la consideración física, asume la noción en sentido técnico jurídico (n. 12).

SECCIÓN I

Cosas corporales e incorpales¹

9. CONCEPTO E IMPORTANCIA.—La distinción proviene de los romanos, formulada por Gaio y recogida en el *Corpus Iuris*:² Son *corporales* aquellas cosas *quae tangi possunt*, como p. ej., finca, plata, oro y otras innumerables; por el contrario *incorporales* son aquellas *quae tangi non possunt* y precisamente aquellas *quae in iure consistunt*, como p. ej., la herencia, el usufructo, la *obligatio*. En general son corporales aquellas cosas que, teniendo entidad material, son perceptibles con nuestros sentidos y ocupan una parte determinada del espacio.

No se debe confundir materialidad con individualización material. La individualización puede advenir materialmente, delimitando la cosa del espacio circundante, pero puede tener lugar también idealmente. Un líquido o un gas encerrado en un recipiente está individualizado materialmente, pero también el agua corriente, el gas o la corriente eléctrica que discurre por un determinado conducto son siempre cosas materiales, no obstante la continua movilidad y el variar de la entidad corpórea; la individualización tiene lugar no sólo mediante separación material, sino también idealmente (tantas horas de agua) o bien mediante instrumentos mecánicos (contadores). La individualización ideal vale también respecto a las cosas que *prima facie* son corporales. Tomemos, p. ej., el suelo: también éste es susceptible de individualización ideal, esto es, no mediante separación material, sino con signos que permitan individualizar una parte, puesto que el Derecho toma en consideración no todo el orbe terráqueo, sino

¹ KAGAN, *Res corporalis and res incorporalis. A comparison of roman english Law*, en *Tulane Law Review*, 20 (1945), págs. 98 y sigts., 1946, págs. 378 y sigts.; PFLÜGER, *Ueber körperliche und unkörperliche Sachen*, en *Zeit. Sav. Stift.*, rom. Abth., 1947, pág. 65.

² Gai Inst., 2, 12; Pr. Inst. de reb. corporalibus, 2, 2; L. 1, 1 D. de div. rer., 1.8.

Aviamento y clientela, de cualquier modo que se quieran distinguir y concebir (cualidad, elementos),⁵⁷ no son bienes, porque aun teniendo valor económico, no son entidades en sí mismas consideradas, tales que puedan concebirse destacadas de la hacienda a la que se refieren; fuera de aquella determinada hacienda no tienen sentido, del mismo modo que no es concebible una servidumbre predial o hipoteca separada del fundo, o la ubicación o situación de un fundo separada del mismo. No se trata de dificultad o de disminuida individualidad, sino directamente de imposibilidad aun de hecho. Esto resulta también del art. 2.427, el cual dispone que "el aviamento puede ser inscrito en el activo del balance solamente cuando se haya pagado una suma a tal título en la adquisición de la hacienda a la cual se refiere". El aviamento, por consiguiente, aun siendo entidad económica no tiene existencia autónoma, ya que, si así fuese, la inscripción en el balance sería necesaria: por el contrario puede inscribirse sólo cuando haya sido pagada una correspondiente suma de dinero relativa a la hacienda a la cual se refiere. Que clientela y aviamento sean tutelados por la ley, susceptibles de valoración económica y por tanto que se puedan tener en cuenta en el acto de la transferencia, no quiere decir que sean bienes, de la misma manera que el tener en cuenta las servidumbres activas o pasivas o las hipotecas en la enajenación del fundo no implica de por sí que servidumbre e hipoteca sean bienes.⁵⁸

f) TÍTULOS VALORES. — Así se califican aquellos especiales documentos que contienen incorporado un determinado derecho patrimonial: títulos de crédito, acciones y participaciones sociales. No constituyen alguna particular categoría de bienes:⁵⁹ bajo el aspecto cartular o documental y porque en

1933, 1, págs. 281 y sigts.; MESSINEO, *Riflessione sulla c. d. proprietà commerciale*, en *Riv. trim. di dir. civ.*, 3 (1949) págs. 514 y sigts.

57 MESSINEO, 1, págs. 405 y sigts.

58 Sobre la cuestión vd. ampliamente GRECO, loc. cit. el cual admite tratarse sólo de menor autonomía; por esto no excluye que la clientela sea cosa y habla también de derecho real sobre la misma; en contra MESSINEO, loc. cit.

59 Diversamente FERRARA, pág. 862.

ellos se transfunde el derecho no son otra cosa que cosas muebles o corporales; bajo el aspecto del derecho incorporado pertenecen a la categoría de los derechos. En vista de su velocidad de circulación y para favorecerla, están sujetos a un especial régimen en cuanto contempla los medios de transmisión, la adquisición a non domino, y las formas de publicidad.

SECCIÓN II

Cualidades jurídicas de las cosas

12. VALORACIÓN JURÍDICA DE LAS CUALIDADES. — De conformidad con la estructura de la relación o para determinados fines, el Derecho toma en consideración algunas cualidades de las cosas, con objeto de exponer adecuadas clasificaciones según que presenten o no tales cualidades. De tal modo tradicionalmente se han formado las distinciones entre cosas fungibles y no fungibles, consumibles y no consumibles, divisibles e indivisibles, muebles e inmuebles, según que presenten, respectivamente la cualidad de la sustituibilidad, de la consumibilidad, de la indivisibilidad, o de la movilidad. Los términos están deducidos del lenguaje físico; pero la ley procede no por consideración física, sino que asume ante todo aquella cualidad en sentido técnico-jurídico, de modo que la terminología no tiene aquel significado que pueda tener en el mundo físico sino aquel que toma en el sistema jurídico.

Por tanto no sin razón, si bien sea superfluo, el código alemán define algunas nociones jurídicas de las cosas advirtiendo explícitamente que la definición es expuesta "im Sinne des Gesetzes" (§§ 90-92). Cosas inmuebles, por ej., no son jurídicamente sólo las cosas que no se pueden cambiar de un lugar a otro, sino también aquellas indicadas por la ley, independientemente de la movilidad; análogamente la indivisibilidad jurídica se entiende en el sentido no físico, sino técnico-jurídico, como consumibilidad no quiere decir destribilidad física sino transformación de la función económica social de la cosa.

Nuestro código, tanto el derogado como el vigente, como otros, a diferencia del proyecto, no expone explícitamente las clasificaciones que consideran las cualidades de las cosas, salvo aquella entre cosas muebles e inmuebles, aun presuponiéndolas a propósito de las singulares relaciones respecto a las cuales se toman en consideración; esto puede también estar justificado por el hecho de que se trata de nociones que resultan de la misma estructura de la relación; pero no es exacta la consideración que se invoca en la relación senatorial del código derogado, de que se trata de "distinciones puramente científicas"; esto puede ser verdad sólo si la calificación de científicas se entiende en el sentido no de teóricas, sino de que la ciencia jurídica las deduce de la estructura misma de la relación, que es disciplinada por la ley.

13. COSAS FUNGIBLES Y NO FUNGIBLES.¹— La distinción se funda en la consideración social que se tiene comúnmente de las cosas.

Toda cosa, individualmente considerada, desde el punto de vista rigurosamente físico, presenta caracteres y elementos que la individualizan y la hacen distinguir de las demás, aunque esté comprendida en la misma categoría. En la naturaleza no existen entidades absolutamente idénticas, ni hombres ni cosas; un billete de banco o una cierta cantidad de trigo son cosas físicamente distintas de otro billete del mismo tipo y valor o de una igual cantidad de trigo de la misma calidad, de la misma manera que dos hombres, aunque sean perfectamente semejantes y tengan la misma estructura, son muy distintos entre sí; un análisis físico-químico aun superficial, revelaría notable diferencia, quizá no menos

1 KARLOWA, *Ueber den Begriff der fungibilen Sachen*, en *Grünhut's Zeitschrift*, 16 (1888), págs. 406 y sigts.; BENZA, *Sul concetto di cose fungibili*, en *Studi in onore di C. Fadda*, 2, 353 y sigts.; FADDA y BENZA, *Note a Windscheid*, 1, 2, pág. 659; VASSALLI, *Individualizzazione e fungibilità delle cose*, en *Riv. della Navigazione*, 1949, págs. 86 y sigts.; para la bibliografía anterior, vd. STOLFI, página 491, núm. 2. Bajo el aspecto histórico GENZMER, *Pondere, numero, mensura*, en *Revue hist. droits de l'antiquité*, 1 (1952), págs. 469 y sigts.; SAVAGNONE, *La categoria delle "res fungibiles"* en *Bull. Ist. di dir. rom.*, 55-56 (1952), págs. 18 y siguientes.

notable que la que pudiera encontrarse entre cebada y trigo o bien entre un billete de banco y una hoja de papel de la misma calidad. Pero, desde el punto de vista práctico, en la valoración social se trata de cosas absolutamente idénticas, porque no hay interés en tener un determinado billete o una determinada cantidad de trigo de la misma calidad. Precisamente tales cosas, cuyas características individuales, aun siendo objetivamente existentes y verificables, son sin embargo omisibles, se llaman fungibles, en el sentido de sustituibles, subrogables, representables: una cosa puede sustituir muy bien a otra precisamente porque se trata de cosas socialmente idénticas. Los romanos para indicar el concepto de sustituibilidad hablaban de *res quae in genere suo functionem recipiunt* (1, 2, 1, D. de rebus cred. 12, 1). De este texto los intérpretes han sacado la palabra *fungibles*, justamente calificada de bárbara por Savigny,² el cual prefiere hablar de cosas de cantidad o, como decían los romanos, son cosas *quae pondere, numero, mensurave consistunt* (Inst. 3, 14 pr.). Pero el término "cantidad" que se encuentra en la definición del código alemán (§ 91), está muy lejos de expresar la noción jurídica de cosa fungible; cierto que las cosas fungibles se toman en consideración como cantidad, pero la idea jurídica de fungibilidad no está encerrada en el término cantidad. Tampoco la misma terminología tradicional, que habla de cosas fungibles, representables, sustituibles, encierra la noción jurídica. Las cosas fungibles son ciertamente sustituibles, pero la sustituibilidad no es la característica esencial y primaria de la noción jurídica de cosa fungible: un collar o un vestido en su función práctica pueden ser sustituidos con otro collar u otro vestido ya que tienen la misma función. La sustituibilidad es, ante todo, consecuencia del hecho de que las cosas fungibles son cosas idénticas. La noción jurídica de cosa fungible viene dada precisamente por la identidad económico-social de la que deriva la sustituibilidad. En rigor se debería hablar de cosas jurídicamente idénticas, en cuanto compren-

2 *Sistema*, vol. 6, págs. 142 y sigts., acerca del origen de la palabra, vd. WINDSCHEID, *Pandette*, 2, 1, pág. 9, núm. 3.

didadas en una misma categoría. Pero el término cosa fungible, introducido en el lenguaje científico y legislativo, es tan tradicional que no sería ni útil ni oportuno sustituirlo por otra locución.

Como las cosas fungibles son idénticas y la obligación naciente del mutuo se funda en la *datio* y surge dentro de los límites de esta, no tiene relevancia la variación de precio de las cosas a restituir ni se presenta la cuestión de la onerosidad.³

No se identifica fungibilidad con equivalencia.⁴ Esta, como expresa la misma frase, implica consideración puramente económica, esto es, relación entre cosa y valor. Esto de por sí permanece extraño a la noción jurídica de fungibilidad, la cual implica identidad de cosas comprendidas en una determinada categoría. Naturalmente las cosas fungibles, porque son idénticas, son también equivalentes: si una medida de trigo es idéntica a otra medida del mismo trigo, las dos medidas tendrán el mismo valor. Pero no todas las cosas equivalentes o que tengan la misma función son fungibles: un brillante puede tener el mismo valor que una perla, una lámpara puede tener el mismo valor que otra, pero tales cosas no son ciertamente fungibles, porque en la valoración social no es indiferente tener un brillante en vez de una perla o una lámpara en vez de otra.

La fungibilidad es una particular cualidad de determinadas categorías de cosas, deducida de la común y general consideración social. Por tanto la determinación de tal cualidad queda sustraída a la valoración individual.⁵ El trigo, el vino, la moneda, son sin duda, cosas fungibles precisamente porque socialmente se consideran como tales. Pero la autonomía privada, así como no puede hacer fungibles cosas que

3 Apello Génova 17 febrero 1950, en *Foro it.* 1951, I, 1.678 con nota.

4 Diversamente COVIELLO, pág. 253, afirma ser la fungibilidad "una relación de equivalencia".

5 Diversamente PINO, *Osservazioni sulla fungibilità dei beni*, en *Bancaria*, 1955, 931 y sigts. admite que la fungibilidad dependa de la consideración de los bienes que tienen las partes en la singular relación concreta, a propósito de una sentencia del Supremo Colegio (24 junio 1953, núm. 1.935) que ha decidido ser *quaestio voluntatis*.

socialmente no lo son, puede perfectamente considerar como no fungible una cosa que socialmente sea fungible, cuando se considere no en su normal función. En efecto, está permitido dar en comodato algunas monedas, no obstante ser la moneda cosa fungible y por esto no ser posible darla en comodato; pero en tal caso la moneda no está considerada como tal, esto es, destinada a ser gastada y a circular, sino para un uso determinado que no es el normal.

No toda determinación cuantitativa implica fungibilidad. El hecho de que las partes no puedan considerar como fungible una cosa que comúnmente no es tal, no excluye que los inmuebles, que ciertamente no son fungibles, y así otras cosas infungibles, sean consideradas como cosas de cantidad; por ejemplo, se vende o se da en arrendamiento una determinada cantidad de hectáreas de terreno o de vanos de una casa; pero en tal caso existe, ante todo, determinación genérica del objeto de la prestación (n. 14), y la cosa no deviene fungible sólo por esto, tanto que no puede constituir objeto de aquellas relaciones que son propias de las cosas fungibles.

Una extensión al trabajo de la noción de cosa fungible puede encontrarse en el art. 1.180 que, a fines de la posibilidad por parte de un tercero de ejecutar una obligación ajena, dispone que esto está admitido cuando se trate de prestaciones de "dinero, cosas fungibles o también de trabajo puramente material": el trabajo puramente material está colocado en el mismo plano que el dinero y las cosas fungibles. Esto implica solamente que tal clase de trabajo pueda ser ejecutado por cualquier persona, siempre que se pueda considerar como idéntico por quienquiera que sea prestado, de manera que el acreedor no tenga interés en que la prestación sea ejecutada por el deudor en vez de por un tercero. Bajo este aspecto se puede hablar de fungibilidad del trabajo, si bien estaría mejor hablar de fungibilidad de la persona que presta el trabajo.

Puesto que las cosas fungibles son cosas de cantidad, es menester individualizarlas. La individualización no implica simplemente descripción, como respecto a todas las cosas en

general, sino, antes bien, separación o aislamiento efectivo de una masa o de una categoría. Tal individualización tiene lugar en el modo que sea adecuado a cada cosa: una cosa es separar una cantidad de vino o trigo de una masa y otra es contar dinero.

La noción de cosa fungible es importante desde diversos puntos de vista y es contemplada expresamente por la ley muchas veces y para diversos fines. El paradigma legislativo es el dinero, tanto que frecuentemente se dice "dinero y otras cosas fungibles" y es precisamente por estas disposiciones y por la función que en ellas tiene tal calificación por lo que la doctrina deduce la noción de cosa fungible.

Algunos negocios, precisamente aquellos que implican por una parte transferencia de propiedad y por esto posibilidad de plena disposición y por otra obligación de restituir aquello que se ha recibido, pueden tener como objeto sólo cosas fungibles: el mutuo puede en efecto tener como objeto sólo "cantidad de dinero o de otras cosas fungibles" (artículo 1.813). La fungibilidad es un requisito que deriva de la misma estructura de la relación: un mutuo de cosas infungibles es un contrasentido. Inversamente el comodato, precisamente porque implica uso de la cosa y obligación de "restituir la misma cosa recibida" (art. 1.803) puede tener como objeto sólo cosas no fungibles.

Las cosas fungibles pueden constituir objeto de depósito; pero entonces la relación asume la particular figura de depósito irregular (art. 1.782). También el usufructo adquiere configuración distinta y tiene distintos efectos cuando tenga como objeto cosas consumibles (art. 995), que en su mayor parte son fungibles.

La fungibilidad de las cosas está tomada en consideración también en orden al cumplimiento de las obligaciones: la prestación de cosas fungibles y también del trabajo puramente material puede ser ejecutada por un tercero cuando el acreedor, como se ha dicho, "no tiene interés en que el deudor ejecute personalmente la prestación" (art. 1.180). Está contemplada también en el art. 1.377, el cual admite el paso de

la propiedad con el simple consentimiento, según el art. 1.376, "aún cuando para determinados efectos las cosas deban ser numeradas, pesadas o medidas", esto es, sean fungibles.⁶

La compensación es posible sólo entre dos deudas "que tienen por objeto una suma de dinero o una cantidad de cosas fungibles del mismo género" (art. 1.243). El añadido "del mismo género" resulta superfluo estando esto ínsito en la misma noción de cosa fungible: no existen cosas fungibles de otro género, ya que todas las cosas fungibles son del mismo género. La calificación procede del código derogado donde tenía su razón de ser: queriendo evitar el término fungible, admitía la compensación entre deudas, además que de dinero, entre aquellas que tenían por objeto "una determinada cantidad de cosas de la misma especie, las cuales pueden en el pago tener lugar una por otra" (art. 1.278): aquí la frase "de la misma especie" era un circunloquio para indicar cosas fungibles.

De dinero y otras cosas fungibles nuestro Código habla a propósito del legado periódico a fines del transcurso del tiempo (art. 670), de la subrogación por voluntad del deudor (art. 1.202), respecto a la restitución de las arras (artículo 1.385), a la ejecución coactiva por incumplimiento del vendedor (art. 1.516), a los derechos del poseedor del resguardo del depósito (art. 1.795), a la constitución de la renta perpetua (art. 1.861) y al cobro del crédito dado en prenda (art. 2.803).

14. DETERMINACIÓN GENÉRICA. — Asaz delicada, tanto que por algunos autores es explícitamente negada,⁷ es la sepa-

6 El art. 1.450 del viejo código disponía lo contrario: en la venta "de mercancías vendidas a peso, número, medida, la venta no es perfecta... hasta que las cosas sean pesadas, contadas, medidas".

7 FADDA y Bensa, *Note a Winscheid*, 1, 2, nota g, pág. 660 entienden que todos los esfuerzos para distinguir las dos categorías están privados de base tanto por los romanos como por el código. El error de esta afirmación está en considerar el género como categoría social, puesto que es una categoría individual, que se determina de vez en vez por voluntad del que cumple el negocio. En torno a la distinción y a la exacta concepción del género, vd. VASSALLI, *Delle obbligazioni*

ración entre cosas fungibles y cosas indicadas genéricamente. Las dos nociones tienen puntos de contacto, pero no coinciden.

La fungibilidad deriva de la valoración común de las cosas consideradas socialmente en todo idénticas y por tanto, bajo tal aspecto, sustraídas a la valoración individual. Cuando la ley habla de cosas fungibles y dispone que algunas relaciones e instituciones pueden tener como objeto o referirse sólo a cosas fungibles, quiere referirse a aquellas que entre ellas son consideradas idénticas. La determinación genérica deriva por el contrario de una consideración individual: esto es, son cosas que para quien concluye el negocio son consideradas iguales; la identidad individual implica determinados efectos y un determinado régimen, pero no la extensión sin más de los principios e instituciones que valen para las cosas fungibles. En un cierto sentido puede ser apropiado hablar de "fungibilidad en sentido subjetivo";⁸ esto es, de cosas que son sustituibles sólo por voluntad de las partes, siempre que aquella frase no implique la idea de extender a esta fungibilidad subjetiva las instituciones que valen para la fungibilidad objetiva, que es la sola y verdadera fungibilidad en el sentido de la ley.

La determinación genérica considera el modo con el que la cosa puede ser tenida en cuenta en una relación obligatoria, porque la determinación genérica se toma en consideración especialmente en materia de obligaciones: se habla de *genus in obligatione deductum* y de obligación de género, que tiene una particular disciplina.

La obligación puede tener como objeto un cuerpo cierto y determinado, esto es, una cosa netamente individualizada: el caballo A, la máquina B, la finca C, el vino encerrado en la cuba D. El deudor en tal caso debe dar aquella cosa indicada y ninguna otra, aunque esté comprendida en la misma categoría.

di genere in dir. rom., en *Studi Senesi*, 1909 y actualmente CARRESI, *Il commodato. Il mutuo*, 1950, págs. 107 y sigs.

⁸ BETTI, *Diritto romano*, pág. 701.

Existe, en cambio, obligación del género y se habla por los romanos con más exactitud de *genus in obligatione deductum*, cuando el deudor deba dar una cosa comprendida en aquella categoría (*genus*) que las partes determinan cada vez: esto es, el deudor debe dar no el caballo A, sino una cosa que corresponda a la característica de caballo, comprendida en la categoría de caballo; no la máquina B sino una cosa que presente aquellas características tenidas en cuenta en la relación.

Género es, por tanto, la categoría que comprende potencialmente todos los individuos que en la realidad objetiva corresponde a aquellos caracteres asumidos en la determinación genérica; existe, como dicen los romanos, *genus unum species infinitae* (l. 3, 21. D. de adquir. poss. 41, 2). El género es una categoría solamente lógica, esto es, un modo con el que puede ser determinado el objeto de la relación. Como tal determinación depende de la voluntad del hombre, el *genus* es variable: de la categoría más amplia (que no sea no obstante *genus summum*, ya que en tal caso la relación acabaría por ser irrisoria) y por sucesivas delimitaciones se puede llegar al género limitado: la categoría caballo se puede restringir indicando una determinada edad, raza, color, hasta llegar a la categoría caballo de una determinada cuadra.

Fungibilidad y determinación genérica son nociones distintas. Ciertamente las cosas fungibles son además cosas determinadas genéricamente, estando individualizadas por el hecho de que están comprendidas en una determinada categoría. Es posible que una cosa fungible sea considerada como cuerpo cierto y determinado (n. 13) p. ej. una determinada moneda o una determinada cuba de vino; inversamente cosas no fungibles pueden estar consideradas por la autonomía de los particulares como cosas determinadas genéricamente: caballos, terrenos, casas, no son ciertamente fungibles, ya que, socialmente no se consideran idénticas en la categoría en la que respectivamente están comprendidas, pero pueden perfectamente estar determinados como categorías.

La diversidad entre fungibilidad y determinación gené-

rica se manifiesta evidente en materia de cumplimiento: si la prestación tiene por objeto cosas fungibles, el deudor está obligado a dar sólo cosas que sean idénticas a la recibida; una diversidad ni siquiera es concebible, ya que sería contradictoria con la misma noción de fungibilidad. Por el contrario, en la determinación genérica la diferencia entre las cosas comprendidas en la misma categoría no sólo es posible, sino que es muy sensible, el que la ley imponga al deudor el prestar cosas "de calidad no inferior a la media" (art. 1.178). Análogamente en materia de legado de género se plantea la cuestión de la elección (art. 664) que no tiene sentido en orden a las cosas fungibles: se tiene interés a tener el caballo A en vez del caballo B, la máquina A en vez de la máquina B, si bien se trate de cosas que tienen las mismas características y la misma función, pero no existe razón alguna para preferir, si no es por mero capricho, un determinado billete de banco en vez de otro o un saco de trigo en vez de otro de la misma calidad.

La determinación genérica vale para las relaciones de obligación, cualquiera que sea la prestación: cosas no fungibles, como terrenos, casas y máquinas pueden ser tenidas en cuenta genéricamente en la obligación: tampoco queda excluida la posibilidad de una determinación genérica de trabajo sin precisión; en tal caso es menester prestar aquella media calidad de trabajo que puede proporcionar el trabajador según su capacidad.

Propiedad, derechos reales y posesión no pueden tener por objeto cosas determinadas genéricamente, ya que aquellas relaciones implican poder sobre una cosa, el cual no es concebible si la cosa no está individualizada. Por tanto cuando la obligación tenga por objeto un género, el acreedor tiene derecho a obtener una cosa comprendida en aquel género, pero la propiedad se transmite no con el simple consentimiento, sino con la individualización de la cosa, hecha en los modos legales, esto es, que es precisa la concentración o concreción (Konkretisierung) de la obligación en un cuerpo cierto y determinado a fin de que se adquiera la propiedad.

Esto no excluye la posibilidad de una propiedad o de un derecho real de goce de un rebaño o de otras cosas determinadas genéricamente; pero en tal caso el derecho recae no sobre el género, sino sobre un complejo de cosas que, como tal, constituye un cuerpo cierto y determinado, no un género.

15. COSAS CONSUMIBLES E INCONSUMIBLES. — Se dicen jurídicamente consumibles aquellas cosas que, como decían los romanos, *usu consumuntur*, o sea, que usándolas conforme a su destino, se destruyen en su esencia o destino, p. j., leña, carbón, dinero. Viceversa, son no consumibles o, como decían los romanos, *res quae usu non consumuntur*, aquellas que se pueden usar por un tiempo indefinido sin que al uso corresponda ni destrucción ni sensible y apreciable alteración de su esencia; p. ej., terrenos, casa, libros, metales, etc.

La noción de consumibilidad se debe entender en sentido no físico sino técnico jurídico. La consumibilidad física no coincide con la jurídica. Consumición jurídica no quiere decir destrucción de la materia, ya que físicamente la materia jamás se destruye sino que se transforma siempre, sino transformación de la función económico-social de la cosa: cuando quemamos leña, físicamente he transformado, pero no destruido materia alguna, jurídicamente por el contrario, he destruido aquella entidad que primeramente era leña y que ahora ya no lo es.

La noción jurídica de consumibilidad tampoco coincide con la física bajo otro aspecto: jurídicamente es posible que una cosa se consuma aun permaneciendo físicamente inalterada: la moneda, y todavía más la metálica, para el Derecho es cosa consumible, no obstante poder permanecer inalterada por largos años, quizá sin duda por siglos, ya que el uso está en gastarla y el consumo está en el hecho mismo de salir del patrimonio de una persona, aun permaneciendo inalterada en su entidad material; por esto respecto a las cosas inconsumibles se ha hablado de una utilidad repetida⁹ en el

9 VENEZIAN, *Usufrutto*, vol. 2, págs. 277 y sigts.

sentido de que se renueva, en contraposición a la moneda que no se puede gastar más que una sola vez; los romanos hablaban de *consumare pecuniam* en el sentido de gastarla. Análogamente son consumibles los materiales de construcción (ladrillos, cemento, vigas, etc.) precisamente porque su uso consiste en incorporarlos a un edificio, aun permaneciendo materialmente inalterables y la utilidad se puede repetir sólo con la separación.

Para juzgar si una cosa es consumible o no, es preciso tener en cuenta no todos sus posibles usos, sino el normal: yo puedo usar un mueble o un cuadro quemándolo para calentarme, pero esto no es ciertamente el uso normal y común de tales cosas.

Se considera consumible la cosa cuando el consumo tenga lugar súbitamente y como efecto inmediato del uso: no se toma, por tanto, en consideración aquel lento desgaste al que están sujetas todas las cosas: una máquina se gasta como se gasta también a largo tiempo el edificio; pero se trata de un consumo lento e insensible, tal que a cada singular acto de uso no corresponde un deterioro apreciable.

La noción de consumibilidad no se identifica con la de fungibilidad,¹⁰ ya que las dos nociones se fundan en caracteres y consideraciones distintos: fungibilidad y determinación genérica denotan la pertenencia a una categoría, de manera que todas las cosas en ella comprendidas se consideran idénticas; la consumibilidad prescinde, por el contrario, de tal pertenencia porque considera la cosa de por sí en relación al uso que es normalmente destinada. Esto no quita para que las dos nociones en concreto puedan coincidir: todas las cosas fungibles son también consumibles;¹¹ pero puede haber cosas fungibles o genéricas no consumibles, como, p. ej., libros, muebles fabricados en serie, etc.

¹⁰ CROME, pág. 209; DE RUGGIERO, pág. 442; COVIELLO, pág. 235; FERRARA, página 836.

¹¹ En vista de esto el art. 1.819 del viejo código civ. definía el mutuo como "préstamo de consumo" por el hecho de que tiene por objeto cosas fungibles; el artículo 1.813 del nuevo código no habla ya de préstamo de consumo.

La noción de consumibilidad se toma en consideración en cuanto a aquellas relaciones que, al tiempo que atribuyen derechos reales o personales de goce, imponen obligación de restitución de la misma cosa al cesar la relación. Usufructo y uso por su naturaleza no pueden tener como objeto más que cosas inconsumibles, ya que el usufructo, y por más fuerte razón el uso, atribuye al titular el derecho de gozar de la cosa respetando el destino económico e imponen al cesar la relación la restitución de la misma cosa recibida, tanto que se plantea la cuestión de la responsabilidad cuando el titular no haya gozado de la cosa como un buen padre de familia (artículo 1.001). Es una excepción, quizá la única, al principio general de que cualquier cosa en el comercio puede constituir objeto de aquella relación, deducida de su íntima estructura.¹² Por la misma razón no pueden tener como objeto cosas consumibles ni el arrendamiento (art. 1.590), ni el depósito (artículo 1.766). Esto no excluye que pueda haber un usufructo sobre cosas consumibles (el *quasi usufructus* de los romanos) (art. 995) o un depósito de cosas consumibles (depósito irregular, art. 1.782); pero se trata de relaciones que tienen distinta estructura y por tanto es siempre necesario fijar si se trata de una cosa consumible o no.

La consumibilidad de las cosas está también considerada a efectos de la colación (art. 750).

El régimen de algunas entidades en orden al usufructo y a otras instituciones está sugerido por la estructura de las singulares instituciones más que por la consumibilidad o no de dichas entidades; así en cuanto al rebaño, art. 994, respecto a los aperos y ganados, art. 998 y los créditos, artículo 1.000; otro tanto puede decirse en cuanto a la hacienda, los títulos de crédito y otras entidades incorporales. Por tanto parece ociosa la discusión de si las predichas entidades entran en la categoría de las cosas consumibles o inconsumibles, como también si se trata de usufructo o cuasiusufructo frente a la general y comprensiva enunciación del artícu-

¹² Inst. 2, 4, 2: *nam eae res quae usu consumuntur neque naturali ratione neque civili recipiunt usum fructum.*

lo 981. La disciplina de tales relaciones se deberá deducir de las disposiciones positivas o de su estructura.

Una categoría intermedia está constituida por las cosas deteriorables (vestidos, ropas, etc.) respecto a las cuales el consumo no es tan instantáneo como en cuanto a las cosas consumibles, pero es más rápido y sensible que en las inconsumibles.¹³ El art. 996 con relación al usufructo habla de cosas "que sin consumirse de una vez se deterioran poco a poco". Las cosas deteriorables están tomadas en consideración en orden a la restitución de la dote (art. 195), a la colación (art. 750), y al usufructo (art. 996).¹⁴

16. COSAS DIVISIBLES E INDIVISIBLES.¹⁵—La noción de divisibilidad jurídica no corresponde a la física; antes bien la noción de indivisibilidad no surge ni siquiera del mundo físico: cualquier cosa se puede materialmente descomponer en minúsculas partes; si hoy se llega a descomponer el átomo, está claro que ninguna cosa se sustrae a la posibilidad de la descomposición.

Jurídicamente, por el contrario, no todas las cosas son divisibles: son tales aquellas que pueden fraccionarse de modo que las singulares partes resultantes de la división tengan la misma función que el todo y por tanto entre las partes y el todo haya diferencia de cantidad más que de calidad; p. ej., cantidades de género, tela, terrenos, edificios en líneas generales, son cosas divisibles ya que las partes resultantes de la

13 La tradición romanística acerca de los vestidos no es segura dada la contradicción en las fuentes. L. 9, 3 D. usufruct. quemadmodum caveat 7, 9, admite un verdadero usufructo y el usufructuario está exento de responsabilidad si restituye el vestido *sine dolo malo adritam*; por el contrario § 2 Inst. de usufruct. 2, 4, enumera los vestidos entre las cosas consumibles, lo mismo que los alimentos. L. 15 4 D. de usufruct. 7, 1, admite el usufructo, a menos que los vestidos no se consideren como cantidad; vd. PAMPALONI, *Sull'oggetto del quasi usufrutto*, I. *Quasi usufrutto su cose deteriorabili* en *Bull. Ist. di dir. rom.*, 19 (1907), págs. 85 y siguientes. LONGO, pág. 78.

14 BARBERO, *Usufrutto*, págs. 225 y sigts., 308 y sigts.; PUGLIESE, *Usufrutto* cit. págs. 593 y sigts.

15 BIANCHI, *I principi de la indivisibilità nel diritto civile italiano*, Siena, 1881; *La divisibilità e la indivisibilità delle cose corporali*, en *Arch. giur.*, 79, (1882), págs. 32 y sigts.; GAUDEMET, *Etudes juridiques de l'indivision en droit rom.*, 1934; para la bibliografía anterior vd. STOLFI, pág. 495, núm. 1.

división son siempre género, tela, terrenos, edificio, etc. En cambio son indivisibles aquellas cosas que no son susceptibles de fraccionamiento de tal clase; los romanos hablaban de cosas *quae sine interitu dividi non possunt* (L. 35, 3 D. de rei vind. 6, 1); así una máquina, un libro, un animal, físicamente se pueden triturar en cuantas partes se quiera, pero las partes resultantes de la división no tienen la misma función que el todo; serán piezas o fragmentos de máquina, de animal, pero jamás máquina, libro o animal.

La noción jurídica de indivisibilidad se encuentra enunciada en el art. 1.112, que establece que la disolución de la comunidad no puede ser pedida "cuando se trata de cosas que, si se dividieran, dejarían de servir al uso para el que están destinadas". Aquí se pone en evidencia el concepto de función, confirmado por el art. 1.117, que determina qué cosas deben permanecer en comunidad. La regla está colocada en materia de condominio y división de los edificios, pero tiene alcance general.

A la noción jurídica de divisibilidad permanece extraña la idea de valor: se requiere que las partes resultantes de la división tengan la misma esencia y función del todo, pero no es necesario que la suma de las partes divididas represente exactamente el valor del entero; la división en algunos casos significa la conveniencia o no de fraccionar la cosa pero no influye sobre la noción de divisibilidad jurídica: es posible que el fraccionamiento de un terreno o de un edificio signifique respecto al todo aumento de valor, como inversamente es posible que la división de un brillante signifique disminución; esto no obstante terreno, casa y brillante son siempre cosas divisibles, porque el fraccionamiento no destruye su esencia.

En materia de divisibilidad no es posible presentar categorías rígidas. Los edificios, en líneas generales, son divisibles, pero una villa o un pequeño departamento podrá ser indivisible, cuando cada una de las singulares partes no tengan aquella autonomía que se requiere para que les corresponda la misma función que al todo; el terreno es divisible, pero una porción de terreno por su pequeñez o disposición

puede también no dividirse cuando las partes resulten entidades inútiles. A veces la divisibilidad del todo no implica divisibilidad de algunas partes componentes; así el edificio es divisible, pero son indivisibles, según el art. 1.117 permaneciendo en común, el suelo, los cimientos, las escaleras y todas aquellas obras indicadas en la ley.

Cuando se plantea la cuestión de la indivisibilidad la entendemos referida a la cosa en su entidad material, en relación a la división material o ideal de ella. División, por tanto, de la cosa más que del valor. Si consideramos en cambio la división del valor, todas las cosas son divisibles, puesto que el valor, precisamente porque es reducible a dinero, puede fraccionarse en cuantas partes queramos. No existen cosas indivisibles respecto al valor, puesto que a la cosa siempre se la puede sustituir por un determinado valor, esto es dinero, que de por sí es divisible; así, p. ej., un billete de banco o un título de crédito en su entidad material es jurídicamente indivisible, dado que las partes no son otra cosa que pedazos de papel; pero siempre es divisible en cuanto al valor.

Junto a la indivisibilidad por naturaleza, de la que hemos hablado, hay una indivisibilidad por ley o por voluntad de las partes, en el sentido de que por ley o por voluntad privada una cosa, que sería divisible, se considera indivisible.

Según el art. 846 está prohibido el fraccionamiento del terreno cuando "no respeten la unidad mínima de cultivo", esto es aquella que es "necesaria y suficiente para el trabajo de una familia agrícola y, si no se trata de terreno roturado, para ejercitar un conveniente cultivo según las reglas de la buena técnica agraria".¹⁶

La divisibilidad otras veces es entendida por la ley en sentido relativo, o sea con aquella elasticidad propia del or-

16 Sobre el tema que considera más el régimen territorial y el derecho agrario que los bienes, y las cuestiones relativas, no obstante el fundamento de la disposición, vd. D'AMELIO, *La piccola unità colturale indivisibile*, en *Riv. di dir. agrario*, 1949, 1, págs. 1 y sigts.; TAMBORLINI, *Indivisibilità delle unità culturali*, *Ibidem*, 1941, 1, págs. 48 y sigts.; DE MARTINO, págs. 16 y sigts.; CALLEGARI, *Sull'autorità competente a determinare l'estensione della minima unità culturale*, *Ibidem*, págs. 248 y sigts. PUGLIATTI, en *Commentario D'Amelio*, págs. 181 y sigts.

denamiento jurídico, que intenta proveer a las necesidades prácticas antes que responder a esquemas rigurosamente lógicos. El art. 1.119 dispone que las partes comunes del edificio, esto es aquellas indicadas en el art. 1.117, no están sujetas a división "a menos que la división pueda hacerse sin que resulte más incómodo el uso de la cosa a cada condómino". Aquí la ley pone como criterio excepcional a la indivisión el elemento de la comodidad: las partes comunes pueden dividirse cuando el uso de la cosa no resulte más incómodo para cada condómino. El criterio de la comodidad es un tanto elástico y mucho es deferido al prudente poder discrecional del juez llamado a decidir si la división hace más incómodo el uso de la cosa. El índice de la comodidad se deduce en líneas generales de la idoneidad de las partes para responder a la misma función del todo.¹⁷ Tampoco es de descuidar el elemento valor o de conveniencia, que puede imponer la indivisibilidad; por esto justamente se ha decidido que la división deba excluirse cuando sea necesario, por efecto de ella, constituir una multiplicidad de servidumbres entre las partes divididas o bien exigir obras importantes,¹⁸ o el fraccionamiento sea perjudicial a la economía pública o privada.¹⁹ En todo caso se debe tratar de consideraciones objetivas, seriamente valables, no de mero capricho o de valoración solamente subjetiva. La fijación de tales elementos es cuestión de hecho y por tanto incensurable en casación.²⁰

En algunas cosas la división está suspendida por razones particulares, no obstante tratarse de cosas divisibles; más que de indivisión se habla de suspensión o impedimento a la división; así cuando la herencia sea deferida a *nascituri* o a hijos naturales cuyo estado es discutido; la suspensión se

17 App. Palermo, 3 diciembre 1948, en *Rep. Foro it.*, 1949, voz *Divisione*, número 15.

18 App. Turín, 11 mayo 1943, en *Rep. Foro it.* 1943-45, voz *Divisione*, núm. 38; Cass. 31 diciembre 1952, en *Rep. Foro it.* 1952, voz *Divisione*; Cass. 22 enero 1953, en *Giustizia civile*, 1953, 275; Cass. 3 diciembre 1953 en *Rep. Foro it.*, 1953, voz *Divisione*, núm. 16. Divisible ha sido declarado una fonda no obstante perdurar su destino; Cass. 29 Mayo 1946, en *Rep. Foro it.* voz cit. núm. 24.

19 Cass. 11 julio 1953, en *Rep. Foro it.* 1953, voz *Divisione*, núm. 26.

20 Cass. 31 diciembre 1952, en *Rep. Foro it.* 1952, voz *Divisione*, núm. 32.

justifica con razones prácticas, tanto que la misma ley admite que la autoridad judicial pueda autorizar la división con oportunas cautelas (art. 715).

La suspensión de la división puede derivarse también de la voluntad de las partes (*pactum ne dividatur*), las cuales, dentro de los límites de tiempo señalados en el art. 1.111, se comprometen a permanecer en comunidad. Este pacto, que por disposición de la ley vincula también a los causahabientes de los contratantes, se refiere solamente a la división de la cosa común, la cual, para todos los demás posibles efectos, se debe considerar como divisible, siempre que sea tal según la noción dicha.

La noción de divisibilidad es independiente del modo con que se actúe la división, que es diversa según la diversa naturaleza de la cosa. La división de algunas cosas requiere división material, o sea separación efectiva y real, interposición de aire entre las singulares partes: para dividir un tronco de árbol es necesario hacerlo pedazos, como para dividir géneros se precisa una separación material. En otras cosas la división que se hace mediante colocación de signos: los terrenos se dividen por medio de setos, hileras de árboles, muros, etc.; los edificios se dividen por simple dominación: por planos, por ubicación, por descripción. En tales casos sería absurdo hablar de división material.

La posibilidad de una división ideal, esto es, por signos o denominaciones, no lleva a la conclusión de que todas las cosas sean divisibles, puesto que para la división jurídica no es necesario el fraccionamiento efectivo y real; la distinción subsiste siempre: es posible dividir idealmente un edificio sin demolerlo, pero las partes tienen siempre la misma función del todo; por el contrario no es posible dividir ni siquiera idealmente un animal o una máquina ya que las partes resultantes de tal división no representarían en modo alguno al total.

La cuestión de la divisibilidad es importante sobre todo en relación a la comunidad y su correspondiente división. La indivisibilidad determina que algunas entidades estén suje-

tas a comunidad (art. 1.117), a menos que la división pueda hacerse sin que resulte más incómodo el uso de la cosa a cada condómino (art. 1.119); la disolución de la comunidad no está consentida "cuando se trata de cosas que, si se dividieran, dejarían de servir para el uso a que están destinadas" (art. 1.112); "si la cosa puede ser cómodamente dividida", la división se hace in natura; de otro modo sobre el valor.

Se toma en consideración también en materia de obligaciones, ya que la obligación es indivisible cuando tenga como objeto "una cosa o un hecho que no es susceptible de división" (art. 1.316).

El art. 1.772 dicta particulares disposiciones cuando al depositante suceden varios herederos "si la cosa no es divisible".

La noción de divisibilidad vale no sólo para las cosas corporales, sino también para otras entidades jurídicas, respecto a las cuales se presenta el mismo problema, si bien para otros fines y desde diversos puntos de vista.

También se consideran los hechos sobre todo como objeto de la obligación: al sentido del citado art. 1.316 hay hechos divisibles y hechos indivisibles a fin de determinar si la respectiva obligación es divisible o indivisible. No debemos limitarnos al hecho objetivamente considerado ya que, como dispone el mismo art. 1.316, es necesario tener presente "el modo en que ha sido considerado por las partes contratantes". Sobre este punto nos remitimos al tratado relativo a las obligaciones indivisibles.

También en orden a las relaciones jurídicas, sean activas o pasivas, se presenta el problema de la divisibilidad. Se habla de indivisibilidad de las servidumbres y de la hipoteca en contraposición a la divisibilidad de otras relaciones, como el usufructo: algunas obligaciones son divisibles, otras no. La cuestión no se presenta en orden al derecho de propiedad ya que se reduce a la cuestión de la divisibilidad de la cosa sobre la que recae la propiedad.

Es preciso considerar la misma naturaleza del derecho

para juzgar si es divisible o no, más que la cosa sobre la cual está constituido: la servidumbre y la hipoteca son indivisibles, no obstante que recaigan sobre cosas divisibles.

Puesto que es necesario referirse al derecho, nos remitimos a los particulares tratados, también porque la cuestión de la divisibilidad tiene significado y valor diverso según las singulares relaciones: en efecto, una cosa es la indivisibilidad de la servidumbre y otra cosa es la indivisibilidad de la hipoteca y de la obligación.

En general tratándose de entidades incorporales, la división de los derechos es posible sólo idealmente, y el criterio a seguir para juzgar si un derecho es o no divisible es el mismo que vale para las cosas corporales, esto es, ver si el fraccionamiento no desnaturaliza la esencia y la función; mientras que respecto a las cosas corporales es preciso considerar la naturaleza y la función de la cosa, en cuanto a los derechos es preciso tener presente la estructura de cada uno y su función.

La cuestión de la divisibilidad de los derechos tiene alcance más vasto que la de las cosas corporales: se presenta no sólo respecto al fraccionamiento de la comunidad ya surgida, sino además en orden a la posibilidad del surgir o extinguirse el derecho *pro parte*.

Es preciso distinguir entre división del derecho y división de la cosa material sobre la que recae: se puede dividir el fundo sirviente o el dominante o el fundo hipotecado, sin que esto afecte a la servidumbre o a la hipoteca. El derecho puede ser indivisible, pero su ejercicio puede ser fraccionado, como en el caso de la servidumbre, que se ejercita fraccionadamente por más condóminos. Y además, aun cuando el derecho sea indivisible, la entidad material que se obtiene de su ejercicio puede ser fraccionada; p. ej., la servidumbre es indivisible, pero es divisible el agua que se saca de su ejercicio.

Son todos problemas que no se pueden resolver en general, sino en orden a las singulares relaciones, respecto a cada una de las cuales la cuestión de la divisibilidad se presenta de modo diverso y con diversos efectos.

SECCIÓN III

Bienes muebles e inmuebles¹

17. HISTORIA Y FUNCIÓN JURÍDICA DE LA CLASIFICACIÓN.² — La distinción entre muebles e inmuebles, según que puedan transportarse de un lugar a otro o por fuerza propia o por hecho del hombre, físicamente es intuitiva y no presenta dificultad. Pero la ley toma en consideración no aquel criterio físico de la movilidad en el sentido de mutabilidad, contenido en la terminología, sino la importancia social de los bienes, de modo que el lenguaje resulta convencional: son inmuebles precisamente aquellos declarados tales por la ley. La inclusión en una u otra categoría no es obra de interpretación, sino de voluntad legislativa; el jurista no puede más que interpretar las singulares disposiciones legislativas, a diferencia de las otras clasificaciones que la ciencia jurídica recaba de la estructura de las singulares relaciones. Por tanto si el suelo es siempre considerado como inmueble, hay bienes que aun siendo físicamente muebles, por razones particulares son declarados inmuebles por la ley.

La clasificación tiene una historia. La noción de inmueble, que se identifica con el terreno es antigua,³ y es sobre el terreno sobre el que se basa el orden económico y jurídico hasta nuestros días. Pero como junto al terreno existen también otros bienes y esta categoría se extiende siempre

1 De la amplia literatura recordamos: RUTA-CRESPIANI, *Beni immobili*, en *Enc. giur. it.* y allí la extensa bibliografía anterior, a la que se añaden otras indicaciones en STOLFI, pág. 450, núm. 2; BONFANTE, *Note al Windscheid*, 1, 2, nota e, págs. 526 y sigts.; COVIELLO, págs. 241 y sigts.; FERRARA, págs. 818 y siguientes; DE MARTINO, págs. 11 y sigts.; PUGLIATTI, *La distinzione tra beni mobili ed immobili*, en *Annali Un. di Messina*, 1929-30, págs. 127 y sigts.; MAROI, *Beni immobili e mobili*, en *Nuovo Dig. ital.* vol. 2 págs. 323 y sigts.; D'AMELIO, páginas 15 y sigts.

2 GOURY, *Origine et développement hist. de la distinction en meubles et immeubles*, 1896; BONFANTE, *Note al Windscheid*, cit. págs. 539 y sigts.; ROBERTI, *Svolgimento storico del dir. priv. in Italia*, 2, págs. 56 y sigts.; BESTA, *I diritti sulle cose*, págs. 61 y sigts.

3 SCHÖNBAUER, *Beiträge zur Geschichte des Liegenschaftsrechts im Alterum*, año 1924.

Todo esto demuestra como la cosa compuesta está sujeta a un particular régimen jurídico que no vale para las cosas simples. Y aun cuando, contrariamente a lo dispuesto por el artículo 934, no se quiera admitir la propiedad sobre el todo, considerando el edificio no cual unidad compleja sino como suma de singulares cosas pertenecientes a propietarios diversos, de modo que haya otras tantas singulares propiedades, la noción de cosa compuesta no perdería su importancia jurídica ya que se trataría siempre de un sistema de distintas propiedades, sujeto a disciplina particular, que no coincide ni con la de la propiedad separada ni con la de la comunidad: esto es, se verifica una situación totalmente particular que justifica la noción de cosa compuesta, la cual, bien lejos de ser teórica, intenta dar una justificación a aquella situación.

b) La noción de cosa compuesta es importante a fines de la usucapición, y es precisamente a este propósito al que el jurista romano en el texto referido presenta la distinción entre cosa simple y cosa compuesta: en efecto, advierte que en orden a las cosas simples la usucapición *quaestionem non habet*, por el contrario acerca de las cosas compuestas, *habet*. Esto demuestra que la distinción, no obstante ser recogida de la filosofía estoica, tiene reflejos jurídicos. El jurista romano presenta el siguiente caso, que puede muy bien proponerse también hoy: si el poseedor *ad usucapionem* de materiales de construcción y al cual faltan apenas diez días para la conclusión de la usucapición, los ha incorporado a un edificio, adquiere la propiedad de los materiales cuando haya poseído la construcción por aquel período de tiempo que le faltaba para la usucapición. Esto demuestra que la posesión del todo implica posesión de la parte: así como es posible propiedad del todo aun sin ser propietario de la parte, así la posesión del todo implica posesión de la parte. Sin la noción de cosa compuesta difícilmente se podría llegar a aquel resultado: si el material ya poseído pero incorporado al edificio conservase su autonomía, sería necesario admitir que la usucapición se cumplía poseyendo el singular material en vez del edifi-

cio. Esto resulta confirmado por el diverso régimen cuando no auxilie la noción de cosa compuesta: el jurista romano presenta a continuación el caso de la gema engarzada en el anillo; aquí tenemos simple conjunción, pero no cosa compuesta por tanto: *et aurum et gemmam possideri et usucapi, cum utrumque maneat integrum* (l. 30, l. cit.), o sea las singulares cosas unidas pueden ser poseídas y usucapidas separadamente.

c) Precisamente porque la cosa compuesta se presenta como complejo unitario, los actos de disposición del todo se refieren implícitamente a las partes componentes: si yo vendo o concedo hipoteca sobre un edificio, el acto se extiende a todos los materiales que componen el edificio. Esto tiene lugar también respecto a las cosas simples: si yo vendo un animal vendo todo el animal en todas sus varias partes. Pero mientras que en cuanto al animal es absurdo pensar que el enajenante venda el animal y no el esqueleto o la sangre, en orden al edificio es perfectamente posible que el enajenante exceptúe cualquier elemento constructivo, o éste de por sí esté exceptuado por el hecho mismo de pertenecer a otro.

26. COMPLEJOS DE COSAS.¹³ — También esta noción proviene de los juristas romanos¹⁴ y esto es garantía suficiente de que no es meramente teórica, ya que los romanos constantemente eran ajenos a teorizar. Pomponio en el pasaje arriba referido, junto a las dos categorías de *corpora* (*quod continetur uno spiritu y quod coherentibus constat*) coloca un ter-

13 HASSE, *Ueber Universitates iuris und rerum*, en *Arch. civ. Praxis*, 5 (1882), págs. 1 y sigts.; MUEHLENBRUCH, *Ueber die sog. iuris und facti universitates*, en *Arch. civ. Praxis*, 17 (1834), págs. 321 y sigts.; MILONE, *Le universitates rerum. Studio di diritto rom.*, Nápoles, 1894; TENDI, *Le universitates rerum*, Florencia, 1906; FADDA y BENA, *Note a Windscheid*, nota b, págs. 433 y sigts.; STOLFI, págs. 497 y sigts.; amplia bibliografía en la pág. 497, núm. 1; SCIALOJA, págs. 30 y sigts.; BONFANTE, *La formazione scolastica della dottrina delle universitates*, en *Scritti giuridici*, vol. 1, págs. 307 y sigts.; *Proprietà*, págs. 108 y sigts.; FERRARA, págs. 797 y sigts.; BARBERO, *Le universalità patrimoniali*, Milán, 1936; PUGLIATTI, *Riflessioni in tema di universitas*, en *Riv. trim. di dir. e proc. civ.* 1955, págs. 955 y sigts.

14 BIONDI, *La dottrina giur. della universitas nelle fonti romane*, en *Jus*, 1955, págs. 254 y sigts. y en *Bull. Ist. di dir. rom.*, 1955.

cer corpus que *ex distantibus constat, ut corpora plura non soluta sed uni nomini subiecta veluti populus legio grex* (1 30 D. de usurp. et usucap. 41, 3). La noción ha pasado tradicionalmente hasta hoy,¹⁵ no sin, como veremos, contrastes y dudas acerca de su consistencia.

Se llaman *universitates* o universalidades de cosas algunos complejos patrimoniales resultantes de la reunión no material, como en las cosas compuestas, sino ideal de una pluralidad de cosas homogéneas o heterogéneas, de modo que formen una entidad compleja, que trasciende de las singulares cosas componentes, sujeta a una única denominación y a un único régimen jurídico, aun dejando subsistente la individualidad práctica y jurídica de cada una de las cosas componentes. La *universitas* no es suma de singulares cosas, sino entidad trascendente, que las supera sin excluir que las singulares cosas puedan considerarse separadamente. La esencia jurídica de la *universitas* está precisamente en la coexistencia de la noción unitaria o, si se quiere, trascendental, con la noción atomística de las singulares cosas que la componen.

La noción jurídica de *universitas* no es fruto de especulaciones ni creación de la ciencia jurídica, sino que está ante todo deducida de la consideración social unitaria de algunos agregados, que en la vida común se consideran como unidad.

La ley y la ciencia jurídica, que elabora la respectiva doctrina, nada crean, pero reconocen aquel carácter unitario, que se presenta preciso en la común valoración de algunos agregados, de la misma manera que las personas jurídicas no son creación del legislador que las reconoce y las disciplina solamente, o excogitación de la doctrina, que elabora el concepto, según los datos que suministran la realidad social y la legislación,

Puesto que un complejo de elementos que tiene un determinado destino, satisface un interés distinto y jurídicamente relevante, se hace necesaria una consideración jurídica uni-

15 FADDA y BENSÀ, pág. 447; LUCCI, *La dottrina delle universitates rerum nel diritto medievale*, en *Arch. giur.* 1904, págs. 305 y sigts.

taria, que trascienda de la atomística. Se trata de unificación funcional más que estructural.¹⁶

Por tanto las *universitates*, aun siendo constante la noción, no son categorías fijas y predeterminadas, sino variables siempre en función de la valoración social. Parece natural, aparte la herencia, que es el tipo de *universitas* constante desde los más antiguos tiempos de Roma hasta nuestros días, que para los romanos, pueblo esencialmente agrícola y deportivo, fueran ejemplos típicos de *universitas* la cuádriga y el rebaño, mientras que hoy se presentan, como mucho más importante, otros complejos.

La consideración de algunos complejos *sub specie universitatis* no implica uniformidad de régimen, que es en cambio distinto según los singulares complejos: es obvio que aquello que vale para el rebaño no vale para la biblioteca, y aquello que vale para esta entidad no vale para la herencia. Análogamente, como veremos mejor a continuación, la consideración unitaria no implica que la misma entidad se deba considerar siempre y en todo caso como única entidad.

La concepción unitaria del complejo no implica creación de una nueva entidad que se añada o se sobreponga a las singulares cosas que lo componen; de otro modo se llegaría al absurdo de que, si yo soy propietario de un rebaño, soy propietario de las singulares cabezas *más* el rebaño. La agregación ni siquiera da lugar a la formación de un nuevo bien correspondiente a la utilidad que proporciona el agregado, ya que sobre el complejo se constituyen aquellas mismas relaciones que se constituyen sobre las singulares cosas. No se trata de bien distinto o de cosas distintas, sino de consideración unitaria para fines esencialmente jurídicos.

Precisamente porque se trata de una consideración meramente jurídica, la doctrina de la *universitas* pone a dura prueba no sólo nuestra lógica abstracta, sino las nociones más elementales de aritmética. Tomemos, p. ej., el complejo más simple: una pareja de animales de reproducción; física-

16 PUGLIATTI, op. cit., págs. 987 y sigts. y 991 y sigts.

mente son dos animales, en todo iguales a otros dos animales que no formen pareja; no obstante constituye una entidad económica y jurídica diversa de dos animales, aunque sean de la misma especie y de sexo distinto. Por tanto mientras en tal caso numéricamente uno más uno hacen dos, en el mundo del Derecho no siempre hacen dos; pueden hacer también x ; ni siquiera hacen siempre x , ya que no siempre dos animales se consideran como pareja; por eso unas veces hacen dos y otras veces hacen x . Estamos siempre en pleno relativismo jurídico.

Independientemente de la unión material, la *universitas* no es un bien compuesto:¹⁷ bien compuesto es la casa, que no es *universitas*, como no es *universitas* un montón de trigo.

Las *universitas* presentan una gama por demás vasta: van de un mínimo a un máximo. El mínimo está representado por el par cuando socialmente tenga una valoración distinta de la simple suma de dos unidades: una yunta de caballos o una pareja de animales de reproducción no es solamente suma de dos cosas, sino unidad en la que las dos entidades se complementan recíprocamente para formar un todo unitario: en la valoración social una cosa es tener dos caballos y otra una yunta, una cosa es tener dos animales y otra una pareja para la cría.

Una cantidad, aunque sea importante, de acciones industriales es una suma, pero el paquete de mayoría es una cosa distinta de la suma puramente aritmética de las singulares unidades.

La esencia de la *universitas* está en la unidad; por tanto la suma de dos o más cosas es siempre suma aun cuando se emplee una locución abreviada; así p. ej. una docena de huevos ó 500 hojas de papel que constituyen la resma, si bien comúnmente se consideran en su conjunto, no son jurídicamente *universitates*, porque el conjunto no trasciende de la suma de las singulares cosas que lo componen: mientras la pareja

17 TORRENTE, *In tema di cose composte e di universalità*, en *Giur. compt. Cass. civ.* 1948, 3 pág. 1.174; PINO, *Universalità di mobili e beni composti*, en *Giur. it.*, 1949, 1, 1, col. 127.

de reproducción tiene una particular función que no puede ser ejercitada por los singulares animales, cada huevo, en cambio, o cada hoja de papel tiene la misma función del todo, del que diverge sólo cuantitativamente. En la suma de cosas una más uno hacen dos, mientras que en la *universitas* uno más uno pueden hacer x . Físicamente esto es absurdo, pero para el Derecho es sensato y prácticamente importante.

Lo mismo se da en los agregados de personas y el contraste puede tener éxito para aclarar el concepto; no en vano el jurista romano junto a los complejos de cosas coloca el *populus* y la legión; tampoco estas entidades son suma de personas, como no es suma de personas un complejo teatral, orquestal, coral, etc.

Si no encontramos dificultad para admitir la noción de persona jurídica, como entidad que supera y no se identifica con las singulares personas que la componen, superando dudas y discusiones que se suscitaban en tiempos, no se ve por qué hemos de encontrar dificultades para admitir el concepto de *universitas* como unidad, reconocida ya por los romanos, distinta de las singulares cosas que la componen.

La unificación viene dada las más de las veces por la misma denominación: decimos pinacoteca, biblioteca, rebaño en vez de 100 cuadros, libros o cabezas de ganado.

Apropiada es también la calificación de *universitas* que tradicionalmente se emplea en sus comienzos por las fuentes romanas; no importa aquí indagar si es clásica, como entendemos, o bien justiniana, como cree la opinión que puede decirse dominante;¹⁸ denota no suma o totalidad, sino unidad compleja de los elementos que componen el todo; Suetonio habla de *universi*, en contraposición a *omnis* y a *totus*, como entidades *in unum versi*, o sea capaces de organizarse en unidad.¹⁹ Significativo es también que la misma palabra *universitas* sirve para denotar del mismo modo la unidad de la persona jurídica.

18 BIONDI, loc. cit.

19 *Dep. lib. rel.* Apéndice a C. Suetoni Tranquilli quae supersunt, rec. ROHN, 1896, pág. 317.

Se discute en doctrina si la unificación es lógica o solamente ontológica, si es estructural o simplemente funcional.²⁰ La discusión, meramente teórica, parece ociosa, ya que la consideración unitaria responde solamente a exigencias jurídicas, y vale dentro de los límites en los que se manifiestan tales exigencias. Por esto nada de extraño tiene que la misma entidad, desde particulares puntos de vista, sea considerada como complejo unitario, mientras que desde otros lo sea como simple suma de singulares cosas. El problema de la *universitas* es por esto no lógico, sino estrictamente jurídico.

La noción de *universitas* es una insuprimible realidad de la vida que repercute en el ordenamiento jurídico.

El máximo a que llega la noción de *universitas* es la herencia, que es entidad compleja que comprende cosas corporales e incorporales, activo y pasivo, y que como unidad está destinada a pasar de un sujeto a otro.

De la pareja a la herencia hay toda una gama de unidades complejas. No se trata, como suele decirse, de desenvolvimiento histórico del concepto, ya que la herencia está reconocida desde los tiempos más antiguos, mientras que la pareja implica progreso económico, sino de aplicación, históricamente cada vez más vasta, de la misma noción a medida que, extendiéndose el horizonte económico, se toman en consideración poco a poco nuevas entidades. Por esto nada de extraño tiene que los romanos, pueblo esencialmente agrícola, contemplan las hipótesis del rebaño, que para ellos era de práctica aplicación cotidiana, así como el *instrumentum fundis*; sin embargo consideran también no sólo la cuádriga,²¹ sino además la *familia*, como conjunto de esclavos sujetos al mismo dominio. La noción puede extenderse a otras entidades siempre procediendo del mismo concepto; *universitates* son precisamente la biblioteca, la pinacoteca, el medallero y cualesquiera otras colecciones, ya que la colección no es simple suma de unidades.

²⁰ PUGLIATTI, op. cit., págs. 989 y sigts.

²¹ GUARNERI CITATI, *Il legato di quadriga*, en *Studi Albertoni*, vol. 2., páginas 125 y sigts.

Algunas *universitates* están determinadas por la Ley por exigencias técnicas y son independientes de la determinación privada: la herencia bajo determinados aspectos es considerada por la ley como *universitas*. El art. 588 habla de "universalidad o una cuota de bienes" y es precisamente este el criterio que, según la ley, permite distinguir el heredero del legatario cualquiera que sea la cantidad concreta de la adquisición. Esto no excluye que el *de cuius* pueda considerar su patrimonio como una suma de singulares elementos y como tales los atribuya; pero habrá siempre una o más personas, por testamento o por ley, que adquieran la herencia en su complejo, independientemente de la asignación hecha por el testador: en otros términos, habrá siempre alguien que adquiera este *quid* indeterminado que es la herencia, prescindiendo de su efectivo contenido.

Además de la herencia, que representa el vértice de las *universitates*, nuestro código, si bien con denominaciones diversas, considera típicamente *sub specie universitatis* algunos agregados patrimoniales para sujetarlos a disciplina distinta de las singulares cosas que los componen.

a) Rebaños y manadas (art. 994).

b) Colecciones de museos, pinacotecas, bibliotecas sujetas al régimen propio del dominio público (art. 882 § 2.º).

c) La hacienda, definida por el art. 2.555 como "conjunto de bienes organizados por el empresario".

d) Donaciones de "universalidad de cosas" (art. 771).

e) Una enunciación general de la universalidad de muebles se da en el art. 816.

El régimen de tales entidades no es ciertamente unitario, ni son considerados como complejos unitarios siempre y desde todo punto de vista, sino desde particulares aspectos y para particulares exigencias.

También el patrimonio de una persona viva es considerado *sub specie universitatis* por algunas leyes fiscales.

En general fuera de los casos contemplados típicamente por la ley, la unidad compleja está determinada por la autonomía privada. No se trata por tanto de categorías fijas y

preestablecidas, sugeridas por la lógica o por consideraciones jurídicas: cuando se habla de pareja, de biblioteca, de pinacoteca se intenta presentar sólo ejemplos y no categorías. La Ley sugiere la noción, la ciencia establece cuales sean los caracteres sin tener en modo alguno la pretensión de catalogar qué agregados de cosas se deben considerar como universalidades. Es, por el contrario, la libre voluntad del agente la que imprime explícitamente, o también implícitamente, carácter unitario a algunos agregados de cosas.²² Por tanto la misma entidad puede constituir tanto suma de cosas como unidad compleja: así una colección de sellos de correo tanto como unidad compleja como suma aritmética de singulares cosas; tampoco está excluido que una pareja de animales de reproducción pueda ser considerada como dos singulares animales.

La delimitación del complejo deriva también de la autonomía privada: colección de sellos de correo de un determinado Estado o época; cuadros o libros de un determinado autor o escuela.

Carácter fundamental de la universalidad es, como se ha dicho, la trascendencia respecto a las singulares cosas, en cuanto constituyen unidad ideal.

Respecto al rebaño se dice que es *unum corpus* (18 Inst. de leg. 2, 20). De esto derivan algunas consecuencias que al mismo tiempo aclaran el concepto. Dado en prenda un rebaño, la relación se extiende a aquellas cabezas que nazcan a continuación y subsiste siempre idéntica aun cuando todas las singulares cabezas sean renovadas (1. 13 pr. D. de pign. 20, 1): si se tratase de prenda de singulares cosas, la rela-

22 No comprendo por qué razón algunos autores (vd. WINDSCHEID, pág. 3) limitan la noción de universalidad a los complejos naturales: la naturaleza, salvo en caso del enjambre de abejas, respecto al cual se puede también dudar si es *universitas* (núm. 27), de las manadas de animales selváticos y de peces no suministra complejos. Es, en cambio, el destino del propietario el que imprime a las cosas carácter unitario, y esto puede tener lugar respecto a cualquier cosa. La ley puede atribuir carácter unitario a algunos complejos, como en cuanto a la herencia, y puede admitir positivamente el carácter de universalidad sólo respecto a algunas cosas muebles, como hace nuestro código (art. 816), pero la limitación a los complejos naturales no está en la ley ni en la realidad.

ción debería extinguirse con el perecimiento, y a nada ayudaría la sustitución con otras cabezas, puesto que se trata de cosas distintas. A este propósito es oportuno recordar 1. 76 de ind. 5, 1: discutiéndose la cuestión de si la sustitución de algunos jueces implica formación de juicio distinto, el jurista responde que, aun cuando todos los jueces fueran cambiados, el juicio sería siempre el mismo; para confirmar la decisión se invoca el caso de la legión o del *populus*, esto es de entidades que el mismo jurista enumera junto al rebaño, que continúan siendo las mismas no obstante el variar de las personas que las componen; añade aún una aguda y ajustada consideración: si alguien opinase que, cambiadas algunas partes de la cosa, ésta debiese considerarse otra, se debería admitir que también nosotros mismos no somos los mismos de ayer, ya que los filósofos admiten que resultamos de pequeñísimas partículas que se renuevan continuamente.

Bajo este aspecto la universalidad de cosas presenta alguna analogía con la persona jurídica; acerca de este caso el jurista romano enumera entre los *corpora ex distantibus*, a modo de aclaración o ejemplo, el *populus* junto al *grex* y los romanos hablan de *universitas* para indicar tanto la persona jurídica del tipo de las corporaciones, como algunos complejos unitarios de cosas. Así como la persona jurídica no es la suma de las personas físicas que la componen, sino que es una entidad que las trasciende, así la universalidad de cosas no es la suma de las cosas que la componen. Y además, así como la personalidad del ente no anula la de las personas que lo componen y por esto las personas tienen una esfera jurídico-patrimonial distinta de la del ente, así las cosas que forman la universalidad pueden tener suerte distinta del todo. Sin embargo mientras los entes reconocidos como personas jurídicas no pueden ser más que tales, en cambio los complejos de cosas, aun siendo comúnmente reconocidos como *universitates*, se pueden también considerar como suma de una pluralidad de cosas.

La distinción entre unidad y suma de singulares cosas está expuesta abiertamente en la 1. 35, D. de contr. empt.

18, 1: *ergo si grex venierit si quidem universaliter uno pretio, perfecta videtur postquam de pretio convenerit: si vero in singula corpora certo pretio, eadem erunt quae proxime tractavimus*. Aquí se enuncia un distinto régimen jurídico: si la venta ha sido hecha *universaliter*, esto es, como un todo,²³ el contrato es perfecto con la simple manifestación del consentimiento; si en cambio se trata de venta de *singula corpora*, el jurista se remite a lo que ha dicho al principio (§ 5), esto es, la venta es perfecta sólo con la individualización de las singulares cosas.²⁴

La misma diferencia se advierte en materia de legado de usufructo de cuádriga; el jurista dice *multum interesse, equorum an quadrigae usus fructu legatus sit*, o sea que hay mucha diferencia según que sean legados cuatro caballos o bien una cuádriga formando un complejo: en el primer caso, muertos algunos caballos, el usufructo continúa siempre sobre los supervivientes; en el segundo en cambio el usufructo se extingue por entero *quoniam quadriga esse desiit*, esto es, cuando el complejo desapareció (l. 10, 8 D. quibus modis 7, 4).

La noción de universalidad de cosas está deducida de la vida común, que procede a base de particulares exigencias prácticas y no de esquemas o categorías puramente lógicas. El derecho no hace más que adecuarse a tal realidad. Esto hace ociosa la cuestión de si la *universitas* es una cosa nueva respecto a las singulares cosas que la componen. Ciertamente desde el punto de vista físico, o, como se suele decir, ontológico, existen sólo los individuos: el animal, el cuadro, el sello de correos; la realidad objetiva por tanto presenta 100.000 sellos de correos, 100 cuadros, 500 cabezas de ganado. Esto es lo que perciben nuestros sentidos y existe en la realidad. La trascendencia o consideración unitaria no quiere decir

23 Entender *universaliter* "en bloque" como hace BONFANTE, *Proprietà*, página 126, no ayuda; no es, en efecto, introduciendo una palabra nueva como se resuelve la dificultad, ya que es preciso siempre ver si la frase "en bloque" se debe entender como suma de cosas o mejor como unidad.

24 Esta disparidad de tratamiento no vale para nuestro Derecho positivo frente a las disposiciones generales de los arts. 1.326 y 1.376 relativos a la perfección y efectos del contrato.

creación, más o menos arbitraria, de una nueva entidad que se añada a los singulares individuos: se trata sólo de una consideración distinta de la atomística; consideración, punto de vista, pero no creación de una nueva entidad jurídica, tanto es así que si yo soy propietario de una pinacoteca que comprende 100 cuadros no soy propietario de 100 cuadros *más* otra entidad compleja que es la pinacoteca, de la misma manera que la propiedad de un animal no se añade a la de las carnes, huesos, sangre, cerebro. No es una vana multiplicación de entidades, sino de diversa consideración de la misma entidad: la pinacoteca se puede considerar tanto como complejo unitario como conjunto de cosas singulares. Es una valoración práctica acogida y protegida por el Derecho, que hace considerar los 100.000 sellos de correos como colección, los 100 cuadros como pinacoteca, las 500 cabezas de ganado como rebaño. No se trata de simple *modus loquendi*, o sea de una cómoda denominación que evita una larga y fastidiosa catalogación, sino de entidad que, a causa de la conexión entre las cosas que la componen, determina una diversidad económica y funcional respecto a la suma de las singulares cosas.

Generalmente, desde el punto de vista económico, a la suma del valor de las singulares cosas se añade generalmente un *quid*, un *plus* valor, y es precisamente en consideración a esto por lo que la ley sujeta la *universitas* a un régimen particular, que secunda la función del todo, sin excluir la consideración atomística.

Desde el tiempo de los Glosadores²⁵ las universalidades de cosas se dividen en dos grandes categorías que, en términos tradicionales, se denominan *universitates facti* y *universitatis iuris*.

27. UNIVERSALIDAD DE MUEBLES.²⁶ — Mientras el código derogado se limitaba a hablar de universalidad de muebles en materia de posesión (arts. 694 y 707) y el código de comercio

25 FADDA y BENSÀ, pág. 434.

26 Además de los autores citados *supra* (pág. 147, n. 13), vd. en modo espe-

la mencionaba en materia de seguro (art. 424), la doctrina, no sin dudas y discusiones, había elaborado el concepto, que ahora viene legislativamente fijado en el art. 816, sin precedente en el código derogado: "Se considera universalidad de muebles la pluralidad de cosas que pertenecen a la misma persona y que tiene un destino unitario. Las cosas singulares que componen la universalidad pueden constituir objeto de actos y relaciones jurídicas separados".

Procediendo de esta enunciación podemos fijar los requisitos jurídicos a fin de tener la noción de universalidad.

Ejemplo tradicional y típico es el rebaño, respecto al cual, en l. 70, 3 D. 7, 1, se habla de *universitas*.

La ley, presupuesta la genérica noción de universalidad, requiere particulares requisitos y pone límites. Infinitas pueden ser las universalidades, pero es preciso que presenten los requisitos establecidos por la ley.

a) Es necesaria una pluralidad de cosas autónomas, materialmente distintas entre sí. Pomponio habla de *corpora soluta*, o sea de complejo resultante de cosas *ex distantibus*; Séneca de *membra separata* (ep. 102). En esto difiere la noción de universalidad de la de cosa compuesta: aquí la parte se identifica y es incorporada al todo, de modo que surgen el problema de la adquisición de la propiedad y la cuestión de la separación; en cambio en la universalidad las cosas singulares están de tal modo separadas que son susceptibles de actos y relaciones, aun materiales, distintos del todo.²⁷

Puesto que, como dispone la ley, las cosas singulares componentes "pueden constituir objeto de actos y relaciones ju-

cial. PINO, *Universalità di mobili*, Nota a sent. en *Giur. it.* 1949, págs. 127 y sigts.; TORRENTE, *In tema di cose composte e di universalità*, Nota a sent. en *Giur. Cass.* núm. 27 (1948), págs. 1.173; PINO, *Universalità di mobili e beni composti*, en *Giur. it.*, 1949, 1, 1, págs. 127 y sigts.

²⁷ Esto está bien puesto de relieve en la 1, 23, 5 D. de rei vind., 6, 1: *at in his corporibus, quae ex distantibus corporibus essent, constant singulas partes retinere suam propriam speciem, ut singuli homines, singulae oves: ideoque me posse gregem vindicari, quamvis aries tuus sit immixtus, sed et arietem vindicare posse; quod non idem in cohaerentibus corporibus eveniret: nam si statuae meae brachium alienae statuae addideris, non posse dici brachium tuum esse, quia tota statua uno spiritu continetur.*

rídicas separados", es necesario que presenten individualidad social y jurídicamente apreciable. Por tanto no son universalidades aquellos agregados de cosas que son tomados en consideración por su peso o medida: un saco de trigo, de café, de carbón, aun resultando el conjunto de una pluralidad de cosas, no es universalidad, ya que los singulares granos de trigo o de café y los singulares trozos de carbón no son entidades socialmente apreciables. De la misma manera un enjambre de abejas no es universalidad, ya que cada particular abeja prácticamente no constituye objeto de relaciones; objeto de relaciones lo constituye todo el enjambre o la abeja reina, pero no cada una de las abejas; como lo mismo, un paquete de naipes o el conjunto de piezas del juego de ajedrez no es universalidad en el sentido de la ley, puesto que una singular carta o una singular pieza no son cosas apreciables, sino como fragmentos inservibles de un todo. Dichas cosas son complejos que sólo como tales se toman en consideración en la vida común, mientras que para la noción jurídica de universalidad se precisa la posibilidad de que la misma entidad pueda ser igualmente considerada como unidad compleja o como suma de singulares cosas socialmente apreciables.

La ley requiere una "pluralidad"; el mínimo número es dos, como en el caso de la pareja, pero no está establecido el máximo.

b) El complejo debe presentar un "destino unitario", que es precisamente el elemento que permite considerarlo no como suma de cosas, sino como un solo todo. Las cosas se encuentran sobre el mismo plano funcional si bien eventualmente pueden tener valor diverso (no todos los libros de una biblioteca tienen el mismo valor, pero tienen siempre la misma función); esto no es absorción, como en el caso de incorporación, ni relación de subordinación y de accesoriedad, como en el caso de las *pertenencias*. Se precisa, ante todo una conexión ideal entre las cosas que permita atribuir al todo una función que supere la de las singulares cosas sin anularla, pero que por estas no puede ser obtenida. En la

universalidad la función propia de cada cosa permanece inalterada, pero se eleva, viene fortalecida, de modo que el agregado asume una valoración, incluso económica, mayor.²⁸ Una yunta o un collar de perlas tiene una función que supera la de las singulares cosas. No se considera, sin embargo, de por sí la mayor importancia económica que adquiere el todo respecto al valor de la suma de las cosas singulares, ya que tal incremento del valor es una simple consecuencia de la agregación, pero no denota el destino unitario.

c) El destino unitario no puede ser impreso más que por el propietario de las singulares cosas, ya que la ley requiere que las cosas singulares "pertenezcan a la misma persona". Es precisamente este inicial destino por parte del propietario lo que imprime al todo la situación jurídica de universalidad.²⁹ Sin este elemento no hay universalidad; p. ej. los objetos que se encuentran en un almacén de ropavejero no constituyen universalidad puesto que no es éste el destino del propietario; en cambio, las mismas cosas en casa de un coleccionista pueden constituir universalidad, cuando intervenga el destino unitario, que imprime carácter de colección al mismo conjunto de cosas.

El destino así como comienza con la voluntad del propietario, cesa por efecto de una voluntad contraria; hasta que esta se manifiesta la situación jurídica del complejo continúa. Tanto el destino como la cesación resultan de actos y manifestaciones exteriores, de los que se deduce la voluntad; se trata, en definitiva, de interpretación de voluntad, para lo cual pueden ser tomados en consideración diversos elementos.

La pertenencia debe referirse al momento del destino ya que la universalidad continúa cerrada aun cuando cualquier cosa singular pertenezca sucesivamente a otros: esto re-

28 Es posible que, sin dar lugar a la relación de accesoriedad, una o más cosas tengan tal preeminencia respecto al todo que den tono o carácter al complejo; los romanos planteaban la cuestión de si el legado de cuadriga se habría de extinguir en el caso de muerte de aquel caballo *quis demonstrabat quadriga*, esto es, el jefe de la cuadriga (1. 65, 1 de leg., 31); sobre la cuestión GUARNERI CITATI. *Sul legato di quadriga*, cit. pág. 125 y sigts.

29 Cass. 8 abril 1948, en *Giur. it.*, 1949, 1, 1, pág. 127.

sulta del párrafo del mismo art. 81 de que cualquier cosa singular y relaciones separadas, esto es, en otro; sería, en efecto, absurdo que ser tal si por una circunstancia cualquiera vaya a pertenecer a otro o que cosa ajena.

La universalidad una vez formada por destino del propietario es independiente de las sucesivas vicisitudes de la propiedad; una cosa es la situación jurídica de la universalidad y otra es la cuestión de la pertenencia de las cosas singulares, ya que estas pueden constituir objeto de relaciones separadas y la universalidad puede permanecer íntegra jurídicamente cuando subsista el destino unitario: la enajenación, en efecto, de una pieza de la colección no hace cesar por solo esto el carácter de universalidad que tenía el complejo.

d) La ley limita la noción de universalidad a los muebles; no importa si animados o inanimados, si homogéneos o heterogéneos; puede estar constituido también por bienes inmuebles en el sentido de la ley. No está excluido que pueda existir universalidad respecto a una serie de derechos que tengan función unitaria. En cambio, respecto a los inmuebles no hay ninguna universalidad constituida por la ley.

Estos requisitos son necesarios mientras se trate de aplicar aquel particular régimen jurídico relativo a las universalidades. Esto, sin embargo, no excluye que las partes puedan considerar, para determinados efectos taxativamente por ellas indicados, como universalidad, los requisitos legales. Es muy posible que un acto atribuya a una situación jurídica unitaria a una serie de edificios como también a un conjunto de muebles e inmuebles, aun no pertenecientes al mismo propietario. En tales casos será aplicable no el régimen legal de las universalidades, sino aquel dispuesto por la autonomía privada, dentro de los límites en que puede tener eficacia y que tendrá efectos sólo

entre las partes, mientras que la universalidad que presente los requisitos de la ley, está sujeta al correspondiente régimen frente a cualquiera.

Como con relación a todas las nociones relativas a las cosas, veamos cual es la importancia jurídica del concepto de universalidad, sobre todo porque no faltan autores que la han desconocido.³⁰ Es preciso por esto ver si y cuales diversidades de consecuencias jurídicas se dan según que el agregado se considere como suma o bien *sub specie universitatis*. Como hemos observado, es preciso distinguir la realidad física de la consideración jurídica: En la realidad no existe una entidad compleja. La observación se remonta a Séneca el cual hace constar: *illi enim per quos corpora efficiuntur iure aut officio cohaerent, natura diducti et singuli sunt* (ep. 102): en la realidad objetiva no hay más que cosas singulares, las cuales no obstante forman un todo (*cohaerent*) jurídicamente (*iure*), si bien por la función que ejercen en la práctica (*officio*). Sin embargo, el mismo Séneca, no percibiendo la diferencia entre suma de cosas hereditarias y *hereditas*, escarneaba las *acutae ineptia iurisconsultorum* según los cuales una cosa es la *hereditas* y otra las singulares cosas hereditarias (de ben. 6,5). El equívoco, explicable en Séneca, filósofo y no jurista, que calificaba como sutileza distinguir la *hereditas* de las singulares cosas hereditarias, se perpetúa entre los juristas modernos, los cuales reafirman el concepto de que existen sólo cosas singulares y no el complejo.

Algunos autores, partiendo de tal supuesto entienden que la universalidad está regida por el principio del reconocimiento correspondiente en el sentido de que el complejo viene considerado como *universatitas* sólo para determinados fines y no para otros.³¹ Se afirma por otros que la desviación de los principios jurídicos deriva sólo de disposiciones de la ley

30 FERRINI, *Note al Glück*, 1, nota a, pág. 745, afirma que la noción "puesta allá más por ornamento de doctrina que como fecundo principio jurídico"; *Pandette*, págs. 282 y sigts. donde se concluye que "una verdadera entidad objetiva en los *corpora ex distantibus* no existe".

31 BARBERO, págs. 15 y sigts.; 322 y sigts.; DE MARTINO, pág. 29.

o de interpretaciones de voluntad de las partes.³² Estas afirmaciones son ante todo superfluas ya que todas las nociones, en materia de cosas, son siempre relativas, o sea en cuanto que son tomadas en consideración por la ley; la noción de cosa fungible, consumible, divisible, de cosa compuesta, no tiene valor general y absoluto sino en cuanto es considerada así por la ley: en orden al propietario decir que la cosa sea fungible, consumible, divisible, compuesta, no tiene sentido; tendrá sentido en cambio desde particulares puntos de vista. Decir, pues, que los efectos de la noción de universalidad dependen de la voluntad de la ley o de la de las partes significa enunciar un principio completamente superfluo ya que no se puede andar fuera de los efectos establecidos por la ley, la cual, como se ha dicho, intenta dar actuación a la voluntad privada que ha imprimido a las cosas aquella determinada situación. Es seguro, en efecto, que el complejo de cosas constituye un todo unitario, dentro de los límites fijados por la ley y en conformidad a la voluntad del propietario.

Decir que los complejos se consideran siempre y en todo caso como universalidades es afirmación tan inexacta como la contraria: el sistema jurídico, precisamente porque no es filosófico, es el menos conciso y consecuente de nuestros sistemas teóricos: el complejo está considerado como unidad bajo determinados aspectos, como suma, en cambio, bajo otros. En el fondo es el principio de la relatividad que domina en nuestro campo.

Por tanto parece oportuna la supresión del art. 2 del proyecto: "es considerada como cosa única la colectividad de varias cosas corporales, reunidas en conjunto para un determinado objeto que las imprima un carácter unitario". La enunciación general por la que la colectividad es considerada como "cosa única" resulta excesiva puesto que determina una general consideración unitaria, que no existe en la realidad y que no responde a las necesidades prácticas. Oportunamente el código ha eliminado tal enunciación: la dicción del art. 816,

32 FERRARA, pág. 29.

que habla solamente de "universalidad" y de "destino unitario" no excluye aquella distinta consideración que existe en la realidad y en el sistema jurídico.

Bajo este aspecto puede ser cierta la doctrina del reconocimiento relativo, si bien, como se ha dicho, no sea doctrina específica aplicable a nuestro argumento, sino principio general que vale en todo el campo del Derecho, desde las personas a las cosas y a los hechos; está claro, en efecto, que personas, cosas y hechos son jurídicamente relevantes en tanto y en el modo en que son considerados por la ley.

La concepción unitaria no quiere decir que el complejo cambie de naturaleza, o sea se deba considerar como bien inmaterial, puesto que sólo idealmente es concebible. Los romanos concebían el *corpus ex distantibus* sólo como cosa corporal, tanto que les aplicaban la *reivindicatio*, inadmisibles para las cosas inmateriales. El complejo tiene función y destino unitarios aun conservando la cualidad jurídica de las cosas que lo componen; por tanto para determinar si encaja en alguna categoría de las cosas, es necesario considerar las cosas singulares, las cuales serán fungibles o no fungibles, consumibles o no consumibles, divisibles o no divisibles, mientras que tales calificaciones serían absurdas respecto al complejo, que además puede resultar de cosas heterogéneas.

De la concepción unitaria de la universalidad derivan algunas importantes consecuencias, que al mismo tiempo constituyen la confirmación del concepto y nos aclaran su alcance.

a) La cosa compleja puede constituir objeto de único acto de disposición, esto es, sin que sea necesario cumplir tantos singulares actos como son las cosas que la componen. Otro tanto puede decirse respecto a las acciones, sean reales o personales, sean petitorias o posesorias. Los romanos admitían la reivindicación del rebaño como tal;³³ otro tanto es necesario admitir en nuestro Derecho para cualquier entidad compleja. No se trata de acumulación de reivindicaciones: el actor, en efecto, debe probar, cosa por lo demás no fácil, que

33 Gai 4, 17; 1, 1, 3 D. de rei vind. 6, 1; L. 23 D. eod.

es propietario no singularmente de todas las cosas que componen la universalidad, sino de la universalidad en su complejo; pero puesto que es posible, y la ley lo admite explícitamente, que el demandado sea propietario de alguna de las singulares cosas comprendidas en el todo, él puede probarlo, con la consecuencia de que, en caso de ser vencido, debe restituir el todo, menos la cosa respecto a la cual ha demostrado ser propietario.

b) La *universitas*, precisamente por su carácter unitario, puede sufrir incrementos o disminuciones, aun permaneciendo inalterada como unidad compleja. Esto es particularmente importante en orden a las cosas animadas, como han puesto de relieve los juristas romanos. En el caso de legado de un rebaño, si a una cabeza muerta sustituye otra, el rebaño continúa siendo el mismo; análogamente, si se ha reducido a una sola cabeza, es siempre rebaño (1. 22 D. de legatis 30). Por la misma razón, precisamente porque el rebaño se considera como unidad orgánica, las cabezas que nacen y se agregan al mismo se consideran siempre como que forman parte del rebaño (1. 39 D. de fructibus, 22, 1; 18 Inst. de leg. 2, 20). De esto deriva la importante consecuencia en materia de cosa juzgada que se encuentra en la 1. 21, D. de exc. rei. iudicatae 44, 2, que puede valer también hoy: *si petiero gregem et vel aucto vel minuto numero gregis iterum aundem gregem petam, obstabit exceptio; sed et si speciale corpus ex grege petam, si adfuit in eo grege, puto obstaturam exceptionem*. Puesto que el rebaño es una entidad independiente de las singulares cabezas, después de la *vindicatio gregis* es siempre oponible la *exceptio rei iudicatae*, tratándose de *eadem res*, cuando se acciona por una singular cabeza comprendida en aquel rebaño en el momento en que se acciona.

Análogamente el legado del rebaño vale, y con efectos reales, también para aquellas cabezas que se le añaden, aun cuando no estén contempladas en la disposición testamentaria y no estén en la propiedad del disponente, precisamente porque el rebaño se considera como *unum corpus ex distantibus capitibus* (§ 18 Inst. 2, 20). Aquí se invoca no la volun-

tad del disponente, que no bastaría para atribuir efectos reales a un legado de cosa ajena o futura, sino la unidad del rebaño, que presenta un cierto poder de atracción orgánica. A la imposibilidad de la usucapión del rebaño como tal, se le presenta al jurista de pronto la objeción de que constituye un todo unitario: *etsi ea natura eius est, ut adiectionibus corporum maneat* (1. 30, 2 D. 41, 3); sin embargo son las cosas singulares las que pueden constituir objeto de posesión y de usucapión.

Este poder de atracción es reconocido por nuestro Código, a propósito de la donación de universalidad de cosas, en el art. 771 ult. parr.: "Cuando el objeto de la donación sea una universalidad de cosas y el donante conserve el goce de ellas reteniéndolas en su poder, se consideran comprendidas en la donación también las cosas que se agregan posteriormente, salvo que resulte una voluntad distinta". Aquí no entra en juego el principio de la accesión porque no concurren los requisitos del art. 939; si se entiende que se trata de accesión, quedaría confirmada la atracción, justificada por el carácter unitario del complejo. Ni siquiera es posible referirse a la voluntad presunta del disponente, entendiéndolo que había intentado agregar otras cosas: es verdad que la extensión del objeto de la donación tiene lugar salvo voluntad contraria cuando el donante conserve posesión y goce de la universalidad donada, pero no se puede sostener que dicha extensión se apoye en la presunta voluntad del donante, ya que se verifica también en cuanto a la añadidura independiente de la voluntad del donante (la ley dice "cosas que se agregan"). La disposición se justifica sobre todo considerando la fuerza de atracción del complejo.³⁴ La cosa singular no se agrega materialmente a otra, lo que por otra parte sería absurdo, sino que es absorbida por el complejo.

c) Distinto tratamiento existe en materia de usufructo, según que la relación se refiera a singulares cabezas de ganado o bien a una manada o a un rebaño: en el primer caso el

34 PUGLIATTI, op. cit., págs. 999 y sigts.

usufructo se extingue por el perecimiento fortuito de las cabezas singulares; en el segundo, como admitían ya los romanos,³⁵ el usufructuario está obligado a la *summissio*, esto es, a subrogar los animales percidos hasta la cantidad concurrente con los nacidos (art. 994).³⁶

La diversidad de régimen según se trate de suma de singulares cosas o bien de rebaño, es precisa. ¿De dónde deriva esto? La doctrina que niega la eficiencia jurídica del concepto de *universitas* no consigue dar una explicación tolerable. Se han invocado el destino económico y la función del rebaño. Pero el destino no explica por qué consideración el usufructuario adquiere la propiedad de las cabezas muertas y está obligado solamente a reemplazarlas con otras tantas nacidas, y por qué razón está obligado a rendir cuenta de las pieles en el caso de perecimiento de todo el rebaño, mientras que en el caso de usufructo de cabezas singulares nada está obligado a restituir. Si se quiere explicar todo esto es necesario considerar al rebaño como un complejo unitario, susceptible, por virtud propia y por fuerzas naturales, de permanecer idealmente inalterado.³⁷ Así como la persona jurídica no cesa ni se modifica por desaparecer o variar un singular componente, así el rebaño continúa tal, no obstante el variar de las cabezas que lo componen. La identidad, no obstante, no es impulsada hasta el punto de considerar que todas las cabezas nacidas sean comprendidas en el rebaño y por esto sujetas a restitución, ya que esto vendría a disminuir el derecho del usufructuario, sino que es admitida sólo a fin de reemplazar a las cabezas muertas.

En el Derecho romano la unidad del rebaño era más fuertemente sentida en cuanto se admitía pérdida automática de la propiedad de las cabezas muertas y adquisición igualmente

35 AMIRANTE, *Usufructus gregis*, en *Studi in onore di V. Arangio Ruiz*, Nápoles, 1952, 3, 281 y sigts.

36 BARBERO, *Una questione in tema di usufrutto del gregge e del patrimonio*, en *Giur. it.* 1939, 4, págs. 177 y sigts.; *Usufrutto*, págs. 240 y sigts.; PALLUCHINI, *L'usufrutto del gregge*, Milán, 1940.

37 PUGLIESE, *Usufrutto*, págs. 604 y sigts.

automática de las cabezas reemplazadas (1. 69 D. 7, 1); la propiedad de las nacidas está *in pendentis*: si reemplazan a las muertas son adquiridas por el propietario; en otro caso por el usufructuario (1. 70, 1 D. eod.); nuestro código en cambio dispone que el usufructuario "está obligado a reemplazar", lo que significa que se trata de relación puramente obligatoria.

La unidad orgánica del rebaño se manifiesta también en la *vindicatio gregis*, admitida por los romanos y admisible siempre en nuestro Derecho,³⁸ por la cual el actor está obligado a demostrar la propiedad de todo el rebaño, como unidad compleja, más que la de las cabezas singulares. No se trata de acumulación de reivindicaciones ya que la prueba es una sola, y la acción se refiere también a aquellas cabezas que no pertenecen al actor, según el apotegma romano: *gregem sufficit ipsum nostrum esse licet singula capita nostra non sint; grex enim non singula corpora vindicabuntur* (1. 1, 3 Dig. 6, 1).

Puesto que todo esto no puede implicar expoliación del poseedor, a éste le está permitido reivindicar las singulares cabezas, de las que pueda probar ser propietario, como admitían ya los romanos.

d) En orden a las donaciones de muebles, respecto a las que el art. 782 prescribe la especificación con indicación del valor de cada cosa mueble, es de entender que esto valga para la donación de cosas singulares, no de la universalidad, la cual debe ser especificada con indicación del valor;³⁹ es absurdo en efecto que para hacer donación de una biblioteca entera o de una colección de sellos de correos sea necesario especificar e indicar el valor de cada pieza. Puesto que la indicación del valor tiene la función de eliminar incertidumbre

38 FADDA y BENZA, op. cit., pág. 29; BARBERO, *Universalità patrimoniale*, cit. págs. 195 y sigts.; PUGLIATTI, op. cit., págs. 998 y sigts.

39 Diversamente Cass. 16 junio 1941 (*Foro Rep.* 1941, voz *Donazione*, número 37); en contrario BALBI, *Sulla validità della donazione dell'azienda commerciale*, en *Riv. di dir. comm.* 1941, 2, págs. 448 y sigts.; CARUSO, *Le aziende e le pertinenze nelle donazioni*, en *Riv. Notariato*, 1948, págs. 342 y sigts.; MAROL, en *Commentario d'Amelio*, pág. 749.

o confusión, correctamente se ha dicho que basta la indicación del valor total.

e) En materia de usucapión nuestro código va también más allá que el Derecho romano: éste admitía que pudieran adquirirse por usucapión sólo las cosas singulares y no la *universitas* en su conjunto (1. 30, 1 D. de usurp. et usuc.); esto por la razón muy obvia de que siendo la posesión una relación de mero hecho no puede admitirse más allá del hecho y por eso la usucapión es admisible sólo respecto a las cosas efectivamente poseídas. En cambio el art. 1.160 de nuestro código admite explícitamente la usucapión de la universalidad de muebles con la posesión continuada de veinte años, excluyendo (art. 1.156) aquellos efectos de la posesión de los muebles indicados en los arts. 1.154-1.155. Aquí no se trata de la usucapión de una pluralidad de cosas, ya que de otro modo no se explicaría el término de veinte años en vez del indicado en el art. 1.161; ni tendría sentido la disposición, si se debiese entender la posesión definitiva de todas las cosas muebles. En cambio el legislador, considerando la universalidad como un todo complejo, que no es la suma aritmética de las cosas singulares, admite la posibilidad de usucapir cosas aún no poseídas, pero idealmente comprendidas en la universalidad efectivamente poseída.

f) La acción de mantenimiento, excluida respecto a los muebles singulares, se aplica en cambio a la universalidad de muebles (art. 1.170).

g) No tienen efecto en perjuicio del acreedor pignoraticio y de los acreedores que intervienen en la ejecución las enajenaciones de universalidad de muebles que no tengan fecha cierta (art. 2.914, n. 3), mientras que todo esto no tiene lugar en cuanto a los muebles singulares.

h) El art. 2.784 dispone que pueden ser dados en prenda "los muebles, las universalidades de muebles, los créditos y los otros derechos que tienen por objeto bienes muebles". Si

40 Cass. 20 mayo 1942, en *Rep. Foro it.*, voz *Donazione*. 31; App. Génova, 10 julio 1948, en *Rep. Foro it.*, voz *Donazione*, núm. 46; Cass. 9 octubre 1953, en *Rep. Foro it.*, voz *Donazione*, núm. 36.

no se quiere admitir que la ley, catalogando explícitamente las universalidades de muebles junto a los muebles, haya dicho cosa superflua, es preciso admitir que en el pensamiento del legislador la universalidad de muebles no se identifica con la pluralidad de muebles. La entrega, requerida por el art. 2.786 para la constitución de la relación, se actúa de modo diverso según que se trate de cosas singulares o de universalidad.

i) La situación jurídica de la universalidad de muebles puede ser diferente de la de las cosas singulares; la universalidad de cosas, que presenten interes histórico, artístico o arqueológico, se considera bien de dominio público, según el art. 822, mientras que las cosas singulares comprendidas en la colección, aisladamente tomadas, no obstante el idéntico interés, pertenecen al patrimonio del Estado (n. 55).

28. UNIVERSITATES IURIS. — Tradicionalmente se llaman *universitates iuris*, en contraposición a las *universitates facti*, de las que hemos hablado, algunos complejos patrimoniales, también heterogéneos, unificados por la pertenencia a una determinada persona o por una particular función unitaria. Es siempre la noción de unidad la que también está en la base de esta categoría. Ejemplo más antiguo y más importante, más bien el paradigma de la categoría, es la herencia.

La terminología, devenida convencional, no corresponde al concepto. Si *universitas* hace referencia al concepto de unidad, la aposición de *iuris*, en contraposición al *facti*, no es feliz, como en general no es exacto la contraposición de *ius* a *factum*. Haría, efectivamente, pensar que las *universitates facti* serían tales en línea de hecho, mientras las *universitates iuris* serían tales jurídicamente. Evidentemente no es así: tanto una categoría como otra presentan en línea de hecho carácter unitario y entrambas son consideradas como unidad sólo en tanto y para aquello que es reconocido por la ley. *Factum* y *ius*, como siempre no se contraponen, sino que se coordinan. Ni siquiera es necesario entender, como admitía equivocadamente la Glosa, la cual tenía presente un

horizonte económico-jurídico limitado, que de las *universitates facti* sean parte sólo elementos corporales y de las *universitates iuris* elementos incorporeales, ya que no está excluido que las *universitates facti* comprendan cosas incorporeales con tal que sean muebles (n. 27) y las *universitates iuris* cosas corporales. Tampoco es más idónea la denominación *universitas iurium*, como si comprendiese sólo derechos, puesto que puede comprender de hecho sólo cosas corporales, o bien tanto corporales como incorporeales.

Comprobada la impropiedad del antiguo lenguaje, como éste desde siglos ha penetrado en el uso común, podemos continuar usándolo.

También las *universitates iuris* presentan aquella consideración unitaria que caracteriza el concepto de *universitas*, sin que quede anulada la individualidad de los elementos que la componen; son complejos patrimoniales que, bajo algunos aspectos, se consideran como unidad y bajo otros como suma de singulares cosas.

Las *universitates iuris* divergen de las *universitates facti*:

a) Mientras las *universitates facti* pueden comprender sólo bienes muebles por expresa disposición del art. 816, y, aun pudiendo ser éstos heterogéneos, jamás pueden consistir en elementos pasivos, las *universitates iuris* son entidades mucho más complejas y pueden comprender no sólo inmuebles sino además elementos pasivos. Se ha afirmado que las primeras comprenden cosas y las segundas relaciones;⁴¹ esto no es exacto, a menos que, como es frecuente, bajo la denominación de cosas se entiendan las que están en propiedad; pero entonces tanto una como otra categoría pueden comprender cosas, entendidas como derecho de propiedad, mientras que sólo las *universitates iuris* pueden comprender otras relaciones fuera de la propiedad; pero ni siquiera con tal referencia sería exacta la doctrina, ya que no está excluido que las *universitates facti* comprendan, además de las cosas corporales, también derechos. La diferencia, según nosotros,

41 MESSINEO, pág. 402.

entre las dos categorías es exactamente esta: las *universitates facti* comprenden siempre cosas o derechos o bien entrambos, las *universitates iuris* comprenden no sólo cosas y derechos, sino además elementos pasivos.

b) Mientras en las *universitates facti* el carácter unitario está impreso por el propietario como destino del complejo y por esto son posibles infinitos tipos, siempre que presenten los requisitos legales, a las *universitates iuris* tal carácter les es impuesto por la ley, si bien no explícitamente, sino deducido del régimen jurídico, y por esto son tales sólo aquellos complejos que por la ley son considerados bajo el aspecto unitario. Esto no quiere decir que las *universitates iuris* sean creación legislativa; como respecto a todos tipos de *universitas* (n. 26), se trata solamente del reconocimiento jurídico de algunos complejos, que ya en la realidad se presentan como complejos unitarios. El reconocimiento tiene el mismo valor que en materia de personas jurídicas y en general de hechos, que, en tanto devienen jurídicos en cuanto por la ley son reconocidos productores de efectos jurídicos. En este sentido puede ser apropiada la tradicional terminología, que califica a estos complejos legales como *universitates iuris*, esto es, que no son admitidos otros tipos y figuras, fuera de aquellos típicamente reconocidos por la ley.⁴²

La importancia jurídica es análoga a la de las *universitates facti*:

a) consideración unitaria y por tanto posibilidad de único acto de disposición y de única acción;

b) permanencia de la unidad no obstante el variar de los elementos que la componen.

c) Mientras en las *universitates facti* la permutabilidad

42 A las universalidades reconocidas por la ley alude el art. 670 cod. proc. civ. el cual admite el secuestro judicial de bienes muebles o inmuebles, "haciendas y otras universalidades de bienes"; aun cuando el cod. proc. civ. sea anterior al cod. civ. de 1942, bajo la denominación de "universalidades de muebles" no se pueden entender las universalidades de muebles de que trata el art. 816 cod. civ. sea porque la dicción es más amplia, sea porque la ley habla de "haciendas y otras universalidades" por tanto se debe tratar de universalidades análogas a las haciendas, y tales no son las universalidades contempladas en el art. 816; de "universalidad de bienes" habla el art. 588 cod. civ. en materia de herencia.

de los singulares elementos se entiende como sustitución material de una cosa por otra de la misma especie (una cabeza de ganado por otra, un cuadro por otro), en las *universitates iuris* la permutabilidad es entendida en sentido económico expresado en el antiguo adagio: *res succedit in locum pretii, pretium succedit in locum rei*.

Para indicar el carácter orgánico de la *universitas* los romanos, en orden al *peculium*, que para ellos constituía un caso de *universitas* análogo a la *hereditas*, decían: *peculium nascitur crescit decrescit moritur, et ideo eleganter Papirius Fronto dicebat peculium simili esse homini* (1.40 pr. D. de peculio, 15, 1); la elegante asimilación al organismo viviente es verdaderamente eficaz para denotar el concepto de la identidad no obstante el cambio de los elementos constitutivos.

Los tipos más importantes y en torno a los que se ha elaborado la doctrina general de las *universitas* son: la hacienda, la dote y la herencia. De ellas damos una breve relación, reenviando a los respectivos tratados.

a) La hacienda del art. 2.555 es definida como "conjunto de bienes organizados por el propietario para el ejercicio de la empresa"; de "organización" se habla en el art. 2.561, 2.º párrafo y el empresario, a quien tiene como titular la hacienda, se define como aquel que "ejercita profesionalmente una actividad económica organizada" (art. 2.082). El artículo 870 cod. proc. civ. menciona "haciendas y otras universalidades de bienes". Todo esto no lleva a la conclusión de que el titular tenga sobre el complejo "un derecho unitario de naturaleza absoluta".⁴³ En el lenguaje común se habla de propiedad de la hacienda pero en el sentido de titularidad, ya que el empresario tiene sobre los singulares elementos que la componen tantos derechos singulares (propiedad, usufructo, patentes, créditos, etc.) más que un derecho especial sobre el conjunto. La hacienda es considerada en cambio como unidad compleja, sobre todo a la vista del acto de disposición:

43 MESSINEO, *Manuale*, 8.ª ed., 1, pág. 410.

es posible, en efecto, ceder, merced a un único acto, la hacienda, constituir un usufructo o una prenda, sin que el acto pueda considerarse como reunión o suma de singulares actos. La transferencia está sujeta a una particular formalidad (artículo 2.556), que no rige en cuanto a la transferencia de los singulares elementos aisladamente considerados. El adquirente subentra sin más, salvo pacto contrario, en los contratos estipulados para el ejercicio de la hacienda (art. 2.558) y, lo que es más notable, subentra en el contrato de trabajo (art. 2.112). La transferencia de los créditos tiene lugar de manera distinta a la relativa a los singulares créditos (artículo 2.559). Disposiciones particulares se refieren al usufructo y al arrendamiento (arts. 2.561, 2.562).⁴⁴

b) En el Derecho romano la dote, bajo ciertos aspectos, era concebida como un complejo unitario. Única era la acción para la restitución (*iudicium rei uxoriae*) y la regla por la cual las expensas necesarias *ipso iure dotem minuunt*, entendida en el sentido de que *non ipso iure corporum sed dotis fit deminutio* (1.5 pr. D. 25, 1) hace pensar en la concepción ideal de la dote, como se encuentra enunciada en la L. 1, 4 D. 33, 4, en donde se afirma el principio *quod diximus ipso iure dotem impensis minui non ad singula corpora sed ad universitatem erit referendum*. En nuestro Derecho no resulta tal concepción unitaria,⁴⁵ pero es único el acto constitutivo, que debe hacerse por acto público bajo pena de nulidad (artículo 162) aun cuando la dote comprende sólo muebles.

c) Discusiones más amplias merecería la cuestión de la herencia concebida como *universitas*. Aquí nos limitamos a algunas observaciones.

44 M. STOLFI, *Considerazioni sulla natura giuridica dell'azienda commerciale*, en *Foro it.* 1947, 1, 226 y sigts., y allí la bibliografía precedente; F. FERRARA sen. *L'usufrutto di azienda*, en *Scritti*, Milán, 1954, 2, págs. 491 y sigts.; F. FERRARA jun. *Teoria dell'azienda*, 2.ª ed., 1949, págs. 337 y sigts.; CASANOVA, *Beni immateriali a teoria dell'azienda*, en *Riv. di dir. comm.* 1944, 1, págs. 94 y sigts.; pero vd. ahora *Le imprese commerciali*, Turín, 1955, págs. 298 y sigts.; DE MARTINI, *L'usufrutto di azienda*, Milán, 1950; GHIDINI, *Disciplina giuridica dell'azienda*, Milán, 1950, págs. 156 y sigts.; GRANDE, *Pegno d'azienda*, en *Riv. dir. comm.* 1954, 2, págs. 227 y sigts.; por último, PUGLIESE, *Usufrutto*, págs. 618 y sigts.

45 BARBERO, págs. 405 y sigts.

Que tal noción sea clásica o justiniana puede ser aquí indiferente⁴⁶ ya que se encuentra clara e inequívocamente en el *Corpus Iuris*, de donde toma partida la doctrina sucesiva, la cual explica con aquella noción el fenómeno hereditario.

La herencia, objetivamente considerada, se concibe por los romanos como *universitas*; se habla de *succedere in universum ius* para indicar el carácter complejo y unitario del subentrar en la situación jurídica del difunto. *Universitas* significa no totalidad, ya que el heredero no subentra en todas las relaciones, y ni siquiera suma de relaciones, sino ante todo unidad compleja que se traspasa al heredero. Se habla precisamente de *nomen iuris* y se dice que se tiene siempre *bonorum possessio* de los bienes hereditarios, aun cuando en la herencia nada haya corporal.

La herencia está comprendida entre las *res incorporales*, aun cuando en ella *res corporales continentur* (Gaio 2, 14), y está admitida en toda la época clásica la *usucapio pro herede*, por la que el poseedor de cosas hereditarias adquiere toda la herencia, o sea también las cosas no poseídas o no susceptibles de posesión, con el transcurso de un año, si bien en la herencia estén comprendidos inmuebles, para los cuales eran necesarios dos años. Estos elementos demuestran cómo para los romanos la herencia se concibe como un complejo unitario que supera y trasciende de las singulares entidades que la componen.

No es distinta la concepción de la herencia en nuestro Derecho.⁴⁷ Lo que por la ley o por el disponente se atribuye y se

46 Sobre la cuestión en diverso sentido vd. C. LONGO, *Sull'origine della hereditas concepta come universitas*, en *Studi in onore di C. Fadda*, 1, págs. 125 y sigts.; BONFANTE, *Il concetto dotmatico dell'eredità nel dir. rom. e nel dir. moderno*; *La successio in universum ius e l'universitas*; *La formazione scolastica della dottrina dell'universitas*, en *Scritti giuridici*, vol. I, respectivamente págs. 152 y sigts., 250 y sigts. y 307 y sigts.; *Successioni*, págs. 44 y sigts.; BORTOLUCCI, *La hereditas come universitas*, en *Bull. ist. di dir. rom.* 42 (1934), págs. 150 y sigts.; 43 (1934), págs. 128 y sigts.; ALBERTARIO, *La critica della critica*, en *Bull.*, cit. 42 (1934), págs. 550 y sigts.; BIONDI, *Diritto ereditario romano*, Milán, 1954, págs. 51 y sigts.; *Universitas e successio*, en *Studi in onore di P. de Francisci*, Milán, 1955, 4, págs. 19 y sigts.; *La dottrina giuridica della universitas* cit. págs. 270 y siguientes.

47 Recientemente en modo especial MESSINEO, 3, 2, pág. 19; *L'eredità e il suo carattere di universum ius*, en *Riv. dir. civ.*, 22 (1941), págs. 367 y sigts.; G. STOL-

adquiere es precisamente la herencia concebida como un todo complejo; según el art. 588 las disposiciones testamentarias "son a título universal y atribuyen la calidad de heredero, si comprenden la universalidad o una cuota de los bienes del testador".

Aquí las palabras "universal" y "universalidad" no se pueden entender como totalidad o suma de los bienes, ya que el heredero es siempre tal aun cuando no adquiera todos los bienes, y la adquisición de una suma de bienes no atribuye sólo por esto la cualidad de heredero. "Universal" y "universalidad" implican unidad compleja, que se traspaasa inalterada al heredero así como se encontraba en el difunto.

La herencia presenta un lado característico muy particular. Mientras respecto a las otras *universitates* no existe formación de una entidad nueva y distinta, y sobre el todo se constituyen las mismas relaciones que sobre las singulares cosas, la herencia, desde un particular punto de vista, se considera verdaderamente como una entidad *a se*, sobre la cual el heredero tiene un derecho nuevo y distinto de aquel que tiene sobre las singulares relaciones hereditarias.

El agregado hereditario consiente siempre la consideración atomística de las singulares entidades que lo componen, pero, a diferencia de las otras *universitates*, da lugar a la formación de una entidad transcendental que implica superación de las singulares partes sin que esto implique multiplicación de objetos, precisamente porque se trata siempre de consideración meramente jurídica.

El heredero puede ejercitar aquellas acciones que podía ejercitar el difunto; son acciones transmitidas, como son transmitidos los respectivos derechos. Pero el heredero, fuera e independientemente de esto, desde los tiempos más antiguos hasta el vigente código, puede ejercitar una acción no hereditaria, o sea no transmitida, que no existía en el patri-

FI. *Concetto dell'erede*, en *Giur. it.* 1949, 4, págs. 162 y sigts.; *Note sul concetto di successione*, en *Riv. trim. di dir. civ.*, 1949, págs. 535 y sigts. Contradice tal doctrina, para resaltar el concepto de sucesión, especialmente BARBERO, *Sistema*, 2, pág. 753; CICU, *Successioni per causa di morte*, Milán, 1954, pág. 9 y sigts.

monio del difunto, sino que surge por efecto de la adquisición hereditaria y que el heredero ejercita *iure proprio*. En las fuentes romanas la acción se califica *actio de universitate* en contraposición a *actio specialis*, que es la acción relativa a las singulares relaciones hereditarias.

La *hereditatis petitio*, calificada como de *universitate*, antiquísima como la misma *hereditas*, sobrevive en nuestro código vigente, que, a diferencia del derogado, le dedica todo el capítulo IX del tít. I del libro II bajo la rúbrica "de la petición de herencia", que contiene la disciplina de la acción que calca la romana.

Ahora bien si la petición de herencia es acción nueva, o sea no transmitida, es preciso reconocer que el heredero tiene sobre la herencia, complejamente considerada, un derecho distinto del que le compete sobre las singulares cosas. Precisamente porque la petición de herencia es nueva, en cuanto contempla la *universitas*, se plantea la cuestión de si es real o personal.⁴⁸ Si se considera que derecho real no significa *ius in corpore*, o sea potestad directa e inmediata sobre una cosa, sino posibilidad de hacerlo valer frente a personas no individualmente determinadas, según tal concepto, el derecho del heredero sobre la herencia y la respectiva acción se pueden calificar perfectamente como reales, en cuanto la cualidad de heredero se puede esgrimir frente de quienquiera.

Universitas y sucesión son los ejes en torno a los cuales gira el fenómeno hereditario: son conceptos complementarios que se integran recíprocamente. *Universitas* es entidad objetiva: es esto que adquiere el heredero. Sucesión es el fenómeno de subentrar; es consecuencia de la adquisición; enuncia solamente el hecho jurídico que es consecuencia de la adquisición. Se sucede porque se adquiere y no se adquiere porque se sucede. Lo que se adquiere es precisamente la *universitas*, la cual, bajo algunos aspectos es considerada como un todo unitario: único acto de disposición, única llamada, única acción de defensa; bajo otros, se considera como

48 COVIELLO, *Successioni*, pág. 300; KRELLER, *Röm. Recht*, Viena, 1950, página 235.

conjunto de singulares cosas: se puede disponer de las singulares cosas, en vez que del complejo y se pueden ejercitar tantas singulares acciones cuantos son los singulares derechos comprendidos en la herencia en vez de la universal petición de herencia.

29. PATRIMONIO.⁴⁹ — La totalidad de las relaciones y situaciones que tienen por titular a una persona constituye su esfera jurídica: se comprenden relaciones activas y pasivas, de naturaleza diversa, públicas y privadas, patrimoniales y extrapatrimoniales. En esta amplia esfera jurídica está el grupo importante que se llama patrimonio,⁵⁰ el cual comprende relaciones que tienen contenido económico, esto es, valuable en dinero, unificadas por el hecho de que tienen por titular a una sola y determinada persona.

El patrimonio puede ser considerado bajo dos aspectos: Como complejo de relaciones activas y pasivas, o bien como complejo solamente activo conforme al principio *bona non intelleguntur nisi deducto aere alieno*.⁵¹

En este último sentido forman parte del patrimonio no solamente cosas y derechos, sino además, como dicen los romanos *causae* (1.23 de verb. sign. D. 50, 16) y *si quid est in actionibus petitionibus persecutionibus* (1.49 D. eod.): comprende por tanto situaciones y expectativas jurídicas; p. ej.

49 BIRKMEYER, *Das Vermögen im jur. Sinne*, 1879; WINDSCHEID, 1, 1, páginas 180 y sigts.; FADDA y BENSÁ, nota *k*, págs. 666 y sigts.; PFAFF, *Zur Lehre vom Vermögen nach röm. Recht*, en *Festschrift Hanousek*, 1925, págs. 89 y sigts.; COVIELLO, págs. 238 y sigts.; BETTL, *Dir. rom.*, págs. 683 y sigts.; FERRARA, página 865; CASTAN TOBEÑAS, *En torno a la teoría del patrimonio*, en *Revista de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 1952.

50 La terminología legislativa no es constante. Se habla indiferentemente de patrimonio y de bienes, aún en orden a la misma materia (por ej. arts. 48 y 56 de una parte y arts. 50, 52 y 53 de otra). En general se prefiere hablar de "bienes" mejor que de patrimonio; con relación a la separación de los bienes del difunto de los del heredero, el nuevo código sustituye "bienes" (arts. 512 y sigts.) a "patrimonio" del código derogado (arts. 2.054 y sigts.). Se habla también de "*sostanze*" (art. 587) como equivalente a bienes (art. 588) y de activos (art. 1.977). Para denotar el carácter económico de la relación el tít. XIII del libro II del cód. pen. habla de delitos contra el patrimonio.

51 L. 39, 1 D. de verb. sign. 50, 16; 125 D. eod.; 49 D. eod.; 11 D. de iure fisci, 49, 14.

la situación de poder adquirir por usucapión un derecho con el transcurso del tiempo (*condicio usucapiendi*); la expectativa del acreedor bajo condición antes de verificarse ésta; la acción en los casos en que es considerada bien (n. 20). No están comprendidas en cambio algunas situaciones de hecho o estrictamente personales, aun cuando tengan carácter económico, cuando no se concreten en una expectativa o interés en alguna forma tutelados por la ley: por tanto forma parte del patrimonio la posesión, pero no la situación de un fundo que se beneficie por estar próximo a una carretera, a una vía férrea, a una fuente de agua, ni la esperanza, aunque sea fundada de una futura adquisición, etc.

Sobre el patrimonio el sujeto no tiene un derecho único y por tanto impropriamente se habla de propiedad y de propietario; se tienen, ante todo, tantos derechos cuantas sean las entidades comprendidas en el patrimonio: propiedad, superficie, usufructo, créditos, etc. El patrimonio en efecto no es otra cosa que denominación completiva, empleada por el lenguaje, tanto común como técnico, para indicar una suma de relaciones que tienen por titular a un sujeto. Se puede hablar de propiedad y de propietario sólo entendiendo tales frases en el sentido de titularidad y de titular.

De la pertenencia a una persona se ha deducido el carácter unitario del patrimonio, considerándolo como *universitas iuris*, o sea como entidad que supere las singulares entidades que lo componen. Esto no es exacto, como no es exacto decir que no hay persona sin patrimonio: no se puede decir seriamente que tenga patrimonio un pobre que no tenga más que los andrajos que tiene encima y alguna calderilla recogida por limosna; el patrimonio puede ser modesto, pero debe ser siempre apreciable. Quienquiera tiene la posibilidad jurídica de tener un patrimonio, pero de tal modo confundimos la noción general y abstracta de capacidad jurídica, que es reconocida a todos los hombres, con la efectiva y concreta titularidad de relaciones jurídicas.

En ningún caso la ley considera como unidad el patrimonio de una persona. Asume tal carácter cuando deviene heren-

cia, esto es, cuando con la muerte del titular, pasa a otros. En tal caso lo que, vivo el titular, es verdaderamente totalidad, en cuanto que verdaderamente comprende todas indistintamente las relaciones que le tienen por sujeto, deviene solamente universalidad: esto implica que la suma de las relaciones deviene *universitas iuris* y aquella que primeramente era totalidad deviene sólo complejo, puesto que algunas relaciones, aun de naturaleza patrimonial, se extinguen con la muerte del titular: pasan no todas, sino el complejo de relaciones.

Lógicamente puede parecer un poco extraño que la misma entidad adquiera carácter unitario por el simple hecho de la muerte del titular; y es precisamente para superar tal singularidad para lo que se ha negado carácter unitario a la *hereditas*, o bien se ha extendido tal carácter también al patrimonio en vida del titular. Pero, como hemos observado otras veces, los conceptos jurídicos no son meras categorías lógicas; responden a particulares exigencias que no siempre obedecen a la lógica más refinada: precisamente las consideraciones técnicas que sugieren de contemplar la herencia como unidad compleja, no se presentan en vida del titular.

Nuestro Derecho no admite aquellos casos de sucesión universal *inter vivos* que admitía el Derecho romano sobre el modelo de la *hereditas*. Ni siquiera existe un régimen parangonable al de las *universitates facti*: mientras que de éstas se puede disponer y pueden ser adquiridas merced a un único acto de disposición o de adquisición, respecto al patrimonio se precisan tantos actos de disposición y en la forma requerida para cada uno, cuantos son los elementos que lo componen; y aun cuando se disponga *inter vivos* de todo el patrimonio, jurídicamente existe siempre una suma de actos de disposición eventualmente comprendidos en una única declaración. Naturalmente en el patrimonio pueden estar comprendidos singulares *universitates*, las cuales, según su régimen, tienen carácter unitario, y si el patrimonio, en línea de hecho no comprende más que una sola *universitas* (p. ej. la hacienda), tiene carácter unitario la hacienda, que sólo de hecho puede coincidir con todo el patrimonio.

Como suma y no como unidad compleja la ley considera los bienes cuando dispone que el deudor "responde con todos sus bienes presentes y futuros" (art. 2.740); esto implica no que se proceda sobre todo el patrimonio como unidad, sino sobre singulares bienes con distinto y separado procedimiento, salvo que se trate de universalidad de muebles. Principios no distintos existen en materia de quiebra y de liquidación forzosa, a tenor de la L. 16 marzo 1942, n. 267: la masa de la quiebra se considera siempre como suma y no como complejo de bienes, tanto que para la liquidación del activo se observan las reglas de la expropiación singular (arts. 104-109 ley cit.): es posible adjudicación completa a la misma persona, pero siempre como suma de bienes. No existe en absoluto el sistema del Derecho romano clásico de la *bonorum venditio*, por el cual todo el patrimonio del deudor completamente era subastado y adjudicado a aquel (*bonorum emptor*) que se comprometía a pagar los débitos en un porcentaje mayor; el adquirente era considerado *heredis loco*, esto es subentraba en el complejo de los bienes del deudor liquidado, en el activo y en el pasivo, salvo que en cuanto a éste respondía sólo en el porcentaje que se había comprometido a pagar. Un sistema de tal especie es extraño a nuestro sistema positivo.

Es posible el usufructo de un patrimonio; pero se trata de locución meramente verbal que tiene sólo valor de referencia objetiva, ya que, no obstante la posible unidad del acto constitutivo, se escinde en tantos usufructos cuantos son los singulares bienes, y tienen destino y régimen jurídico distinto; la *relazione* (n. 482) dice textualmente: "el usufructo de un patrimonio (o sea de un vivo) no puede ser constituido más que como usufructo de los singulares bienes de los cuales el patrimonio está compuesto, con la observancia de las formas prescritas, según la naturaleza de cada una de éstos". El artículo 1.010 dicta normas particulares en cuanto contempla el usufructo de la herencia, pero esto no implica consideración unitaria del patrimonio,⁵² porque la herencia, después de la

52 COVIELLO JUN., *L'usufruttuario di un patrimonio e la sua responsabilità per debiti*, Nápoles, 1936; PUGLIESE, *Usufrutto*, págs. 696 y sigts.

adquisición, no subsiste ya como *universitas*, sino al solo fin de la acción hereditaria.

La ley habla genéricamente de "separación de bienes" del difunto de los del heredero (arts. 512 y sigts.), de hipoteca legal y judicial "sobre los bienes" del deudor (arts. 2.817, 2.818) o del imputado (art. 189 cod. pen.), de la pignoración y secuestro "de los bienes del deudor", y también de privilegio "sobre los bienes" (art. 2.745 y sigts.). Se trata de singulares actos que deben ser cumplidos en relación a los singulares bienes, sin que estos sean considerados como complejos: es preciso por tanto inscribir la hipoteca y proceder al secuestro respecto a cada uno de los bienes; los privilegios, además, se refieren y operan respecto a bienes singulares.

Algunos patrimonios se consideran como complejos unitarios, sin que esto implique una situación parangonable a la de *universitates iuris*. El progenitor que utiliza la patria potestad "administra los bienes" del menor (art. 320); el tutor administra los bienes de la persona sujeta a tutela y al término de la tutela debe presentar la cuenta final de la administración (art. 835); los acreedores tienen como garantía legal los "bienes presentes y futuros" del deudor (art. 2.740). Pero la unidad no opera en modo alguno. En tales y en otros casos el patrimonio se considera no cristalizado en un determinado momento sino bajo el aspecto dinámico, y por esto se suele hablar, con lenguaje figurado, de patrimonio viviente. El patrimonio en otras hipótesis es considerado como unidad solamente a fines administrativos o contables: así en el caso de los bienes dotales y del patrimonio familiar, de la administración de los bienes hereditarios, de la cosa común, del patrimonio del quebrado, etcétera; desde el punto de vista económico es considerado el patrimonio a fines del cálculo de la legítima y del fraude a los acreedores.

A los fines fiscales el patrimonio se considera como unidad compleja, en el caso de impuesto progresivo; pero se trata siempre de suma de valores de singulares bienes, sobre los cuales se aplica el impuesto. Análogamente como suma de valores económicos es considerado el patrimonio en materia

de enriquecimiento injustificado, puesto que la ley admite indemnización "de la correlativa disminución patrimonial" (art. 2.041); y a propósito de alimentos se dispone que sean debidos en proporción "de la condición económica de quién debe suministrarlos" (art. 438). En tales casos se trata de consideración unitaria y compleja sólo bajo el aspecto económico, pero todo esto no implica unificación jurídica.

30. PATRIMONIOS SEPARADOS⁵³ Y PATRIMONIOS AUTÓNOMOS. — El patrimonio de una persona, aun no teniendo carácter jurídicamente unitario, es siempre único puesto que tiene por titular a un solo sujeto: un sujeto, un patrimonio. Solamente en línea de hecho y desde el punto de vista del titular que administra su patrimonio, es posible separación de los bienes a base de algunos criterios o agrupaciones: los bienes en Lombardía y los bienes en Sicilia; hacienda y terrenos; patrimonio mobiliario e inmobiliario, etc.; siempre de hecho, es posible diversa gestión de las singulares partes del patrimonio y consiguiente distinción de las deudas y los créditos según que se refieran a cada uno de ellos.

En líneas generales el patrimonio legalmente es uno solo frente a los acreedores; cualquiera que sea el destino del titular, no está admitida separación alguna, según el principio sancionado en el art. 2.740, por el cual el deudor responde con todos los bienes presentes y futuros.

La ley sin embargo, y solamente la ley, por razones particulares y para determinados efectos, admite la posibilidad de complejos separados.

La noción de patrimonio separado se remonta al Derecho Romano. Peculio y dote, aun teniendo por dueño respectivamente al *paterfamilias* y al marido, se consideran como

53 VOCIÑO, *Patrimoni separati*, en *Dis. di dir. priv.*, vol. V; *Patrimonio separato*, en *Nuovo Dig. it.*; *Contributo alla dottrina del beneficio d'inventario*, 1942, núms. 25-26; DONADIO, *Patrimoni separati*, Bari, 1940; CANDIAN, págs. 225 y sigts.; FUNAIOLI, *Sulla separazione dei beni ereditari*, en *Studi senesi*; PINO, *Il patrimonio separato*, Padua, 1950; CICU, *Successione*, págs. 250 y sigts.; NATOLI, *L'amministrazione dei beni ereditari*, 2, págs. 109 y sigts.

CAPÍTULO V

FRUTOS Y COSAS FUTURAS

39. Historia del concepto de fruto. — 40. Noción jurídica de fruto. — 41. Clases de frutos. — 42. Expensas y cargas relativas a los frutos. — 43. Frutos naturales. — 44. Frutos civiles. — 45. Pertenencia y adquisición. — 46. Bienes futuros.

39. HISTORIA DEL CONCEPTO DE FRUTO. — Todos saben por intuición qué cosa son los frutos; pero no es igualmente segura la precisión jurídica que tiene importancia no sólo teórica, sino esencialmente práctica, ya que la ley considera los frutos respecto a distintas relaciones, por lo que es preciso determinar qué cosa se debe entender jurídicamente por fruto.

Es necesario comenzar por distinguir utilidad de fruto. Cualquier cosa es susceptible de producir utilidad al hombre conforme a su naturaleza y a su destino. Pero no toda utilidad es fruto. Habitar en una casa, pasear en un jardín, vestir un traje o consumir alimentos implica utilidad, pero no son frutos de la cosa. Los romanos distinguen el *usus* del *fructus*, el *uti* del *frui*. *Usus* es el goce directo de la cosa, si bien puede tener valor económico; *fructus* en cambio es todo aquello que tiene utilidad económica. La noción de *fructus* es más amplia, pero conceptualmente distinta: el *usus* tiene referencia personal e inmediata, e implica una relación directa con la cosa; el *fructus* es, por el contrario, entidad econó-

1 GOEPPERT, *Ueber die organische Erzeugnisse*, 1869; SCIALOJA, págs. 93 y sigts.; PETRAZYCKI, *Die Lehre vom Einkommen*, 2 vols., Berlín, 1893-95; BONFANTE, 2, 1, págs. 155 y sigts.; *Note a Windscheid*, 1, 2 nota I, págs. 678 y sigts.; FERRARA, págs. 838 y sigts.; REICHEL, *Der Begriff der Frucht im röm. Recht und in deutsch. BGB.*, en *Ihering's Jahrbücher*, 42 (1901) págs. 210 y sigts.; Mosco, *I frutti nel diritto positivo*, Milán, 1947.

mica autónoma, que da utilidad, además de directamente, por su valor económico y como medio de cambio.

La doctrina jurídica de los frutos intenta resolver un problema no naturalístico ni económico, sino esencialmente jurídico; puesto que es un problema no biológico, sino de pertenencia, en el contraste entre una pluralidad de derechohabientes o de situaciones que impliquen goce de una cosa, se trata de averiguar hasta que punto cada uno de tales titulares tiene derecho a los frutos, y por esto es preciso establecer que cosa se deba entender jurídicamente por fruto, y cual sea para cada una de tales relaciones el modo de adquisición. Por tanto la concepción naturalística o económica, aun suministrando la orientación, ayuda poco desde el punto de vista jurídico. Aparte la cuestión de pertenencia y del modo de adquisición, la doctrina de los frutos jurídicamente no tiene sentido. El fruto es cosa lo mismo que cualquier otra, sujeto a la disciplina de todas las cosas; no hay relación de subordinación respecto a la cosa que lo produce. Como los frutos están destinados a ser separados de la cosa, se plantea el problema de hasta que punto tienen autonomía, a fin de determinar si y hasta que extremo pueden constituir objeto de relaciones jurídicas autónomas y separadas. Siempre, por tanto, problemas jurídicos.

En orden al propietario, que, según el art. 832, tiene el goce pleno y exclusivo de la cosa, parece ocioso verificar qué cosa se debe entender por fruto; la cuestión surge cuando junto al dominio existan situaciones jurídicas que atribuyan al titular una cierta participación a los frutos.

En líneas generales, como en materia de cosas, la ley deduce la noción de fruto de la valoración social. Este es el criterio seguido por los romanos, no obstante sus rudimentarias nociones naturales y económicas, y este es el criterio que es necesario seguir todavía hoy, en tiempos de progreso científico. La noción jurídica de fruto es, en efecto, independiente en cierto sentido de tales progresos, hasta que éstos hayan penetrado en la conciencia común; por esto la noción jurídica de fruto, deducida de la común valoración social,

permanece cerrada a despecho de cualquier progreso científico, de la misma manera que el concepto de divisibilidad o de consumibilidad permanece también cerrado cualquiera que pueda ser el descubrimiento científico en torno a la destruidibilidad, transformación o fraccionamiento de las cosas.

La noción de fruto presenta un desarrollo histórico y un proceso de extensión en relación con el desarrollo de la economía, no de la ciencia económica que se limita a revelar el fenómeno. Es oportuno seguir a grandes trazos tal proceso, no por vana curiosidad histórica, sino porque contribuye a resolver algunas dificultades que se presentan a la doctrina o al menos a precisar las causas de ellas. La dilatación del horizonte económico no es racional y no sigue los dictados de la lógica rigurosa; por esto la primitiva noción, rigurosa y coherente, como todas las primitivas concepciones, poco a poco deviene más elástica, y los antiguos caracteres esenciales resultan más desteñidos, por no decir superados.

Para los romanos la noción jurídica de *fructus* arranca de la producción natural, precisamente vegetal o animal. Este es indudablemente el punto de partida y la base del concepto de fruto, que no es más que el producto natural de suelo o de los animales, independientemente de cualquier actividad del hombre dirigida a producirlo. En esta fase los frutos son realmente producción natural periódica, que deja íntegra la cosa que los produce hasta el agotamiento de la fuerza productiva ínsita en la naturaleza; carácter de ellos es precisamente, además del carácter natural, la periodicidad y la reproducibilidad. Esta última implica que el fruto está destinado en el futuro a reproducir exactamente la cosa madre, de modo que pueda sustituirla sucesivamente cuando haya dejado de existir. El cambio entre cosa y fruto es eterno: la cosa produce el fruto, el cual reproduce la cosa al infinito. En esta primera noción de fruto hay plena adherencia del concepto jurídico a la noción naturalística, y la formulación no presenta dificultad, como todas las nociones antiguas, que son obvias e intuitivas: en principio no hay más que utilidad directa de una cosa (*usus*) y el producto natural de ella (*fructus*).

El desarrollo de la economía, aun en la misma época romana, ha llevado a extender la noción de *fructus*.

Situados en el campo de los vegetales, se verifica una primera extensión: *fructus* no es solamente el fruto del árbol (*glans, pomum, fruges*), sino también todo aquello que el árbol puede naturalmente dar y que tiene valor económico: hojas, flores, ramas. Al elemento natural se injerta la consideración económica: si quien tiene derecho a los frutos estima obtener mayor utilidad recogiendo la flor mejor que el fruto o el fruto verde (es el caso contemplado en la l. 42 D. de usu et usufructu, 33, 2), todo esto entra en el concepto de fruto, como entran las ramas que resultan de la poda, y la recolección de las hojas como abono. En tales casos estamos siempre en el ámbito de la producción natural y de la reproducción periódica, en cuanto que la cosa está siempre en estado de producir nuevas flores, nuevas hojas, y nuevas ramas mientras dura la fuerza productiva de la cosa, que prácticamente queda íntegra.

No siempre la producción implica que los frutos reproduzcan la cosa madre: esto sucede en el caso del fruto verdadero y propio y en el parto del animal, en cuanto el fruto reproduce la cosa madre; pero no siempre: ramas, hojas, leche, lana, son frutos, aun sin tener la capacidad de reproducir la cosa madre; la reproducibilidad es tan poco esencial que, a propósito del ganado, se consideran frutos los partos, como extensión de la noción de *fructus*; § 37 Inst. de rer. div. 2,1: *in pecudum fructu etiam fetus est, sicut lac et pilus et lana*.

En esta fase el carácter esencial del fruto es la producción natural, no siempre reproducción de la cosa madre. Por tanto es fruto recoger ramas que resultan de la poda, pero no abatir árboles vivos para hacer leña, es fruto la lana y la leche, pero no matar animales para obtener la carne. Está presente sin embargo el concepto de producción periódica, que siempre es relativo a la diversa naturaleza de la cosa: va desde un mínimo de la diaria producción de la leche a un máximo, representado por el corte del bosque tallar; es superado en cambio el elemento de la reproducción de la cosa madre.

Fructus es todo aquello que la cosa produce naturalmente; la obra del hombre está dirigida sólo a dar incremento a tal producción.

La noción de *fructus* se extiende notablemente cuando la actividad económica del hombre no se limita a la superficie de la tierra y a todo aquello que está sobre ella, sino que se dirige al subsuelo; entonces se presenta el problema de la minería. El producto aquí es siempre natural y el trabajo del hombre se limita a la extracción; pero se obtiene mediante una gradual destrucción de la cosa, si bien a largo plazo. La reproducción está aquí excluida, y aún cuando ésta científicamente pueda admitirse, prácticamente es omisible. Por otra parte no es posible negar que la mina pueda dar utilidad económica lo mismo que las antiguas categorías de frutos naturales: la extracción de mineral, o sea la continua pero insensible destrucción de la cosa, es la única utilidad que la cosa puede dar: si fruto quiere decir utilidad económica, frutos serán los productos de la mina; de otro modo, esto es, si se permanece firmes en el principio de la integridad absoluta de la cosa madre, es necesario llegar a la conclusión de que la mina no pueda dar un beneficio tal que pueda colocarse junto al fruto natural. Pero ni la ley ni la ciencia jurídica por simple homenaje a una lógica rigurosa han llegado a tanto; los productos de la mina indudablemente son considerados como fruto. El elemento de la permanente integridad de la cosa madre está por tanto superado: Hay frutos que dejan íntegra la cosa madre y hay también frutos que implican destrucción de ella. Lógicamente así como no es fruto abatir un árbol para hacer leña o matar un animal para hacer carne, así no debería ser fruto aquella utilidad que se obtiene destruyendo la mina con la continua extracción del mineral: que en este caso la destrucción sea insensible es elemento que puede ser tomado en consideración por la ley que tiene presentes valoraciones prácticas, pero no por un rigor lógico. Sin embargo los romanos no creían abandonar sin más el criterio del fruto como entidad que se reproduce. La jurisprudencia, en efecto, admite que los productos de la mina constituyan *fructus*, cuando sean

susceptibles de reproducción: 1, 7, 13 sol matr. 24, 3: *nec in fructu est marmor, nisi si tale sit, ut lapis ibi renascatur*; 18 pr. de D. de fundo dotali, 25, 3: *nec puto fundum deteriorum esse, si tales sunt lapidicinae, in quibus lapis crescere possit*. La ciencia moderna quizá podrá sonreír en torno a la posibilidad de reproducción de las minas, afirmada con tanta facilidad por los antiguos, sin que sea necesario averiguar de qué noción científica los romanos habían tomado aquella noción, y si puede científicamente ser verdad. Es un hecho que respecto los productos de la mina no existe aquella visible capacidad de la reproducción que se nota en cuanto a los productos del suelo o del ganado. La antigua y todavía escasa posibilidad de disfrute empíricamente daba la impresión de que la mina fuese inagotable o bien que se reprodujese. Por tanto la extracción de los productos se consideraba como cosecha de frutos más que como destrucción gradual de la cosa.

Lo mismo se puede decir respecto al agua corriente, la cual, además de dar utilidad directa, suministra utilidad económica parangonable al fruto, que se concreta en la destrucción material; pero frente a la masa, que visiblemente se renueva siempre, la apropiación, lo mismo que el producto de la mina, se considera como fruto más que como destrucción de la cosa. Son valoraciones prácticas que aventajan a la consideración naturalística,

A la noción de *fructus*, entendido como producción natural, sustituye la de rédito económico. El elemento de la producción, como creación de nueva entidad, y el de la reproducción como perpetuación de la cosa madre, no son considerados esenciales. Al fenómeno natural subentra la consideración económica. *Fructus* es igual a *reditus*. El usufructuario, como dice la misma palabra, tiene derecho al *fructus*, pero éste se entiende como *reditus* en el sentido de entidad patrimonial que retorna; en general 1. 77 D. de verb. sign. 50, 16 afirma: *frugem pro redditu appellari non solum frumentis aut leguminibus... verum ex silvis caeduis, cretifondinis, lapidicinis*. Aquí los productos de la mina están equiparados a los pro-

ductos del suelo y a los bosques maderables bajo el aspecto de la renta.

Fructus no es más que *reditus*, esto es, aquello que retorna. *Reditus* está en antítesis a destrucción.

Concebido el *fructus* como renta fué posible una ulterior extensión, de manera que pudiera comprender lo que en el lenguaje moderno se llaman frutos civiles, o sea utilidad que la cosa produce por efecto de relaciones jurídicas sobre ella. Sin embargo los romanos no los cualificaban abiertamente como *fructus*, antes bien los tenían por muy distintos: 1, 121 D. de verb. sign. 50, 16: *usura pecuniae quam percipimus in fructu non est quia non ex ipso corpore sed ex alia causa id est nova obligatione*. Los romanos no saben destacar la idea de *fructus* de la de producto material de la cosa. No obstante los llamados frutos civiles, aún no calificados tales, están asimilados a los *fructus*; respecto a los salarios se dice que *pro fructibus accipiuntur* (1. 36 D. de usuris 22, 1), que son debidos *loco fructuum* (1. 29 D. de her. pet. 5, 3); a título de interpretación se habla de *fructus servitutis* entendido como interés a ejercitar la servidumbre (1, 4, 2 D. si servitus vindicentur 8,5); en general se dice: *usura vicem fructuum optinen et merito non debet a fructibus separari*. El concepto de *fructus*, como producto natural o generación natural, está así arraigado en la conciencia romana que, aparte la exactitud desde el punto de vista filológico, se hace derivar de la palabra *foenus* de *fetus* en el sentido de entidad generada por el capital,² y aun Papiniano siente la necesidad de resaltar que *etsi maxime vectura sicut usura non natura pervenit, sed iure percipitur, tamen ideo vectura desiderari potest* (1. 62 D. de rei vind. 6, 1).

40. NOCIÓN JURÍDICA DE FRUTO. — La historia del concepto de fruto, que hemos fugazmente descrito, revela una progre-

² VARRÓN, de lingua lat., 3: *fenus autem dictum est a fetu et quasi fetura quaedam pecunia. Nam et Catonem et ceteros antiquiores sine o litera fenus pronunciasse contendit, ut fetus et fecunditas; FESTO (ad v. fenus): fenus appellatur naturalis terrae fetus, ob quam causam et nummorum fetus fenus est vocatum... et lex de credita pecunia fenebris a fetu dicta, quod crediti nummi alios pariant.*

siva superación de la noción fundamental de fruto como producto natural, a medida que el desarrollo económico induce a tomar en consideración nuevas entidades patrimoniales susceptibles de dar utilidad, que pueden ponerse a la par de los frutos naturales. Este proceso de superación y extensión no está destinado a cerrarse como no está destinado a cerrarse el desarrollo económico.

El concepto de fruto natural en el sentido de entidad que resurge periódicamente por fuerzas naturales sin tocar la cosa madre no se abandona en las codificaciones modernas ya que los frutos naturales constituyen siempre la categoría central de los frutos. Pero aquellas entidades que para los romanos simplemente se aproximaban a los frutos entendidos como cosas materiales que produce la naturaleza, están sin más encuadradas bajo la denominación y el concepto de fruto; de ahí la distinción entre frutos naturales y frutos civiles. El código derogado intentaba dar una definición unitaria en el art. 144: "los frutos naturales y los frutos civiles pertenecen por derecho de accesión al propietario de la cosa que los produce".

Esta enunciación vale para los frutos naturales ya que respecto a los frutos civiles no se puede decir que sean producidos por la cosa; tampoco se puede hablar de accesión y no siempre de propietario. La misma observación se puede repetir en orden al código tudesco que define los frutos como "los productos (Erzeugnisse) de la cosa y los particulares provechos (Ausbeute) que derivan de la cosa según su particular destino".

El nuevo código ha separado oportunamente la noción de fruto natural de la de fruto civil, aun hablando siempre de frutos. Según el art. 820 "son frutos naturales aquellos que provienen directamente de la cosa, concurra o no la obra del hombre, como los productos agrícolas, la leña, los partos de los animales, los productos de las minas, canteras y turberas... Son frutos civiles aquellos que se obtienen de la cosa como compensación del goce que otro tenga sobre ella. Tales son los intereses de los capitales, los cánones enfiteúticos, las

rentas vitalicias y cualquiera otra renta y la retribución de los arrendamientos”.

La doctrina busca exponer una noción unitaria de fruto no sólo por exigencia científica, sino porque el elenco enunciado por la ley no es taxativo y hay entidades, como p. ej. los frutos de la hacienda, que propiamente no se pueden encuadrar en ninguna de las dos categorías.

Tradicionalmente, sobre todo por la gran prevalencia de los frutos naturales, el concepto de fruto se basa en la producción orgánica. A esta concepción se contraponen la doctrina del rédito relativo, expuesta por Petrazycki y seguida por civilistas más recientes. Según esta doctrina los frutos no son entidades objetivas, o sea categoría de cosas objetivamente consideradas; la noción de fruto se determina sobre todo según la relación subjetiva de una persona respecto a los bienes, hasta el punto de que la misma entidad puede ser fruto para una persona y para una determinada relación y no para otra persona u otra relación; en conclusión, no existe una cosa fruto, sino una relación fruto.

Esta doctrina tiene el mérito de haber sustituido el concepto de producto orgánico por el más amplio de rédito; tiene el inconveniente, sin embargo de haber elevado a doctrina el criterio de la relatividad. La noción de fruto es siempre igual frente a quienquiera y para cualquier relación: la diferencia entre las varias relaciones está, no en el concepto de fruto, sino en el diverso modo con que se adquieren los frutos; si el propietario adquiere los frutos de modo distinto respecto al usufructuario o al poseedor, esto no quiere decir que la misma entidad sea fruto en relación al propietario y no respecto al usufructuario o poseedor o viceversa; es necesario decir solamente que el fruto, esto es, la misma entidad objetiva, es adquirido por el propietario y no por el usufructuario o poseedor o viceversa. Pero aun cuando fuese verdad que exista no una cosa fruto sino una pluralidad de relaciones fruto, esto no exime de exponer una noción general de fruto como síntesis de aquellas relaciones fruto.

La noción fundamental de fruto es la misma que la de

rédito en el sentido literal de la palabra, esto es, entidad que vuelve o está destinada a volver.

Por tanto bajo la dicción “leña” del art. 820, es necesario entender no cualquier leña, sino aquella que se obtiene de las plantas maderables o de la poda normal; por tanto, no aquella que resulta del corte de los árboles en general y que constituye verdadera y propiamente capital y no fruto.³

Fruto es, por tanto, todo aquello que la cosa rinde o de por sí o por vía de relaciones jurídicas sobre ella o que a ella se refieren: así como los frutos son rendidos por la tierra, y los partos y la lana por los animales, así los intereses son rendidos por el capital dado a mutuo, la merced por la casa arrendada, y el rendimiento por la hacienda. Mientras los frutos naturales son rendidos directamente por la cosa en dependencia de leyes naturales, la naturaleza no produce ni intereses ni mercedes, sino que es preciso un acto jurídico relativo a la cosa.

Los romanos para justificar la obligación de pagar los intereses en el mutuo de trigo hablaban de *accessio* (l. 11 [12] de usuris C. 4, 32) en el sentido de desarrollo natural de la cosa.

Es menester una ulterior precisión, ya que es necesario distinguir el rédito de toda otra utilidad que la cosa produce: no todas las utilidades de una cosa son frutos.

La determinación del fruto, entendido, como rédito, y la separación entre utilidad y rédito, desde el punto de vista privatístico, no tiene importancia cuando el sujeto tenga la plena titularidad jurídica sobre la cosa: es obvio que respecto al propietario de una cosa o titular de un crédito, precisar qué cosa es rédito para distinguirla de la cosa que lo produce o de toda otra utilidad es del todo ocioso, ya que el titular tiene derecho tanto sobre la cosa como sobre el rédito de cualquier modo concebido. La cuestión, por el contrario, surge, como hemos ya notado, cuando existen sobre la cosa derechos de goce o situaciones de hecho, con relación a las

3 Cass. 13 marzo 1954, en *Rep. Foro it.*, 1954, voz *Frutti*, núm. 1.

cuales es necesario fijar qué cosa significa fruto, y donde establecer hasta que punto los frutos pertenecen al titular de tales derechos, puesto que implican anulación total de cualquier goce de la cosa.

Numerosos criterios se han propuesto aislada o acumulativamente, al objeto de señalar la noción de fruto; periodicidad, separabilidad, reproducibilidad.

Tales caracteres son verdaderos en cuanto a algunas categorías de fruto, pero no respecto a todas: como se ha observado, a medida que la categoría se extiende, algunos caracteres, en principio esenciales, pierden consistencia y son superados.

La periodicidad está ínsita en la noción de fruto natural y es reflejada también exactamente por el mismo término *reditus* o rédito que da la idea de una cosa que va y viene, que se repite o se renueva. La periodicidad no tiene sin embargo carácter absoluto: puede prolongarse en un largo espacio de tiempo, como en el caso del bosque tallar, pero puede también faltar en el caso de las minas.

No es absoluto el carácter de la separabilidad material o jurídica de modo que el fruto pueda constituir objeto de relaciones distintas sin destruir la cosa madre. Tal carácter se encuentra ciertamente en los frutos naturales: los frutos de un árbol, los partos de los animales, la lana y la leche son productos separables perfectamente de la cosa que los produce que queda íntegra; por esto no es fruto del crecimiento natural del animal o de la planta. Sin embargo, el criterio de la conservación de la cosa se debe entender no en sentido absoluto, ya que ninguna cosa, a excepción del terreno en su situación nuda y natural, rinde frutos y se conserva a perpetuidad: el animal y la planta mueren, pero no en dependencia de la producción de los frutos; el edificio por el uso se deteriora llegando un momento en que ya no da más rédito. Por esto la conservación se debe entender en sentido relativo; esto es, se necesita que a la producción del fruto no corresponda una disminución sensible de la cosa. Pero aun así entendido, tal elemento está superado. El trigo puede dar

utilidad sólo destruyendo la planta; no vale observar que es fruto de la tierra, mientras que los demás frutos son productos del árbol; lógicamente aquí no debería haber diferencia entre la plantita que produce el trigo y el árbol que produce manzanas. Y además respecto al agua y a las minas no es posible distinguir el fruto de la cosa que lo produce, ya que no existe una cosa madre y un producto y la percepción del fruto implica destrucción segura de la cosa. Estamos siempre en el ámbito del fruto, entendido como rédito normal de la cosa, ya que tanto la plantita de trigo como el agua y la mina no pueden dar rédito, sino mediante destrucción inmediata, aparente o no, de la cosa.

Es preciso reconocer que las exigencias prácticas, desde el tiempo de los romanos, han impuesto no entumecerse sobre esquemas que pudieran ser meramente doctrinarios: si no se quiere negar por razones teóricas que el trigo sea fruto de la planta o que el agua y la mina puedan dar fruto, mientras los productos de la mina son explícitamente catalogados en el art. 820 entre los frutos naturales, es necesario extender la noción de fruto de modo que pueda comprender algunas entidades, que implican rédito, pero que dan utilidad mediante la inmediata o gradual destrucción de la cosa. No es necesario tomar en consideración la razón invocada por los romanos, los cuales, para salvar el principio y al mismo tiempo para satisfacer las exigencias prácticas, han admitido la posibilidad de un usufructo de las minas partiendo del concepto de que pueden reproducirse: será verdad que la mina, más que reproducirse, podrá formarse *ex novo*, pero es necesario esperar tantos milenios como han sido necesarios para la formación. Se puede decir solamente que la masa imponente de la mina da la impresión de que sea inagotable: y esto basta para el Derecho.

Precisamente la consideración de la reproducibilidad, verdadera o presunta, junto al agotamiento de la cosa en un período de tiempo tan largo que proporcione la impresión de inagotabilidad, permite considerar fruto al producto de la mina, pero no a la separación de una parte de metal de un

trozo bien definido de metal, o la separación de una cantidad de vino de una masa de vino, o la extirpación de algunas páginas de un libro; en estos casos la separación, precisamente por la limitación o pequeñez de la cosa, da la impresión concreta de división o destrucción de la cosa más que fruto.

Ni siquiera es general el elemento de la reproducibilidad, que se puede entender en doble sentido; posibilidad de que el fruto reproduzca exactamente la cosa madre o que el fruto se reproduzca, aun sin producir la cosa madre. Ciertamente este elemento se encuentra en algunos frutos naturales: la semilla ínsita en el fruto es capaz de reproducir la planta como el huevo es idóneo para reproducir al animal que lo produce; hojas y ramas se reproducen. Pero la reproducción no se encuentra en muchos frutos naturales (minas) ni tampoco respecto a los frutos civiles.

La noción general comprensiva es la de rédito normal. A los caracteres que la doctrina suele admitir para señalar al fruto, que, como hemos visto, no son ni generales ni absolutos, creemos ha de sustituir el de normalidad, que es distinto de la regularidad:⁴ regularidad quiere decir conformidad a una regla, pero es claro que todo sucede en el mundo según una regla. Por el contrario normalidad significa producción que sea conforme al destino de la cosa: es posible que una producción tenga lugar con regularidad, pero sin embargo no es fruto, cuando esto no sea conforme al común destino económico de la cosa.

Por tanto no toda producción de utilidad es fruto. No es tal el incremento que la cosa puede tener por accesión; aquello que los antiguos llamaban *donum fortunae*, como p. ej. el tesoro, el mayor valor que la cosa puede adquirir por vicisitudes monetarias o de mercado, en general todo aquello que tiene carácter extraordinario, si bien previsible o esperado. Por tanto no constituye fruto la distribución de nuevas acciones gratuitas o el aumento del capital nominal, ya que se

4 DERNBURG, *Bürg. Recht*, pág. 39, define el fruto como rédito regular (regelmässig).

trata no de rédito, sino de una nueva representación de las participaciones en la sociedad; ni siquiera el derecho de opción.⁵ Naturalmente el usufructo constituido sobre la cosa se extiende sobre tales incrementos, sin que éstos de por sí sean frutos.

Esta doctrina es conforme a la disposición de la ley. El usufructuario tiene derecho a obtener "de la cosa toda utilidad" (art. 981); le pertenecen "los frutos naturales y los frutos civiles" (art. 984); pero las utilidades y los frutos que le pertenecen tienen una limitación derivada del principio de la normalidad; el usufructuario, en efecto, no tiene derecho al tesoro (art. 988), ni a los árboles de alto porte perecidos por accidente (art. 990); ni puede abrir nuevas minas (art. 987); no adquiere la accesión de la cosa⁶ pero tiene el derecho de gozarla. Análogamente el artículo 1.998 extiende el usufructo de los títulos de crédito "a los premios y a las otras utilidades aleatorias producidos por el título"; pero como añade el párrafo 2.º del mismo artículo, se trata de extensión del derecho de usufructo, considerando tales utilidades como accesión o incremento del título, no de adquisición que competa al usufructuario como fruto,⁷ tanto que al término del usufructo el usufructuario debe restituir tales entidades junto con la cosa.

Tampoco es fruto todo aquello que sustituye a la cosa, como indemnización por destrucción o expropiación de la cosa, y tampoco los réditos de sustitución.⁸

Teniendo presente el concepto de rédito normal más que el de producción, se resuelve la cuestión, ya discutida por los romanos, de si los productos de la caza y de la pesca se pueden considerar como fruto del fundo: los animales son fruto,

5 ASCARELLI, *Diritto di opzione e usufrutto di azioni*, en *Studi in onore di E. Redenti*, vol. I, págs. 125 y sigts.

6 Paul. Sent. 2, 6, 22: *accessio ab alluvione ad fructuarium fundum, quia fructus fundi non est, non pertinet.*

7 FERRI, *Usufrutto di azioni e assegnazioni di azioni gratuite*, en *Dir. comm.* 2 (1943), pág. 69; BIGIARI, *Estensione dell'usufrutto alle azioni optate?*, en *Riv. trim. di dir. civ.*, 1947, págs. 592 y sigts.; PUGLIESE, *Usufrutto*, págs. 692 y siguiente y allí otras indicaciones bibliográficas.

8 BARBERO, *L'usufrutto*, págs. 204 y sigts.

cuando constituyan el rédito normal del fundo, en cuanto no exclusivo, o sea, cuando *fructus ex venatione constet*.⁹

Tampoco, si el fundo en usufructo está destinado a reserva de caza, en el sentido de los arts. 59 y 60 T.U. 5 junio 1939, número 1.016, los animales corresponden al usufructuario como tal; le pertenecen sólo en cuanto los haya capturado según los principios generales de la ocupación.¹⁰

Si la noción jurídica de fruto es la de rédito normal y si tal noción debe tenerse presente todas las veces que la ley menciona los frutos sin especificación alguna, esto no excluye que la ley pueda disciplinar la extensión del rédito de modo distinto según las distintas relaciones. No se trata de derogación de la noción de fruto, sino de particular precisión del rédito. Por ej., el crecimiento natural del ganado no corresponde al usufructuario y, por tanto, al cesar la relación él debe restituir los animales en el estado en que se encuentran, pero le corresponde el estiércol; en cambio el arrendatario del ganado adquiere “el crecimiento y todo otro producto que de él derive”, pero “el estiércol debe ser empleado exclusivamente en el cultivo del fundo” (art. 1.644); análogamente en cuanto al aparcerero (art. 2.170). La disposición del art. 994 por la cual el usufructuario de un rebaño debe subrogar los animales pericidos hasta la concurrente cantidad con los nacidos no implica derogación de la noción de fruto, tan es así que en el caso de usufructo de singulares cabezas de ganado las nacidas pertenecen al usufructuario, sino que está sugerida por la necesidad jurídica de que el usufructuario restituya la cosa en la misma condición en que la ha recibido, y deriva del concepto de rebaño como unidad compleja (n. 26).

La ley, a veces, emplea la palabra “provechos” para indicar cualquier rédito de la cosa, fuera de la normalidad, que es el carácter del fruto. Así en el art. 1.644 el arrendatario

9 L. 26 D. de usuris, 22, 1; 9, 5 D. de usufructu 7,1; Paul. Sent. 3, 6, 22. Las cuestiones de carácter histórico que se debaten entre los romanistas a propósito, aquí no interesan; cfr. recientemente LOMBARDI, *Libertà de caccia e proprietà privata in dir. rom.*, en *Bull. Inst. di dir. rom.*, 53-54 (1948), págs. 290 y siguientes.

10 PUGLIESE, *Usufrutto*, págs. 294 y sigts.

adquiere “el aumento y todo otro provecho que de él derive”; que el provecho sea cualquier cosa además del fruto e implique en general todo aquello que la cosa rinde o suministra resulta del art. 1.499 que, en orden a la venta, habla de “frutos u otros provechos” de la cosa vendida. Bajo la calificación de provechos es necesario entender precisamente toda utilidad que la cosa produce, aunque sea empleada por el comprador como instrumento de la propia actividad profesional.¹¹

Análogamente más vasta comprensión tiene la noción de “productos”, de “utilidades”, de “productos y utilidades” de que habla la ley en materia de aparcería (arts. 2.141, 2.151), de comunidad entre cónyuges (art. 215), de sociedad (artículo 2.247) etc.

41. CLASES DE FRUTOS. — El Código vigente repite la clasificación tradicional entre frutos naturales y frutos civiles. Más que una clase, la categoría de los frutos civiles es una extensión del concepto de fruto, análoga a aquella por la cual la noción de cosa, primeramente limitada a las cosas materiales, se extiende a las entidades inmateriales. La clasificación ha sido criticada¹² y se puede superar con la noción más general de rédito, eliminando la palabra fruto, que alude a la producción natural, y por tanto no se puede colocar en el mismo plano que los réditos civiles. Esto, sin embargo, no impide la necesidad jurídica de mantener, en el ámbito del concepto general de rédito, la distinción tradicional entre frutos civiles y frutos naturales, que está sugerida por exigencias jurídicas y no meramente clasificatorias, en cuanto que los principios que valen para una categoría no valen para la otra, sobre todo con relación a la adquisición. Por tanto puede ser indiferente abandonar la antigua terminología, refiriendo al rédito lo que se observa acerca de los frutos, si bien sea poco oportuno frente al común y secular lenguaje consagrado por el código.

11 RUBINO, *La compravendita*, págs. 467 y sigts.

12 Mosco, págs. 461 y sigts.

Desde el punto de vista técnico es posible exponer algunas clasificaciones, como, p. ej., según el distinto modo como se producen los frutos o se perciben; desde el punto de vista económico y también jurídico, podremos distinguir frutos en bruto y frutos en neto. Todas son clasificaciones que pueden ser expuestas sólo en función del distinto régimen jurídico. Pero la clasificación más general y más importante es siempre la de frutos naturales y frutos civiles.

De los frutos naturales, procediendo del Derecho romano, se exponen algunas clasificaciones. La más importante es la de frutos pendientes y frutos separados: pendientes son aquellos aún unidos a la cosa que los produce; tales son también los árboles por arrancar, la leche por ordeñar, la lana unida, etc. Separados, en cambio, aquellos destacados materialmente. La distinción es tenida presente por lo que se refiere a la adquisición (n. 45). Frutos percibidos son aquellos que la cosa ha producido y de los que se ha adquirido también la posesión; la percepción implica posesionamiento y es un elemento que va más allá de la separación. Se habla de frutos percipientes respecto a los frutos que se hubieran podido percibir; la calificación está entendida en sentido amplio; frutos percipientes son tanto aquellos de los cuales, como dice la misma palabra, hubiera sido posible posesionarse, cuanto aquellos que la cosa habría podido producir y no ha producido. La noción de frutos percibidos y percipientes está tomada en consideración en el art. 1.148 a propósito de la posesión.

Se habla también de frutos consumidos en contraposición a los frutos existentes: consumidos son aquellos no sólo materialmente destruídos, sino que han entrado en el patrimonio de alguno confundándose con éste; existentes en cambio aquellos que existen materialmente o en su equivalente económico. La distinción, que en el Derecho romano estaba considerada en orden a la responsabilidad del poseedor, hoy no tiene aquella importancia primitiva, ya que la responsabilidad del poseedor acerca de los frutos está regulada por el criterio de la percepción.

El elemento de la existencia se tiene presente por la ley en algunos casos. El art. 329 dispone que, terminado el usufructo legal del progenitor, el cual ha continuado gozando de los bienes del hijo que convive con él sin poder, pero sin oposición y sin obligación de rendir cuenta, el progenitor o sus herederos están obligados a entregar solamente "los frutos existentes al tiempo de la demanda". Análogamente el artículo 212 dispone que si el marido ha disfrutado de los bienes parafernales, él o sus herederos "están obligados a entregar los frutos existentes y no responden por los ya consumidos".

42. FRUTOS NATURALES. — Según el párrafo 1.º del art. 820 "son frutos naturales aquellos que provienen directamente de la cosa, concurra o no en ellos la obra del hombre, como los productos agrícolas, la leña, los partos de los animales, los productos de las minas, canteras y turberas". La ley identifica fruto natural con aquello que proviene directamente de la cosa por fuerzas naturales, las cuales pueden también ser excitadas por la obra del hombre. La ley habla no de producción en el sentido de generación, sino de proveniencia entendida como derivación. Todo aquello que proviene de la cosa, independientemente de la capacidad de reproducción y conservación de ella, es fruto; por tanto la enumeración de la ley tiene valor ejemplar;¹³ hay en efecto entidades (p. ej. lana, leche) que aun no estando enumeradas, son indudablemente frutos.

Como se deduce de la ejemplificación, es preciso considerar el normal destino de la cosa para juzgar si aquello que de ella deriva es fruto. Por tanto la leña de por sí no es fruto, sino aquella que se obtiene de un bosque maderable destinado precisamente a producir leña;¹⁴ análogamente los

13 El proyecto, en lugar de la ejemplificación, definía el fruto natural "aquel que proviene directamente de la cosa, concurra o no concurra el trabajo del hombre, y que es considerado tal según los comunes criterios económicos" (art. 10); la formulación fué rechazada; cfr. *Lavori preparatori*, págs. 124 y sigts.

14 Cass. 21 mayo 1948, en *Rep. Foro it.*, 1948, voz *Frutti*, núm. 2.

animales que no sean propios de alguien pueden constituir fruto, cuando se trate de animales que viven en un fundo, o de peces de un estanque destinado a objeto, respectivamente, de caza o de pesca, ya que, en tal caso, se trata de rédito normal de la cosa en conformidad a su destino.

Mientras los frutos no son separados "forman parte de la cosa" (art. 820, párrafo 2.º). Por esto en el caso de venta de la cosa que los produce "salvo distinta voluntad de las partes, la cosa debe ser entregada con... los frutos desde el día de la venta" (art. 1.477, párrafo 2.º). Análogamente el artículo 669 dispone que el legatario tiene derecho a los frutos desde el día de la muerte del testador. Disposiciones particulares rigen en cuanto a la donación a los nasciturus y a los entes no reconocidos, pero sólo en cuanto a determinados plazos (arts. 784 y 786). En estos y en otros casos los frutos son adquiridos como partes de la cosa madre, y aun cuando estén separados, son adquiridos siempre por el mismo título que la cosa madre, salvo la limitación relativa a la posesión de buena fe de cosas muebles (art. 1.153).

En líneas generales los frutos pendientes, precisamente porque son parte de la cosa, no pueden constituir objeto de relaciones jurídicas distintas de aquellas de la cosa que los produce. Pero se trata de simple presunción, que puede ser excluida por una voluntad contraria, como admiten el artículo 1.477 párrafo 2.º y el art. 820 párrafo 2.º, que en tales casos consideran los frutos como bienes futuros. Además los artículos 516 y 531 cod. proc. civ. disponen que "los frutos todavía no recogidos o separados no pueden ser embargados con separación del inmueble al cual están unidos sino en las últimas seis semanas anteriores al tiempo ordinario de la maduración". Pero si el embargo es posible, la expropiación y la transferencia del bien embargado, en el sentido del art. 586 cod. proc. civ. no puede tener lugar más que con la separación¹⁵ ya que el art. 820 no consiente la propiedad de los frutos pendientes separadamente de la cosa.

¹⁵ Sobre la cuestión vd. PULEO, *Inammissibilità della vendita giudiziale di cose future*, en *Riv. trim. di dir. civ.*, 5 (1951), págs. 33 y sigts. Para una pro-

Con la separación el fruto adquiere autonomía, esto es, deviene cosa distinta de aquella que lo ha producido.

43. EXPENSAS Y CARGAS RELATIVAS A LOS FRUTOS. — El párrafo 2.º del art. 821 dispone: "quien hace propios los frutos debe, dentro de los límites de su valor, reembolsar a aquel que haya hecho expensas para la producción y la recolección". El legislador acoge el principio romano, devenido tradicional, *fructus intelleguntur deductis impensis*.¹⁶ Como consecuencia de esto los frutos, cuando se deban restituir, se entienden como rédito neto. La regla, fundada en una razón de equilibrio patrimonial, no sufre excepciones y, como en el Derecho romano,¹⁷ rige independientemente de la buena o mala fe que se haya tenido de restituir los frutos; la consideración de la buena fe implica limitación de responsabilidad acerca de la restitución de los frutos, pero la regla es independiente de la buena fe (art. 1.149).

La ley introduce una primera limitación en cuanto que el reembolso tiene lugar dentro de "los límites del valor de los frutos". Por tanto el exceso eventual de expensa va a cargo de quien lo haya hecho.

No obstante la aparente amplia formulación y su fundamento económico, la ley debe interpretarse con una razonable limitación. No quienquiera que adquiere los frutos tiene obligación de reembolsar las expensas a quien las haya hecho, sino cuando falte una relación específicamente contemplada por la ley. Oportunamente el código derogado hablaba de "reembolsar a los terceros por las expensas"; esto es, se debía

funda indagación histórica, vd. MINOLI, *Sul pignoramento e sul sequestro dei frutti pendenti*, en *Riv. trim.* 1955, págs. 718 y sigts.

¹⁶ L. 36, 5 D. de her. pet. 5,3: *fructus intelleguntur deductis impensis quae quaerendorum cogendorum conservadorumque eorum gratia fiunt*; L. 1 Cod. de fructibus 7, 5: *hoc fructuum nomine continetur, quod iustis sumptibus deductis superest*.

¹⁷ L. 51 pr. D. comm. div. 10, 2: *et impensarum ratio haberi debet, quia nullus casus intervenire potest, qui hoc genus deductionis impediat*; L. 36, 5 D. de her. pet. 5, 3: *quod non solum in bonae fidei possessoribus naturalis ratio expostulat, verum etiam in praedonibus*; cfr. RICCOBONO, *Distinzione delle impensae e la regola fructus intelleguntur deductis impensis*, en *Archivio giuridico*, 58 (1897).

tratar de expensas hechas por terceros, es decir de personas extrañas a la relación, ya que entre las partes la cuestión de los frutos, y consiguientemente de las expensas, está regulada por la ley o por la voluntad de las partes. El art. 821 no se aplica, en efecto, en el caso de la venta, en el que, según el artículo 1.477 párrafo 2.º, tiene obligación el vendedor de entregar la cosa junto con los frutos, ya que los frutos se entienden considerados por las partes al establecer el precio y consiguientemente también las expensas. La exclusión del reembolso vale también para las expensas relativas a la recolección aun después de la conclusión de la venta, ya que se deben considerar como efectuadas por la custodia de los frutos, puesto que éstos se perderían o deteriorarían si no fuesen recogidos regularmente.¹⁸ Otro tanto puede decirse en materia de legado: el heredero debe entregar la cosa legada con los frutos desde el día de la muerte del testador, pero no tiene derecho al reembolso de las expensas hechas por el *de cuius*.

Deben ser reembolsadas las expensas efectuadas, como decían los romanos, *quaerendorum cogendorum conservatorumque eorum gratia*, o sea para la producción, recolección y conservación de los frutos. La noción no es distinta en el Derecho moderno; el código derogado hablaba de expensas "del cultivo, de las simientes y de los trabajos" (art. 445); el nuevo habla de "expensas para la producción y la recolección". La palabra "recolección" debe interpretarse extensivamente de modo que comprenda no sólo las expensas para la recolección material, sino también para la conservación de los frutos, ya que las expensas de custodia no pueden estar a cargo de quien está obligado a restituirlos.

Bajo la dicción de expensas para la producción es necesario comprender también las cargas que gravan el goce de la cosa, con exclusión sin embargo de las cargas que gravan la propiedad y de las deudas personales; así no son reembolsables los impuestos territoriales que gravan la propiedad, las primas de seguros, las cargas extraordinarias; tales ex-

18 RUBINO, pág. 328.

pensas podrán ser reembolsadas por otro título, pero no como deducción de los frutos.

La Ley no contempla explícitamente el caso de las cargas, pero éstas están comprendidas entre las expensas de producción, que se deben entender en sentido económico y no material; la deducción de las cargas en los límites que hemos enunciado estaba admitida bajo el imperio del código derogado,¹⁹ que sin embargo no hacía expresa mención, y por esto no hay razón por la que no deba admitirse bajo el imperio del nuevo código, procediendo por el principio de enriquecimiento injustificado que es la base de la disposición de la ley.

Tanto por las expensas de producción verdaderas y propias como por las cargas tiene lugar un reparto en proporción a la distribución de los frutos (art. 984 párrafo último) (número 45).

44. FRUTOS CIVILES Y HACIENDALES. — El párrafo último del art. 820 dispone: "son frutos civiles aquellos que se obtienen de la cosa como correspondencia del goce que otro tenga de ella. Tales son los intereses de los capitales, los cánones enfiteúticos, las rentas vitalicias y toda otra renta y el importe de los arrendamientos". El elenco es meramente ejemplar; hay en efecto otras entidades económicas que se deben considerar como frutos, siempre que entren en el concepto general de fruto, entendido como rédito normal. Por tanto son frutos civiles los dividendos de las sociedades, el rédito que se obtiene del derecho de autor o de exclusiva, etc. En cambio no son frutos los premios de un crédito, la compensación que se establece a favor del propietario o del titular de un crédito por la constitución a título oneroso de un usufructo o de una prenda, porque se trata de ventajas que se consignan con ocasión de la cosa y no presentan aquellos caracteres de normalidad que constituye la esencia del fruto.

Si bien la ley no lo menciona explícitamente, puesto que habla de "correspondencia del goce que otro tenga de ella", y la correspondencia del goce no puede tenerse más que por

19 FERRARA, pág. 850.

efecto de relación jurídica, es de entender, según la doctrina tradicional, que los frutos civiles se determinan por efecto de relación una jurídica respecto a la cosa, por la que alguno tiene el derecho de gozar de ella y como correspondencia debe dar una entidad económica que puede ser en especie o en dinero, calificada precisamente como fruto civil. Mientras que el fruto natural proviene "directamente de la cosa" en los frutos civiles falta esta procedencia directa: una suma de dinero que permanece cerrada en un cajón o una casa deshabitada, mal producirán frutos; lo producirán sólo si la suma se da en mutuo, si la casa se da en arrendamiento, o, en general, si se constituye una relación jurídica de la que derive un rédito.

Se habla a este propósito de rédito de sustitución en el sentido de que quien tiene derecho de gozar de una cosa, en vez de gozarla directamente, concede a otro tal derecho mediante correspondencia, y por tanto el fruto civil, entendido como correspondencia, sustituye al fruto natural y en general al goce de la cosa. Por tanto fruto civil es también aquello que se debe dar in natura, ya que se produce frente al derechohabiente por efecto de la relación jurídica. El concepto de rédito de sustitución está contenido en la misma dicción del artículo 820, ult. párr., que define los frutos civiles como "aquellos que se obtienen de la cosa como correspondencia del goce que otro tenga sobre ella". En cuanto a la renta, enumerada explícitamente entre los frutos civiles en el citado artículo, el fruto civil es correspondencia de la enajenación (artículos 1.861 y 1.872), pero siempre correspondencia.

Mientras que los frutos naturales son cosas corporales y, compatiblemente con su carácter, pueden constituir objeto de todas aquellas relaciones que se pueden constituir sobre las cosas corporales, los frutos civiles son siempre cosas incorpóreas, precisamente derechos de crédito. Fruto civil no es, en efecto, el dinero que constituye el interés del capital, la renta, el precio de alquiler, sino el derecho de obtenerlo. Análogamente las obras artísticas, literarias o científicas, producen frutos cuando se ceda a otros el derecho de gozarlas, y

fruto es precisamente tal derecho. No se diga que correlativamente fruto natural debería ser el derecho de percibirlo, ya que el fruto natural tiene una entidad material que falta completamente en el fruto civil. La tierra, el árbol, el animal, producen nuevas entidades calificadas como frutos, que se adquieren por el mismo título con el que se goza la cosa que los produce. En cambio ninguna cosa produce de por sí un fruto civil; fruto civil es el derecho de percibir el interés, la renta, el alquiler, y tan es verdad, que los frutos civiles están sujetos a prescripción, que es inconcebible respecto a los frutos naturales, separadamente de la cosa que los produce. Como en todas las relaciones de obligación, el derechohabiente al fruto tiene un *ius no in re*, sino *ad rem*; se habla precisamente de adquisición de los frutos civiles en el sentido de adquisición a conseguir el fruto, que representa la correspondencia del goce.

Una categoría aparte está constituida por los frutos haciendales.²⁰ Puesto que la hacienda constituye una *universitas* y por esto no se puede contemplar como la suma de los singulares bienes en ella comprendidos, es claro que los frutos haciendales, en definitiva, no vienen a ser ni frutos naturales ni frutos civiles ni la suma de entrambos, aunque puedan constar de frutos civiles y de frutos naturales. La unidad jurídica de la hacienda se refleja sobre los frutos. Por tanto no es posible aplicar *ad litteram* las disposiciones de la ley acerca de la adquisición de los frutos naturales y civiles, sino que es preciso adaptarlas a la particular naturaleza de la hacienda y de los frutos respectivos: no se puede, en efecto, aplicar el principio por el que los frutos naturales se adquieren con la separación y ni siquiera aquel por el cual los frutos civiles se adquieren día a día, ya que la hacienda tiene un ciclo productivo de frutos que no se agota ni se puede fraccionar en días y mucho menos obedece a las leyes de la pro-

²⁰ VENEZIAN, *Usufrutto*, págs. 557 y sigts.; FERRARA h. *La teoria giur. dell'azienda*, Florencia, 1945, págs. 402 y sigts. DE MARTINI, *Usufrutto di azienda*, Milán, 1950; GHIRON, *L'imprenditore, l'impresa, l'azienda*, Turín, págs. 375 y siguientes.

ducción natural. Es, en cambio, del complejo de la gestión de donde se obtiene aquello que sea fruto, considerada la hacienda como *universitas* más que como suma de cosas singulares. Es preciso esperar entonces a que se agote el normal ciclo productivo para establecer qué sea fruto de la hacienda reflejado en el balance, que, sin embargo, es siempre un documento puramente contable y que tiene carácter solamente indicativo.

No todas las utilidades de la hacienda son fruto, de la misma manera que no todas las utilidades de la cosa son fruto, sino sólo aquellas que representan el rédito normal de la hacienda. Por tanto es menester considerar no sólo el tipo de hacienda, sino además aquello que ha rendido o puede rendir en condiciones normales. E inversamente, es preciso descontar expensas y cargas que se refieran no a la hacienda como tal, sino a la producción del rédito. Es necesario, en definitiva, una adecuada adaptación de los principios generales relativos a los frutos al carácter especial de la hacienda.

45. PERTENENCIA Y ADQUISICIÓN. — El propietario de la cosa es sin más propietario de los frutos que produce. No se trata de una nueva adquisición y por tanto es ocioso plantear el problema del título puesto que la propiedad de la cosa se extiende a los frutos, tanto que el código derogado hablaba de accesión. El nuevo código justamente ha eliminado esta configuración, que haría pensar en una nueva adquisición, pero la sustancia no es distinta. El propietario adquiere los frutos al mismo título que la cosa: antes de la separación es propietario de los frutos porque, como dice el art. 820, párr. 2.º “constituyen parte de la cosa”; no es, por tanto, una nueva adquisición ni extensión de la cosa, sino que los frutos se consideran como parte de ella.

Efectuada la separación, sigue propietario de los frutos de la misma manera que el propietario es tal respecto a las partes singulares que resultan de la separación o del desmembramiento de la cosa: así como el propietario de un edificio resulta propietario de los materiales de demolición y el pro-

pietario de un animal lo es también de la carne, así el propietario de la cosa, siendo propietario de los frutos unidos, conserva la propiedad de los frutos separados. Por tanto no es exacto afirmar²¹ que el propietario de la cosa adquiera la propiedad de los frutos mediante un modo de adquisición originario cual sería la ocupación, y es paradójica la afirmación²² de que el propietario como tal no tenga un derecho sobre los frutos por el solo hecho de ser separados. Si el propietario es tal también de los frutos como partes de la cosa, no se comprende por qué título, razón jurídica o simple oportunidad deba perder la propiedad de ellos cuando sean separados, y se deba efectuar la pérdida de la propiedad, aunque sea inmediatamente seguida de adquisición por ocupación. Cambia la situación jurídica de la cosa (antes partes, después autónoma), pero la situación jurídica no cambia.

La cuestión del título de adquisición se presenta en cambio cuando sobre la cosa se constituyan derechos de goce, con efectos reales u obligatorios, a favor de otros. En tal caso es importante establecer cual sea el título de adquisición tanto de parte del propietario de la cosa como del titular del derecho de goce.²³

A este propósito es necesario distinguir no sólo frutos naturales y frutos civiles, y también las diversas situaciones, sino sobre todo la correspondencia de la adquisición de la propiedad de los frutos.

Correspondencia quiere decir atribución del derecho, adquisición implica en cambio adquisición de la propiedad; una cosa es tener derecho *a los* frutos y otra es tener la propiedad *sobre los* frutos. La obligación de la restitución de los frutos, cuando se transforma en obligación pecuniaria, es deuda de valor, ya que es un subrogado pecuniario de la cosa.²⁴

21 Así FERRARA, pág. 842.

22 Así DE MARTINO, pág. 53.

23 Exactamente la *Relazione* advierte (núm. 38): “en la adquisición de los frutos naturales se distingue la hipótesis de que ellos correspondan al propietario de la cosa que los produce o a otros: el momento de la separación es decisivo para la adquisición por parte del derechohabiente que sea distinto del propietario”.

24 Cass. 17 marzo 1953, en *Foro it.*, 1953, 1, 787.

En orden a los frutos naturales, por lo que se refiere a la correspondencia, es preciso distinguir las singulares relaciones. "Corresponden" al usufructuario desde la iniciación del usufructo hasta la terminación (art. 984). En cuanto al uso la ley dice que el usuario "puede recoger los frutos" (artículo 1.021). Con relación al arrendamiento, que al arrendatario "corresponden los frutos" (art. 1.615). El enfiteuta es equiparado al propietario ya que "tiene los mismos derechos que tendría el propietario sobre los frutos del fundo" (artículo 959). Estos límites y plazos son ciertamente derogables por voluntad de las partes, las cuales pueden disciplinar de modo diferente la cuestión de la correspondencia.

Concurriendo sobre la cosa una pluralidad de derechos que impliquen goce, la cuestión de la correspondencia se concreta sobre todo en la repartición entre aquellos que tienen derecho a los frutos, disciplinada por la ley distintamente según las distintas relaciones.²⁵ Por tanto nos remitimos a los diversos tratados, limitándonos aquí a presentar algunas nociones generales.

La propiedad de los frutos se adquiere en un solo modo, esto es con la separación, cualquiera que sea la relación sobre la cosa, tanto real como personal. La distinción entre atribución y adquisición de la propiedad está netamente recogida en el art. 821, párr. 1.º: "Los frutos naturales pertenecen al propietario de la cosa que los produce, salvo que su propiedad sea atribuida a otros. En este último caso la propiedad se adquiere con la separación". De esta disposición se deduce: a) que el propietario de la cosa no tiene necesidad ni de separación ni de otro título para ser propietario de los frutos, ya que la adquisición de la propiedad con el hecho de la separación rige sólo en el caso de que los frutos sean atribuidos a otros; b) en este último caso la propiedad se adquiere con la separación.

25 Dote (arts. 198, 199); usufructo (art. 984); posesión de buena fe (artículo 1.148); legado (art. 669); donación (art. 786); bienes parafernales (art. 212); usufructo legal (art. 329); para el análisis de estas y otras hipótesis, vd. Mosco, páginas 534 y sigts.; en orden al usufructo, vd. BARBERO, *Usufrutto*, págs. 178 y siguientes.

La dición de la ley no es muy feliz: mientras contempla el caso de que la "propiedad sea atribuida a otros", dispone que "la propiedad se adquiere con la separación"; esta última disposición demuestra que la atribución de la propiedad a otros no significa adquisición de la propiedad, sino simplemente correspondencia, ya que de otro modo no tendría sentido añadir que la propiedad se adquiere con la separación. Es preciso reconocer entonces que la ley haya empleado una frase impropia y que la atribución de la propiedad se debe entender en el sentido de atribución del derecho a tener los frutos. Por tanto la atribución, mientras los frutos están pendientes, no tiene eficacia real; en otros términos el tercero tiene derecho a los frutos y a obtener la separación de ellos, pero no tiene un derecho sobre los frutos, el cual se adquiere sólo con la separación. Por tanto el propietario de la cosa es también propietario de los frutos hasta el momento de la separación.

Aplicación del principio por el cual la propiedad de los frutos se adquiere con la separación, se tiene en el art. 1.472 que dispone: "si objeto de la venta son los árboles o los frutos de un fundo, la propiedad se adquiere cuando los árboles son cortados o los frutos son separados"; el comprador por tanto, tiene derecho a los frutos, pero adquiere su propiedad no en base al consentimiento, según los principios generales, sino con el hecho de la separación.²⁶

El mismo principio rige también en orden al poseedor de

26 No creemos haya hecho exacta aplicación de la ley la Cass. 6 marzo 1950 (en *Giur. Cass. civ.*, 1950 2 quadr., 1.004) diciendo que esté privada de efectos la venta de los frutos pendientes hecha por el usufructuario muerto antes de la separación. Con la muerte del usufructuario el usufructo se extingue, pero en orden a los frutos que le corresponden según la distribución contemplada en el art. 984, no se comprende por qué la venta de ellos deba ser privada de efectos. Naturalmente tendrá efectos puramente obligatorios ya que el nudo propietario deviene propietario de los frutos y por tanto el comprador tendrá derecho a los frutos, no sobre los frutos. Ni siquiera acerca de los frutos que no correspondan al usufructuario se puede decir que la venta no tenga efecto; se podrá discutir si se trata de venta bajo tácita condición de que los frutos corresponderán al usufructuario enajenante, o más bien de venta de cosa ajena o de cosa futura, pero no de nulidad. El parangón con la venta de los frutos, que no son existente por causas naturales, contemplado por PUGLIESE, *Usufrutto*, pág. 311, no procede ya que en tal caso la venta es ineficaz por falta de objeto.

buena fe, el cual, según el art. 1.148, "hace suyos los frutos naturales separados hasta el día de la demanda judicial": se trata aquí de un distinto momento acerca de la correspondencia, pero es siempre la separación la que determina la adquisición de la propiedad. La responsabilidad se refiere a los frutos percibidos y percibientes. Respecto al legado el artículo 669 dispone que los frutos de la cosa legada "son debidos al legatario" desde el momento de la muerte del testador; la frase no admite duda: aunque el legado tenga efectos traslativos de la propiedad (art. 649 párr. 1.º), los frutos no son adquiridos por el legatario, sino que son solamente "debidos", en el sentido de que el gravado está obligado a transferirlos. Es necesario reconocer sin embargo que aquí hay una derogación al principio recogido en el art. 820 por el cual el propietario de la cosa es también propietario de los frutos no separados como partes de la cosa: en efecto, puesto que el legatario, en virtud del art. 649, párr. 1.º ha adquirido la propiedad de la cosa, a tenor del art. 820 debería ser también propietario de los frutos correspondientes; pero la ley ha querido admitir que el legado tenga efectos reales en orden a la cosa y simplemente obligatorios acerca de los frutos. No existe derogación, en cambio, en el citado art. 1.472, ya que éste contempla la venta no de la cosa, sino de los frutos. En el caso de venta de la cosa rige el principio general por el cual la propiedad de ella se extiende a los frutos correspondientes ya que el art. 1.477 dispone que la cosa debe "ser entregada junto con... los frutos desde el día de la venta"; por tanto la entrega de los frutos tiene el mismo valor y alcance jurídico que la entrega de la cosa, la cual no es traslativa de propiedad, sino ejecutiva del contrato.

Así como el propietario es tal también de los frutos mientras no se efectúe la separación en virtud del mismo título de propiedad, así quien tiene un derecho de goce sobre la cosa tiene derecho a los frutos por el mismo título. Por tanto el derecho relativo a los frutos será real o personal según que sea real o personal el derecho de goce: usufructuario y usuario tienen un derecho real y por tanto pueden hacer valer

su pretensión *erga omnes*, mientras que el arrendatario puede hacerla valer sólo contra el arrendador.²⁷ Pero la *realidad*, cuando intervenga, se refiere a la pretensión relativa a los frutos pero no a la adquisición de los frutos que, como hemos dicho, adviene mediante separación.

En conclusión, pretensión real o personal a los frutos, pero adquisición de la propiedad sólo con la separación, la cual determina el pase del dominio desde el propietario de la cosa al derechohabiente a los frutos.

La separación es un modo autónomo de adquisición de la propiedad que rige para los frutos naturales. Se debe entender como separación material de la cosa, que puede tener lugar o por fuerzas naturales (expulsión de los partos de los animales, caída natural de fruta, etc.) o por obra del hombre (recolección de los frutos, corte de la lana, etc.). Se concreta de modo diverso según la distinta naturaleza de la cosa: una cosa es la recolección de los productos de un frutal y otra la extracción de los productos de la mina o el ordeñado de la leche.

No cualquier separación material de la cosa que lo produce es fruto, sino aquello que se separa conforme a los usos generales de la vida en relación a la particular naturaleza de la cosa; por tanto es preciso que el producto haya alcanzado una madurez tal que tenga autonomía y valor económico: así es fruto recoger la flor antes que esperar a que advenga fruto, ya que la flor de por sí puede ser jurídicamente fruto; es fruto el producto de la corta de un bosque, cuando sea hecho regularmente, pero no es fruto si la corta se hace de plantas que no han alcanzado la necesaria madurez.²⁸

Basta el hecho físico de la separación, no se requiere la toma de posesión, si bien el hecho mismo de la separación implique ya posesionamiento; pero la posesión no es un requi-

27 RATTI, *Sul diritto di godimento del locatario*, en *Studi in onore di C. Vivante*, 1934, vol. 2, págs. 489 y sigts.; Mosco, págs. 332 y sigts.

28 Cass. 2 enero 1951, en *Giur. it.*, 1952, 1, 1, pág. 544; cfr. ROMAGNOLI, *L'usufrutto dei boschi*, Milán, 1950; *Appunti sul criterio della divisione dei frutti nell'usufrutto dei boschi*, en *Giust. civ.*, 1953, págs. 1.958 y sigts.

sito ulterior que se añada a la separación. El principio romano de que para la adquisición de los frutos por parte del usufructuario, a diferencia del poseedor de buena fe, requería la *perceptio*,²⁹ o sea la toma de posesión, está abandonado; respecto a cualquier relación es la separación la que determina la adquisición de la propiedad. Esto no excluye que a los efectos obligatorios, más que a fines de la adquisición de la propiedad, la ley hable de frutos existentes o percibidos. Así, si terminado el usufructo legal, el progenitor ha continuado gozando de los bienes del hijo, él o sus herederos están “obligados a entregar los frutos existentes al tiempo de la demanda” (art. 329); análogamente en orden a los bienes parafernales, el marido o sus herederos “están obligados a entregar los frutos existentes y *no responden* por los ya consumidos” (art. 212). El poseedor de buena fe “*responde* de los frutos percibidos después de la demanda judicial” (art. 1.148).

Todo esto se refiere a los frutos naturales. Acerca de los frutos civiles, puesto que éstos se concretan en derechos de crédito (n. 44), no tiene sentido distinguir correspondencia de adquisición, aun cuando el fruto se refiera a un crédito que tenga como objeto prestación *in natura*. El derechohabiente al fruto civil, como cualquier acreedor, tiene derecho a tener la prestación, y adquiere la propiedad de la cosa prestada según los principios generales que gobiernan la materia de la ejecución de las obligaciones. En orden a los frutos civiles la correspondencia se identifica con la adquisición puesto que se trata siempre de adquirir un crédito. El art. 821 mientras que para los frutos naturales distingue pertenencia de adquisición, acerca de los frutos civiles habla solamente de adquisición.

Puesto que los frutos civiles, a diferencia de los frutos naturales, no presentan un ciclo productivo, sino que pueden fraccionarse en el tiempo sin perder su carácter, el art. 821, párrafo último dispone que “se adquieran día por día, en

29 L. 13 D. quibus modis usufru. vel usus amitt. 7, 4: *fructuarii fructus tunc fieri, cum eos perceperit, bona fidei autem possessoris, mox quam a solo separati sint.*

razón de la duración del derecho”. La adquisición se debe entender en el sentido de correspondencia.³⁰

46. BIENES FUTUROS.³¹ — La frase “bienes futuros” o “cosas futuras”, que se encuentra a veces en las leyes y se emplea en el lenguaje común, no siempre tiene el mismo significado.

No es bien futuro la prestación, si bien se deba exigir necesariamente después de la constitución de la obligación, ya que en general los efectos jurídicos del negocio representan siempre un *posterius* respecto al negocio; de otro modo deberíamos decir que por su naturaleza todo negocio tiene como objeto entidades futuras, puesto que cualquier negocio o relación, lo mismo que la ley, contempla el futuro, y aun cuando provea a hechos pasados, los disciplina para el futuro.

Ni siquiera tienen como objeto cosa futura los contratos aleatorios, ya que en ellos objeto es precisamente el azar, que, como tal, es una entidad presente; será futura la cosa que podrá nacer del azar, pero la cosa es extraña a los elementos constitutivos del negocio. Por tanto la venta de un billete de lotería o de un título premiable, puesto que, salvo el billete como documento representativo del derecho y que de por sí puede ser entidad jurídica presente, es contrato que tiene como objeto el azar.

Ni siquiera el negocio bajo condición, y mucho menos a término, tiene como objeto cosa futura, ya que objeto de la relación es siempre cosa presente; eventual y futura es solamente la realización del derecho, a menos que la condición se refiera precisamente a la existencia misma de la cosa; por ejemplo se adquiere una cosa, si llegare a existir.

No tienen como objeto cosas futuras aquellos negocios que por su estructura están destinados a producir efectos sólo en el futuro; así el testamento implica disposición de los bienes

30 BARBERO, *Usufrutto*, pág. 193; PUGLIESE, *Usufrutto*, págs. 322 y sigts.

31 MESSINEO, *Mobilizzazione di cosa immobile e concetto di cosa futura*, en *Riv. di dir. comm.* 1921, págs. 71 y sigts.; SALIS, *La compravendita di cosa futura*, Padua, 1935; MAIORCA, *Il pegno di cosa futura e il pegno di cosa altrui*, Milán, 1938; Mosco, págs. 509 y sigts.; RUBINO, *Vendita*, págs. 145 y sigts.

del disponente, no de los actuales, sino de los que le tendrán por titular al momento de la muerte; los bienes se entienden implícitamente tanto actuales como futuros, sin que se pueda decir que el testamento tenga como objeto cosas futuras.

En general la cosa puede ser presente o futura (actual o que surgirá), pero el bien, entendido como interés jurídico, es siempre actual.

Las concesiones *ad aedificandum*, sea con efectos reales u obligatorios, no tienen como objeto el edificio, sino que implican atribución actual del derecho de construir y de gozar de la construcción; implican sustancialmente renuncia actual a la presunción legal por la que el propietario del suelo es también propietario del suelo y del subsuelo. El concesionario adquiere por tanto el derecho sobre la superficie no como entidad futura sino gradualmente a medida que progresa la construcción.

Acerca de la relación entre suelo y superficie, si se entiende que se trata de servidumbre, precisamente servidumbre de apoyo en sentido horizontal respecto a la que fundo dominante sería la superficie y fundo sirviente el suelo,³² la servidumbre estaría constituida a favor de fundo futuro, en el sentido del art. 1.029. A fines de la presente cuestión, la conclusión no sería distinta si el derecho del superficiario se considerase como *sui generis*.³³ En todo caso la concesión *ad aedificandum* tiene como objeto una entidad actual, y la correspon-

32 Esta concepción que se remonta al Derecho romano (BIONDI, *La categoria romana delle servitutes*, Milán, 1938, págs. 537 y sigts.; *Servitù prediali*, 2.^a ed., Milán, 1954, págs. 76 y sigts.; SOLAZZI, *Sulla superficie come servitù*, en *Studia et documenta*, 13-14 1947-48, págs. 507 y sigts.), difusa entre los civilistas y en la jurisprudencia (las citas serían superfluas) estaba explícitamente recogida por el proyecto, que en el último párrafo del art. 94 disponía: "tal concesión está sujeta a las normas que regulan la constitución de las servidumbres". El hecho de que el código no haya recibido tal artículo no excluye la doctrina. En contra de ella se han hecho objeciones infundadas. D. SIMONCELLI, *Della superficie*, en *Commentario D'Amelio*, lib. *Della proprietà*, pág. 531, observa que la servidumbre supone dos fundos materialmente separados; pero ¿quizá no es posible entre dos fundos contiguos, como es precisamente la de apoyo que se toma en consideración? PUGLIESE, *Della superficie*, en *Commentario*, dirigido por A. SCIALOJA y G. BRANCA, pág. 431, repite la objeción de que faltara el fundo: pero ¿no es posible quizá constituir una servidumbre a favor de un edificio futuro, como admite explícitamente el art. 1.029?

33 PUGLIESE, loc. cit.

diente pretensión tiene carácter real aun antes de que surja el edificio.³⁴ Bien futuro es en cambio el edificio, que es extraño a la concesión, y sobre el que se constituirá la propiedad, a medida que se construye.

Se suele hablar de cosas futuras en doble significado, que es preciso distinguir porque a cada uno corresponde distinto régimen jurídico.

a) Bienes futuros subjetivamente son aquellos que existen *in rerum natura* pero que no forman parte del patrimonio del disponente; con todo se prevé que a continuación puedan pertenecerle, sin que esto sea considerado como condición o presupuesto del negocio, el cual es válido sin más, y tiene como objeto cosas ajenas (venta, legado, arrendamiento, etc.), naturalmente con efectos puramente obligatorios.³⁵

b) Bienes futuros objetivamente son aquellos que no existen ni en el patrimonio del disponente ni en otros; por tanto no están en *rerum natura* cuales entidades materiales o jurídicas, pero se prevé su futura existencia; p. ej. una casa en construcción, un crédito del que todavía no existe el título constitutivo, el derecho de autor de un libro o de un trabajo que todavía no existe o que ni siquiera está pensado. En todos estos casos el negocio tiene como objeto cosa futura cuando objeto de la relación sea la cosa considerada como futura y no la obligación de la producción de ella (a construir una casa, a constituir el crédito, crear el trabajo), ya que en tales casos tendremos una común obligación de hacer a la que se acompaña la cesión de la cosa producida.

Entre los bienes futuros son enumerados los frutos naturales no separados o, sencillamente, no producidos y los frutos civiles todavía no devengados, independientemente de la certeza de la producción. Precisamente porque están considerados como frutos, se habla en la doctrina, especialmente francesa, de bienes muebles por anticipación, esto es, para el tiempo en que, separados de la cosa, devienen muebles. De

34 BIONDI, *Intorno al carattere reale delle concessioni ad aedificandum*, en *Giur. it.*, 1, 1956, disp. 1, p. 1, l.

35 CARIOTA FERRARA, *I negozi sul patrimonio altrui*, Padua, 1936.

otro modo, esto es, considerándolos como bienes presentes, los frutos forman parte de la cosa, y por esto, si ésta es inmueble, no pueden ser más que inmuebles.

Bajo el aspecto de bienes futuros, acerca de los frutos naturales podemos distinguir varias graduaciones: *a*) frutos producidos, llamados comúnmente pendientes, cualquiera que sea el grado de madurez, siempre que estén unidos al árbol son considerados como bienes futuros (art. 771): materialmente son bienes presentes, en cuanto están *in rerum natura*, pero jurídicamente son bienes futuros ya que antes de la separación no tienen existencia jurídica autónoma, siendo parte de la cosa; son futuros además bajo el aspecto de la calificación jurídica como muebles; *b*) los frutos que la cosa todavía no ha producido ni comenzado a producir (la cosecha del año venidero esto es cuando eventualmente no está ni siquiera en germen); *c*) los frutos de cosa que todavía no existe (la cosecha de una plantación que se hará a continuación, los intereses de un crédito que existirá poco después). A todos estos casos es aplicable el art. 820 el cual consiente que los frutos no separados, y por más fuerte razón aquellos no producidos, puedan constituir objeto de disposición "como de cosa mueble futura"; precisamente porque se tiene presente el evento futuro de la separación, los frutos se consideran como muebles, no obstante que en el momento de la disposición, como parte de la cosa, sean inmuebles.

No hay duda de que, además de los frutos, los bienes futuros como tales pueden constituir objeto de negocios jurídicos; esta posibilidad está admitida explícitamente por la ley en varias relaciones. En general el art. 1.348 admite explícitamente que "la prestación de cosas futuras puede ser establecida en contrato, salvo las particulares prohibiciones de la ley; la venta de cosa futura está contemplada en el artículo 1.472, y el art. 217 admite que la comunidad entre cónyuges pueda tener como objeto el goce de los bienes muebles e inmuebles "presentes y futuros". Tanto la hipoteca (art. 2.823) como la servidumbre (art. 1.029) pueden tener como objeto bienes futuros.

Que el negocio sea válido, salvo las excepciones reservadas en el citado art. 1.348 y que veremos, no se discute. En cambio presenta dificultad la construcción de la relación.

Es de excluir que se trate de negocio bajo condición, aunque sea implícita, de que la cosa existirá: si es verdad que el objeto es elemento esencial, es obvio que no puede ser establecido como condición. Es de descartar también la configuración de la relación como contrato preliminar, ya que se trata de negocio actual y definitivo, respecto al cual las partes nada deben completar, y si es requerida alguna actividad de ellos, no tiene como objeto la conclusión de contrato alguno.

Recientemente la relación se ha construido bajo el aspecto de la inversión del orden cronológico de formación del acto jurídico o de negocio de consentimiento anticipado, en cuanto que hay elementos que faltan (objeto), pero la ley permite que sobrevengan a continuación y por tanto, cuando las partes concluyen el negocio antes de que cualquiera de estos elementos existe, anticipan la formación del consentimiento; se habla también de negocio incompleto.³⁶ La construcción, elegante e ingeniosa, es inaceptable: hablar de consentimiento anticipado y de negocio incompleto hace suponer que el negocio se entiende concluso sólo al momento en que la cosa existirá, esto es, cuando el negocio esté completo, mientras que es seguro que el negocio existe desde el momento en que el consentimiento ha sido manifestado y es productor de efectos jurídicos; si, en fin, el negocio se considera incompleto, no se consiguen explicar ni los efectos ni la irrevocabilidad del consentimiento.

La construcción jurídica, a nuestro parecer, es mucho más simple y conforme a los principios generales. Así como es posible atribución patrimonial a favor de persona actualmente inexistente (p. ej. no concebido, persona jurídica inexistente) y por tanto surgen relaciones jurídicas a favor o a cargo de persona que no existe en el momento en que se concluye el negocio sino que surgirá a continuación, así es per-

36 RUBINO, loc. cit.

fectamente posible que el negocio tenga como objeto un bien futuro. Aquello que vale respecto al sujeto vale también en cuanto al objeto: así como puede haber relaciones temporalmente sin sujeto, así no hay dificultad en que pueda haber una relación actualmente sin objeto. Ciertamente no es una situación normal, y si la ley no reconociese todo esto por obvias razones prácticas tanto para el sujeto como para el objeto, la doctrina, en línea puramente interpretativa, no podría llegar a tanto.

El negocio que tiene como objeto cosas actualmente inexistentes produce efectos jurídicos compatibles con la inexistencia de la cosa. Por tanto quedan excluidos los efectos reales (transferencia de la propiedad, constitución de derechos reales) ya que el derecho real puede tener como objeto sólo cosas actualmente existentes: así como no es posible disponer de cosas ajena con efectos reales, así está igualmente excluido que un negocio pueda tener efectos reales respecto a una cosa que no existe. El art. 1.472 dispone taxativamente que en la venta de cosa futura "*la propiedad*" se adquiere tan pronto como la cosa exista, y para la venta de los árboles o de los frutos admite que la propiedad se adquiere cuando los árboles sean cortados o los frutos separados.³⁷ Produce efectos no definitivos, esto es aquellos propios del negocio, sino solamente provisionales o transitorios respecto a los efectos normales. En esto está una de las principales diferencias entre los bienes futuros en sentido subjetivo y los bienes futuros en sentido objetivo, ya que respecto a los primeros se producen todos los efectos propios del negocio que tenga como objeto cosa ajena. En orden a los bienes futuros, material o jurídicamente inexistentes, se verifica en cambio un estado de suspensión, parangonable al que se determina en el caso de condición. La relación está constituida y el consentimiento es irrevocable. Según los diversos supuestos de hecho es preciso, si no prestar aquella actividad que eventualmente sea nece-

³⁷ Aplicación de este principio se encuentra en el art. 1.029, párr. 2.º, según el cual la constitución de la servidumbre a favor o a cargo de un edificio futuro "no tiene efecto desde el día en que el edificio está construido".

saria a la producción de la cosa, a menos no obstaculizar la producción de ella. Este estado de suspensión se resuelve de dos modos: si la cosa llega a existir, el negocio produce todos los efectos, reales y obligatorios de los que es capaz; los efectos reales, no obstante, se producen cuando la cosa tenga aquella autonomía y existencia corpórea que haga posible el derecho real. Cuando la cosa no surja, siempre que las partes no hayan querido concluir un contrato aleatorio, "la venta es nula"; así dispone el art. 1.472, párr. 2.º en cuanto a la venta; pero el principio es aplicable a cualquier negocio. La ley habla de nulidad, la cual se debe entender como inexistencia por falta de objeto. De esto deriva la consecuencia de que la situación patrimonial de las partes debe considerarse como si el negocio no hubiera sido concluído nunca; por tanto, restitución de la contraprestación eventualmente anticipada, cesación de las garantías, etc.

El principio de que las cosas futuras pueden constituir objeto de negocios jurídicos sufre excepciones: el art. 1.384 admite que la prestación de cosas futuras puede ser establecida en contrato "salvo los casos establecidos por la ley". La constitución de dote no puede comprender los bienes futuros (art. 179) y la prohibición está reiterada en las disposiciones transitorias (art. 118). La donación de bienes futuros es nula salvo que se trate de frutos todavía no separados (artículo 771). Los pactos sucesorios dispositivos y renunciativos están prohibidos (art. 458) porque tienen como objeto cosa futura, de acuerdo con el principio *hereditas viventis non datur*. Puesto que cada una de estas excepciones tiene un particular y diverso fundamento, nos remitimos a los tratados respectivos.