

EL USUFRUCTO DE COSAS CONSUMIBLES

(Análisis del art. 482 Cc)

ESTHER TORRELLES TORREA



EL USUFRUCTO DE COSAS CONSUMIBLES
(Análisis del art. 482 Cc)



Tesis doctoral dirigida por
el Dr. Carles J. Maluquer de Motes i Bernet

Lleida, 1998

No es mucho lo que tengo y poco es mío.
He llenado de notas mi cerebro
y en innumerables fichas se amontonan
ideas, expresiones y mil tópicos
no bien clasificados todavía.

Cuando surge un problema o discusión
con rapidez se activan mis archivos
y me sirven -no siempre- las palabras
de aquél que dijo aquello y cuándo y dónde.
Pero de lo que expongo nada es mío.

Cual mi vida que siento como propia
y la tengo, no obstante, en usufructo.

Utilizo a los otros. Mejor dicho
me utilizan los otros cual vehículo
de opiniones antiguas, repetidas
por las generaciones anteriores,
que asimismo expusieron lo aprendido.

Es insignificante lo que es mío.
Tan sólo conclusiones con los datos,
no completos, que alérganse en mi mente
y que pueden, por ello, no ser válidas.
Aun, pues, lo poco mío vale poco.

J.M.Fonollosa

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	13
INTRODUCCIÓN.....	17
CAPÍTULO I. LA ADMISIÓN DEL USUFRUCTO DE COSAS	
CONSUMIBLES: CUESTIONES BÁSICAS.....	27
1. La "desfiguración" del usufructo: el disfrute de las cosas consumibles.....	29
1.1. Planteamiento de la cuestión: el término <i>quasi usufructus</i> y su abandono....	29
1.2. La definición del usufructo en el art. 467 Cc y el art. 482 Cc: el principio <i>salva rerum substantia</i>	33
1.3. La adición de las salvedades al art. 467 Cc: su peripecia legislativa.....	41
2. Origen y evolución del usufructo de cosas consumibles.....	45
2.1. Del <i>usufructus omnium bonorum</i> al <i>quasi</i> <i>usufructus</i> . La incertidumbre.....	45
2.2. Las razones de la aparición del <i>quasi</i> <i>usufructus</i>	51
2.3. El olvido en la época intermedia y el renacimiento legislativo del usufructo de cosas consumibles en la codificación...	54
3. Del <i>quasi usufructus</i> romano al actual usufructo de cosas consumibles.....	63
3.1. Extensión y contenido del usufructo de cosas consumibles.....	63
3.2. La constitución del usufructo de cosas consumibles.....	68
4. El usufructo de cosas consumibles en relación a otras formas de cesión de uso y disfrute de los bienes consumibles.....	74
4.1. Planteamiento.....	74

4.2. El usufructo de cosas consumibles frente al usufructo común.....	76
4.2.1. La tendencia doctrinal.....	76
4.2.2. Las diferencias entre el usufructo de cosas consumibles y el usufructo común.....	82
4.3. El usufructo de cosas consumibles frente al mutuo.....	89
4.4. El usufructo con facultad de disponer extraordinaria y el usufructo de cosas consumibles.....	103
4.5. El usufructo de cosas consumibles frente al arrendamiento.....	108
5. Utilidad del usufructo de cosas consumibles desde un planteamiento actual.....	111

CAPÍTULO II. EL OBJETO: "SI EL USUFRUCTO COMPRENDIERA COSAS QUE NO SE PUEDAN USAR SIN CONSUMIRLAS"..... 115

1. Aproximación al objeto del usufructo de cosas consumibles.....	117
1.1. Cosas consumibles: " <i>neque naturali ratione, neque civili recipiunt</i> ".....	117
1.2. El significado de un significante desconocido.....	121
1.3. La condición y las negaciones del art. 482 Cc.....	122
2. El significante fungibilidad y el significado del art. 482 Cc.....	126
2.1. El art. 337 Cc y su aplicación en el art. 482 Cc.....	127
2.2. El motivo de la sinonimia. El origen de la confusión.....	131
3. La fungibilidad como significante. Búsqueda de su significado.....	143
3.1. El requisito de la identidad entre las cosas fungibles.....	146

3.2. Cosas determinadas por su peso, número y medida	149
3.3. La sustituibilidad.....	153
3.4. La fungibilidad y la genericidad.....	156
4. La consumibilidad como significado. Búsqueda de su significante.....	162
4.1. Primer problema: el significado de consumir.....	165
4.1.1. El consumo.....	168
4.1.2. La enajenación.....	173
4.1.3. La transformación o inutilización de la cosa.....	182
4.2. Segundo problema: el uso adecuado a la naturaleza de la cosa.....	183
4.2.1. La destrucción del bien sin usarlo.....	184
4.2.2. La interpretación del uso del art. 337 Cc.....	186
4.2.3. El "uso adecuado a la naturaleza de la cosa".....	188
4.2.4. Las cosas consumibles como <i>res quae in abuso consistunt</i>	191
5. La relación entre consumibilidad y fungibilidad.....	194
5.1. La combinación entre la consumibilidad y la fungibilidad.....	197
5.2. El juego de la autonomía de la voluntad en la clasificación de los bienes.....	200
6. El objeto del art. 482 Cc.....	204

**CAPÍTULO III. EL DERECHO: "EL USUFRUCTUARIO
TENDRÁ DERECHO A SERVIRSE DE ELLAS"..... 213**

I. El contenido del derecho del usufructuario.....	215
1. El "derecho" del usufructuario de cosas consumibles.....	215
2. Alcance y límites del contenido del derecho del usufructuario de cosas consumibles.....	217
3. Facultades y obligaciones del usufructuario de cosas consumibles.....	220
3.1. Las facultades del usufructo común aplicables al usufructuario de cosas consumibles.....	222
3.1.1. La facultad de poseer.....	222
3.1.2. El derecho de disfrute y el derecho de servirse. La percepción de los frutos.....	226
3.1.3. La facultad de realizar mejoras..	231
3.1.4. El poder de disposición y gravamen.....	232
3.1.4.1. El arrendamiento en el usufructo de cosas consumibles.....	232
3.1.4.2. La enajenación en el usufructo de cosas consumibles.....	234
3.1.4.3. La transformación de la cosa en el usufructo de cosas consumibles.....	236
3.1.4.4. La hipoteca en el usufructo de cosas consumibles.....	237
3.2. Obligaciones del usufructo común aplicables al usufructo de cosas consumibles.....	240
3.2.1. La formación del inventario.....	240
3.2.2. La prestación de fianza.....	244

3.2.3. La obligación de conservar la cosa: el deber de diligencia.....	248
3.2.3.1. La obligación de notificar los actos lesivos del derecho de propiedad: el art. 511 Cc	251
3.2.3.2. La obligación de hacer reparaciones: el art. 500 Cc ...	252
3.2.3.3. Consecuencias de la no conservación de la cosa usufructuada con la debida diligencia	253
3.2.4. La obligación de restituir.....	255
4. Derechos y obligaciones del nudo propietario en el usufructo de cosas consumibles.....	256
II. La naturaleza jurídica del usufructo de cosas consumibles.....	258
1. La posición jurídica del usufructuario.....	258
1.1. Teoría tradicional: la transmisión de la propiedad.....	259
1.1.1. Las razones de la transmisión....	265
1.1.2. Mecanismos justificativos de la transmisión	268
1.1.2.1. "Non transferetur dominium recta via": la caución en el derecho romano ...	269
1.1.2.2. "Aestimatio facit venditionem": la estimación como motivo de transmisión	273
1.1.3. Momento de la transmisión.....	278
1.1.3.1. El acto constitutivo del usufructo	279
1.1.3.2. La tradición	286
1.1.3.3. La desindividualización ...	293
1.1.3.4. Momento del cumplimiento de las obligaciones del	

usufructuario: el inventario y la garantía	299
1.1.3.5. La transformación	302
1.1.3.6. El consumo como momento de transmisión de la propiedad	304
1.2. Crítica a la teoría expuesta	307
1.2.1. Planteamiento general	307
1.2.2. El derecho real y el usufructo de cosas consumibles	309
1.2.3. Necesidad o no de transmitir la propiedad para ejercer un acto de goce	313
1.2.4. La posesión como justificación del consumo	317
1.2.5. La obligación de restituir del usufructuario de cosas consumibles ..	318
1.3. La posible propiedad fiduciaria del usufructuario de cosas consumibles	320
2. Efecto que produce la consumición del bien sobre el derecho de usufructo y la nuda propiedad	330
2.1. La teoría de la pérdida de la propiedad, la extinción del derecho real y el nacimiento de un derecho de crédito	331
2.2. La posible pervivencia del derecho real	336
2.2.1. Crítica a la teoría de la pérdida de la propiedad, la extinción del derecho real y el nacimiento de un derecho de crédito. Otras hipótesis	336
2.2.2. Los arts. 517 y 518 Cc: el principio <i>rei mutatione amittitur usufructus</i>	339

2.2.3. La consumición del bien sin extinción del derecho real en el usufructo de cosas consumibles	344
2.2.4. La <i>perpetuatio usufructus</i> o <i>perpetuatio domini</i>	348

CAPÍTULO IV. LA OBLIGACIÓN: "CON LA OBLIGACIÓN DE PAGAR EL IMPORTE DE SU AVALÚO AL TERMINAR EL USUFRUCTO, SI SE HUBIESEN DADO ESTIMADAS. CUANDO NO SE HUBIESEN ESTIMADO, TENDRÁ EL DERECHO DE RESTITUIRLAS EN IGUAL CANTIDAD Y CALIDAD, O PAGAR SU PRECIO CORRIENTE AL TIEMPO DE CESAR EL USUFRUCTO"	353
---	------------

I. El régimen restitutorio en el usufructo de cosas consumibles	355
1. Planteamiento general del problema restitutorio	355
1.1. La extinción del usufructo de cosas consumibles: causas y efectos	355
1.2. La restitución en el usufructo de cosas consumibles en relación a los sistemas restitutorios del Cc	359
2. El bien objeto de la restitución	362
2.1. El dilema histórico en torno a la restitución en el usufructo de cosas consumibles	362
2.2. Contenido de la restitución: el equivalente	370
2.3. Consecuencias del no consumo del bien a efectos restitutorios	372
3. La estimación del objeto	376
3.1. Significado y función de la estimación	376
3.2. Vinculación de la estimación y la consumibilidad	378

3.3. La facultad de exigir la estimación y dónde debe aparecer	381
3.3.1. Dónde se refleja la estimación ..	382
3.3.2. Quién puede exigir la estimación	384
3.4. Momento de establecer la estimación	385
4. La ausencia de estimación	388
4.1. La clasificación de la obligación	388
4.1.1. El derecho de elección	395
4.1.2. La concentración y la imposibilidad parcial, originaria o sobrevenida, de las prestaciones ..	396
4.1.2.1. La concentración absoluta	396
4.1.2.2. La concentración circunstancial	396
A) La imposibilidad sobrevenida parcial si la elección corresponde al deudor usufructuario.....	399
B) La imposibilidad sobrevenida parcial si la elección corresponde al nudo propietario.....	400
4.1.3. La imposibilidad sobrevenida total de las prestaciones	403
4.2. La primera prestación descrita: la restitución del <i>tantundem</i> al final del usufructo	404
4.2.1. <i>Tantundem, hoc est, res eiusdem generis, qualitatis, & quantitatis</i>	404
4.2.2. La determinación genérica	411
4.2.2.1. La "concentración o especificación"	412
4.2.2.2. La posible aplicación del art. 1167 Cc	414

4.2.2.3.	La imposibilidad sobrevvenida de la obligación genérica. El aforismo <i>genus nunquam perit</i>	416
4.3.	La segunda prestación descrita: el precio corriente al finalizar el usufructo	419
5.	La deuda monetaria en la restitución	423
6.	El usufructo de cosas fungibles no consumibles. El usufructo de dinero	434
II.	Otros efectos del régimen jurídico del usufructo de cosas consumibles	440
1.	La defensa jurídica de los derechos de las partes contenidos en el usufructo de cosas consumibles	440
1.1.	Acciones del nudo propietario para obtener la restitución frente al usufructuario no cumplidor	440
1.1.1.	Posturas doctrinales ante la no restitución del usufructuario de cosas consumibles	442
1.1.1.1.	Exposición doctrinal	442
1.1.1.2.	Situación actual	445
1.1.2.	La trascendencia práctica de dar carácter real o personal a la acción del nudo propietario	449
1.2.	La defensa jurídica por parte del usufructuario	453
2.	La pérdida casual del objeto. Los riesgos	454
3.	La incidencia de la quiebra del usufructuario y del nudo propietario sobre el usufructo de cosas consumibles	465
	CONCLUSIONES	473
	BIBLIOGRAFÍA	485

ABREVIATURAS

Abreviación	Nombre o cita completa	Lugar u origen
A	Alemania	
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch von 1-6-1811	Aus
a.C	Antes de Cristo	
AAMN	Anales de la Academia Matritense y del Notariado	E
AC	Actualidad Civil	E
AcP	Archiv für die civilistische Praxis	A
ADC	Anuario de Derecho civil	E
AHDO-RIDA	Archives d'Histoire du Droit Oriental (1952-53 combinado con RIDA)	B
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794	A
Ar	Argentina	
Art./s	Artículo/artículos	
Aus	Austria	
B	Bélgica	
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch	A
BIDR	Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano	I
C.	Codex	
Ca	Cataluña	
cap.	Capítulo	
Cc	Código civil	

CCJC	Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil	E
CDCC	Compilació de dret civil de Catalunya	Ca
Cfr.	Confrontar	
col.	Columna	
CS	Codi de Successions de Catalunya	Ca
D.	Digesto de Justiniano	
DeP	Droit et Patrimoine	F
E	España	
ED	Enciclopedia del Diritto	I
EJB	Enciclopedia Jurídica Básica	E
EJE	Enciclopedia Jurídica Española	E
F	Francia	
fol.	folio	
GrünhZ	Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart	A
I	Italia	
<i>i.f.</i>	in fine	
IDI	Il Digesto Italiano	I
Inst.	Instituciones de Justiniano	
JCP	Juris-Classeur périodique (Semaine juridique)	F
JhJb	Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrecht (desde 1897 Jherings Jahrbücher für Dogmatik des bürgerlichen Recht)	A
l.	Ley	

LEC	Ley de Enjuiciamiento civil	E
LH	Ley Hipotecaria	E
lib.	Libro	
<i>loc. cit.</i>	Loco citato	
n.	Número	
NEJ	Nueva Enciclopedia Jurídica	E
Novis.Dig.It.	Novissimo Digesto Italiano	I
Nuov.Dig.It.	Nuovo Digesto Italiano	I
<i>op. cit.</i>	Opere citato	
pág./s	Página/páginas	
PJ	Poder Judicial	E
pr	Principio	
r	rectus	
RA	Referencia Aranzadi	E
RADP	Revista Argentina de Derecho Procesal	Ar
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario	E
RDN	Revista de Derecho Notarial	E
RDP	Revista de Derecho Privado	E
Rev.Trim.Dr.Civ.	Revue Trimestrielle de Droit Civil	F
RFDUO	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo	E
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia	E
RH	Revue Historique de Droit Français et étranger	F
Riv.Dir.Civ.	Rivista di Diritto Civile	I
RIDA	Revue Internationale de	B

RIDC	Droits de l'Antiquité Revista del Instituto de Derecho Comparado	E
Riv.Dir.Com.	Rivista di Diritto Commerciale	I
RJN	Revista Jurídica del Notariado	E
RMJ	Reinisches Museum für Jurisprudenz	A
RND	Répertoire du Notariat Defrenois	F
RTDPC	Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile	I
RUL	Revue de l'Université de Lausanne	S
S	Suiza	
S.C.	Senado consulto	
s.f.	Sin fecha	
SAP	Sentencias de la Audiencia Provincial	E
SDHI	Studia et Documenta Historiae et Iures	I
ss.	Siguientes	
STS	Sentencias del Tribunal Supremo	E
tit.	Título	
Top.	Topicis	
TS	Tribunal Supremo	E
v	versus	
vol.	Volumen	

INTRODUCCIÓN

I

El usufructo de cosas consumibles, cuasi usufructo, usufructo impropio o especial, como también se le denomina, consiste en el uso de unos bienes, el cual conlleva la destrucción de los mismos. Es precisamente la desaparición del objeto la que desfigura la clásica concepción del usufructo, pues incorporar este tipo de bienes a la institución de usufructo, supone encajar una pieza en un molde cuyas formas, tal como originariamente se habían concebido, no coinciden. Sin embargo, al admitir el usufructo de tales bienes se está reformulando a la vez el propio concepto de usufructo, demostrando una elasticidad que inicialmente no tenía.

En el estudio de esta figura están implicados problemas que afectan a todas las grandes ramas del Derecho civil; como tal institución aparece en Roma dentro de lo que actualmente conocemos como derecho de familia y sucesiones; su objeto nos obliga a detenernos en la clasificación de los bienes; pero, además, su contenido lo convierte en una figura fronteriza entre el Derecho de obligaciones y los Derechos reales. El tratarse de una institución a caballo entre los dos grandes pilares del Derecho patrimonial explica la polémica que ha despertado desde sus orígenes la figura.

El principal problema que plantea el usufructo de cosas consumibles es el derivado de su peculiar contenido al ser una de esas instituciones que siembra el desconcierto en quien trate de acercarse a ella desde una perspectiva dogmática, ya que no encuentra acogida en los moldes conocidos e incluso desafía los principios tipificados. En eso se aproxima a otra figura que tampoco encuentra fácil explicación, como es la sustitución fideicomisaria. Aunque el contenido sea diametralmente opuesto en ambas, lo cierto es que en la sustitución al

fiduciario se le considera verdadero heredero y. por tanto, propietario, aunque ni actúa ni parece tal, sino más bien como un usufructuario; mientras el usufructuario de cosas consumibles actúa como un propietario y parece tal, aunque legal y formalmente no sea más que un usufructuario. En definitiva, se trata de figuras en las que la finalidad para las que han sido creadas y su contenido real parece diferir de su configuración legal.

El nacimiento del usufructo de cosas consumibles en el Derecho romano fue fruto de una necesidad práctica y se aceptó forzando la concepción que se tenía del usufructo, creando lo que fue considerado una intromisión contraria a la razón jurídica, lo cual era lógico al no ir acompañada su admisión por un esfuerzo a nivel teórico para ampliar los límites en los que se mueve el derecho de goce que constituye la esencia del usufructo.

Es precisamente esta falta de esfuerzo a nivel teórico que se prolonga a lo largo de toda la historia, unida a la ausencia de monografías en torno al tema o a la residual atención que le conceden los manuales a la figura, o al calificativo de *quasi usufructus* con el que también es conocido, los motivos, entre otros, que nos han llevado al estudio del usufructo de cosas consumibles, previsto en el art. 482 Cc.

El Código civil presenta el usufructo de cosas consumibles como una excepción a los principios que rigen el usufructo, pues el art. 467 Cc, al describir el contenido del mismo, establece unas excepciones legales y convencionales del principio *salva rerum substantia*, y el art. 482 Cc es una de ellas. Sin embargo, el análisis de los principios esenciales del usufructo, hará que nuestro objetivo sea analizar si realmente el disfrute de las cosas consumibles es un verdadero usufructo o no.

La función principal del art. 482 Cc, aparte de reflejar la aceptación de tal usufructo, es proteger el interés económico del goce de las cosas consumibles por parte de un sujeto distinto al propietario, evitando, de este modo, que tales bienes queden improductivos cuando el

propietario no desea o no pueda disfrutarlos, a la vez que la restitución de un equivalente le garantiza el "daño" que ocasione el hecho de gozar otra persona una cosa que con el uso se extingue.

La naturaleza de los bienes no debe ser un obstáculo para la cesión de su uso y disfrute, de forma que puede obtenerse un aprovechamiento eficiente de los mismos con independencia de quien sea el propietario. La regla clásica de que el propietario es el único que puede consumir los bienes pierde su sentido desde los modernos planteamientos económicos.

La utilidad de la figura, desde el punto de vista jurídico, radica en posibilitar un usufructo sobre la globalidad de un patrimonio, manteniéndose la unidad en la forma de atribución del disfrute, y evitando que el constituyente tenga que acudir a diversas fórmulas de atribución en función de la naturaleza de los bienes (por ejemplo, el mutuo). Se evitan, de este modo, problemas interpretativos a la vez que se satisfacen también las exigencias de la economía jurídica.

Estamos ante una institución que ha despertado poco interés en la doctrina. La reconstrucción histórica de la figura se ve obstaculizada por la falta de datos y de referencias legales a la que se une la apatía de la doctrina de las diferentes épocas. El *ius commune*, como veremos, no dedica grandes estudios al usufructo de cosas consumibles; todo se queda en reflexiones de carácter general y en reiteraciones de forma estéril de las formulaciones del Derecho romano; como mucho se reconduce la institución a otras figuras afines como el mutuo (ODOFREDUS fue uno de los pioneros).

Como singulares referencias a la institución destacan las obras de autores alemanes del siglo XIX (HELD, HANAUSEK, BÜRKEL o FRANK, entre las más destacables), la mayoría a título de disertaciones. Este interés -relativo, sin embargo- de la doctrina alemana al análisis de usufructo de cosas consumibles, supondrá que el estudio del

Derecho alemán, desde la pandentística hasta nuestros días, sin olvidar su periodo codificador, pueda ser decisivo en algunos aspectos. Entre nuestra doctrina figura como único estudio dedicado al tema el de JORDANO BAREA publicado el año 1948, de gran precisión pero centrado fundamentalmente en la naturaleza jurídica de la institución¹.

En cuanto a la jurisprudencia, es raro que sea objeto de litigio el usufructo de cosas consumibles; apenas hay sentencias que planteen conflictos en torno al art. 482 Cc².

Como afirma SIRINELLI, esta doble carencia doctrinal y jurisprudencial quizás pueda generar la idea de que el usufructo de cosas consumibles "est une institution un peu inutile ou inusitée"³.

Sin embargo, las estadísticas judiciales no son verdaderamente representativas de la vitalidad de la institución, pues lo único que demuestran es la ausencia de controversias y litigios que genera el tema, debido, probablemente, a la existencia del mismo art. 482 Cc. Incluso en la doctrina francesa de los últimos años se ha experimentado un cierto reconocimiento de la figura al considerarse el cuasi usufructo como una «formule à redécouvrir»⁴.

Y es precisamente redescubrir la institución lo que pretendemos hacer en este trabajo, para que de este modo deje de ser "un perfecto desconocido en nuestro sistema

¹ JORDANO BAREA, Juan Bautista, "El cuasi-usufructo como derecho de goce en cosa ajena", *Anuario de Derecho Civil (ADC)*, 1948-III.

² Destaca, como veremos en próximos capítulos, y no precisamente como jurisprudencia, el Acuerdo del Tribunal Económico-Administrativo Central de 20 de noviembre de 1964 (RA 1682, 1965).

³ SIRINELLI, Pierre, "Le quasi-usufruit (1re partie)", *Les petites affiches*, 21 juillet 1993, n°. 87, pág. 31, n. 6.

⁴ La primera autora que anunció el usufructo de cosas consumibles como "une formule a redécouvrir" fue Annie BAC, "Le quasi-usufruit: une formule a redécouvrir", *Les Conseils de Fidal, Juris-classeur périodique (Semaine juridique) (JCP)*, éd. E, 1992, Panorama d'actualité, pág. 432.

patrimonial actual"⁵. Es evidente que el casi usufructo existe y surge habitualmente en la práctica jurídica. Además plantea problemas de gran entidad jurídica como la de determinar si nos hallamos o no ante un *ius in re aliena* o si hay o no transmisión de la propiedad de los bienes consumibles al usufructuario. Y estas no son cuestiones puramente conceptuales, sino que traslucen en el fondo un conflicto de intereses que tiene consecuencias prácticas como se aprecia en el tema de los riesgos o quiebra del usufructuario o nudo propietario.

II

El presente trabajo pretende estructurar el estudio de la figura a partir de la sistemática del propio art. 482 Cc. En primer lugar, el artículo define el objeto sobre el que recae el usufructo; acto seguido, describe el derecho del usufructuario, para finalizar refiriéndose a la obligación restitutoria del mismo.

En cuanto a la metodología predomina el recurso a la interpretación histórica, justificada por el hecho de que el usufructo de cosas consumibles no es una institución nueva sino que se trata de una figura remodelada a partir de una raíz común: el derecho romano.

Hemos dedicado el primer capítulo a las cuestiones relativas a la admisión, alcance y autonomía de la figura para poder identificar y dar significado a la misma. Partimos de la incógnita de cómo considerar el disfrute de las cosas consumibles, si estamos o no ante un verdadero usufructo, si es o no compatible con éste, o si estamos ante dos tipos de usufructo. En definitiva se trata de plantear si la figura tiene encaje, y cómo, en el usufructo. En todo caso, la asimilación legal al usufructo es evidente sin que existan inconvenientes dogmáticos al respecto.

⁵ LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Principios de Derecho civil*, tomo cuarto, primera parte, Madrid, 1996, pág. 330.

El usufructo de cosas consumibles o *quasi usufructo* no tuvo un origen pacífico. El análisis histórico de la institución nos marca dos hitos importantes: la época romana en la que surge, y la época de la Codificación en la que parece desempolvarse la figura para quedar reflejada en los Códigos de la época. Y hablamos de recuperar la figura porque el período intermedio se limitó a admitir sin más este usufructo especial o impropio, sin sufrir una mínima metamorfosis, cayendo incluso, en ciertas ocasiones, en el desván del olvido. Las Partidas, por ejemplo, ni siquiera lo mencionan.

Este olvido, probablemente intencionado, unido a la dificultad de configurar el disfrute de bienes consumibles ajenos con las características del usufructo clásico, hace que la figura se intente asimilar a otras instituciones, en particular al mutuo. Pero la distinta finalidad de ambas instituciones permiten defender la autonomía del usufructo de cosas consumibles. A pesar de esta autonomía, no puede dejar de reconocerse cierta afinidad con otras instituciones, como pretendemos reflejar en el capítulo.

Dedicamos el capítulo segundo al estudio del objeto del usufructo, un objeto difícil de delimitar, a pesar de parecer evidente *a priori*, pues el art. 337 Cc perpetúa la confusión de las cosas consumibles con las fungibles. Configurar el objeto del art. 482 Cc nos lleva a definir ambas categorías de bienes: el término fungibilidad, carente de un significado apropiado en el Código, y la consumibilidad, presentada en el cuerpo legal tan sólo como definición.

El capítulo tercero relativo al derecho del usufructuario, se subdivide a su vez en dos grandes apartados. En el primero, centrado en el contenido del derecho del usufructuario, se pretende acoplar, en lo posible, el régimen general del usufructo al disfrute de los bienes que se destruyen con el uso; acoplamiento difícil de efectuar en muchas ocasiones puesto que la naturaleza de los bienes desfigura algunos de los principios claves del usufructo.

La naturaleza jurídica de la institución es la piedra angular del análisis del segundo apartado del capítulo. Naturaleza definida por la transmisión de la propiedad al usufructuario, provocando la extinción del derecho real y el nacimiento de un derecho de crédito. Y ésta ha sido tradicionalmente la cuestión en torno a la cual han girado todos los demás problemas, pues la posibilidad de que un no propietario pueda consumir bienes ajenos sólo se explicaba a partir de la transmisión de la propiedad de los bienes. Sin embargo, ¿cómo se explica entonces la obligación de restituir? La formulación de esta cuestión es la que nos hace dudar de la configuración tradicional del tema intentando exponer otra posible solución.

Por último el capítulo cuarto aborda el estudio de la obligación de restituir por parte del usufructuario. Dividido a su vez en dos apartados, el primero se ciñe a los datos que proporciona el Código: la restitución del avalúo o del equivalente (*tantundem* o valor) en función de que se hayan estimado o no los bienes. Bajo esta estructura yacen unas relaciones obligacionales que pretendemos abordar: las obligaciones alternativas, genéricas, pecuniarias, etc., aunque dedicaremos una especial atención en determinar el efecto que la inflación o deflación puede ocasionar en dicha restitución.

Para finalizar, el segundo apartado, intenta demostrar cómo adoptar una solución u otra respecto a la posición del propietario y del usufructuario es decisiva en algunos aspectos prácticos. En especial se abordan las cuestiones relativas a la defensa jurídica del derecho, la pérdida casual del objeto con el consecuente régimen de los riesgos y la quiebra del usufructuario y del nudo propietario.

Capítulo I

La admisión del usufructo de
cosas consumibles: cuestiones
básicas

1. La "desfiguración" del usufructo: el disfrute de las cosas consumibles

1.1. Planteamiento de la cuestión: el término "casi usufructo" y su abandono

La doctrina de todos los tiempos ha dado suficientes muestras de escepticismo a la hora de valorar jurídicamente y definir el usufructo de cosas consumibles, sin perder ocasión para reflejar la contradicción que supone crear un derecho de disfrute *in re aliena* sobre este tipo de bienes. Ello ha llevado en numerosas ocasiones a proponer su rechazo o a poner en duda su verdadera naturaleza jurídica. Por lo tanto, será preciso determinar cómo considerar el disfrute de los bienes consumibles: si estamos ante un verdadero usufructo, y si es o no compatible con éste.

Los calificativos que se han usado para definir el usufructo de cosas consumibles son por sí mismos suficientemente expresivos para deducir ante qué tipo de figura jurídica nos enfrentamos. La doctrina ha presentado al usufructo regulado en el art. 482 Cc como un "invento"⁶, una "ficción"⁷, una "figura híbrida"⁸, un "monstruo"⁹, un

⁶ Entre otros, ÁLVAREZ, José M^a, *Instituciones de Derecho real de España*, tomo I, Madrid, 1829, pág. 182; FALCÓN, Modesto, *Exposición doctrinal del Derecho civil español, común y foral*, tomo I, tercera edición Barcelona, 1888, pág. 224: "[s]ólo las cosas fungibles no pueden darse en usufructo; porque en ellas no puede verificarse la condición de usarse y disfrutarse sin destruir su forma y su sustancia. Pero aún para estas cosas se ha inventado el cuasi-usufructo, como se inventó para las incorporales la cuasi-posesión". También el alemán HEINECIO, Juan, *Recitaciones del Derecho civil*, traducidas al castellano, corregidas y adicionadas considerablemente en esta segunda edición por Luis de COLLANTES y BUSTAMANTE, tomo segundo, Valencia, 1833, pág. 11.

⁷ Si se considera el usufructo de cosas consumibles como una ficción es porque se cree que la ley finge salvar la forma y la sustancia a través de ciertos mecanismos legales siendo el principal la restitución de un equivalente; así, por ejemplo, SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *Derecho civil español, común y foral*, tomo III, Madrid, 1900,

"anacrónico residuo histórico"¹⁰, etc. Incluso en sueños enturbió la mente de IHERING, cuando en el "Cielo de los conceptos jurídicos" un espíritu-guía le mostró el *quasiususfructus* como una "Mibbildung des ususfructus"¹¹.

Esta situación también explica la distinta configuración adoptada por los diversos ordenamientos, no siendo la solución aceptada por nuestro Código civil de incluir ese derecho de disfrute dentro del usufructo, un criterio en absoluto unánime a lo largo de la historia, como tendremos ocasión de comprobar.

El mismo término con el que brotó en la historia jurídica esta figura, *quasi usufructus*, nos indica también la condición peculiar de la institución. La unión del adverbio "quasi" al sustantivo "usufructus" parece indicar la búsqueda de un paralelismo, de un acercamiento a una identidad, aunque imperfecta, con relación al usufructo

pág. 552; MANRESA y NAVARRO, José M^a, Comentario al art. 482 Cc, en *Comentarios al Código civil español*, tomo IV, séptima edición revisada por José M^a Pou de Avilés, Madrid, 1972, pág. 433.

⁸ MARÍN PÉREZ, Pascual, *Derecho civil*, vol. III, Madrid, 1984, pág. 137, tras afirmar que el "quasi usufructo" se crea por un senadoconsulto, manifiesta que "[s]urge así una figura híbrida, que se caracteriza por una disparidad: desde el punto de vista de su función económico-social el quasi-usufructo, evidentemente, no difiere del usufructo; pero si atendemos a su naturaleza jurídica todo son diferencias".

⁹ SANFILIPPO, Cesare, "Note esegetiche in tema di usufructo", *Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano (BIDR)*, vol. 49 y 50, 1947, pág. 71, realiza una crítica contundente al afirmar que "[è] opportuno a tal fine considerare dal punto di vista storico, nella sua genesi, questo "monstrum", comme non esito a definirlo, che va comunemente sotto il capzioso nome di quasi usufrutto".

¹⁰ BIGLIAZZI GERI, Lina, *L'usufrutto, appunti delle lezioni*, Milano, 1977, pág. 291: "[s]i profila infatti, in tal caso, la figura, del tutto atipica, del "quasi usufrutto", anacronistico residuo storico configurante, sub specie di usufrutto, quello che costituisce, in sostanza, né più né meno che un modo di acquisto della proprietà di certi beni"; en el mismo sentido en *Usufrutto, uso e abitazione*, en *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Antonio Cicu, Francesco Messineo, continuato da Luigi Mengoni, vol. XI, tomo I, Milano, 1979, pág. 191.

¹¹ IHERING, Rudolph von, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz (Eine Weihnachtsgabe für das juristische Publikum)*, Leipzig, 1884, pág. 306: "[i]nteressiren Dich vielleicht die jura in re? (...), dort der *quasiususfructus*, diese Mibbildung des *usufructus*, der, seiner Anlage nach ein *jus in re*, sich so weit vergibt, die Gestalt des Eigenthums anzunehmen".

propriadamente dicho. Existe una proximidad con la idea de referencia, el usufructo, pero, como tendremos oportunidad de ver, faltan elementos para la identificación¹².

La utilización del adverbio "cuasi" fue incluso objeto de debate en las discusiones parlamentarias del Código civil. Sólo el Proyecto de 1836 utilizó las expresiones "usufructo impropio" o "casi usufructo"; en cambio, en el Proyecto de 1851 y en el Anteproyecto de 1882 se prescinde de este calificativo, al igual que en el actual art. 482 Cc¹³. Es por ello que el político y jurista AZCÁRATE, en las discusiones parlamentarias del Código en el Congreso se preguntara: "¿[p]or qué habeis huído de emplear la partícula *cuasi* y no habeis llamado al usufructo en esos

¹² En torno al tema del adverbio "quasi", ALBERTARIO, "Le fonti della obbligazione e la genesi dell'art. 1907 del Codice civile", en *Studi*, III, pág. 140 afirma que "[p]onendo un quasi davanti ad istituti del diritto romano, l'età postclassica giustiniana ha fatto sorgere istituti nuovi, soltanto in apparenza simili, sostanzialmente difformi, e tali, a cui la giurisprudenza romana nella superba ed armoniosa logicità dei suoi sviluppi non sarebbe giunta mai"; SIRINELLI, "Le quasi-usufruit (1re partie)", *loc. cit.*, pág. 32, n. 8, considera que "[u]ne "quasi-institution" serait donc une institution "inachevée" qui emprunte à une institution de référence certains de ces éléments sans parvenir à l'identité, faute de pouvoir les réunir tous".

RICCOBONO, Salvatore, en el Appendice III "Analogia, assimilazione, approssimazione nell'opera dei giuristi romani ed in particolare dell'uso dell'avverbio "quasi"", en *Scritti di Diritto romano*, II, Palermo, 1964, págs. 461 y 462, manifiesta que la voz "cuasi" es antigua en el uso, del siglo II, y que "soverchia il *tamquam* anche negli scritti dei giuristi". Sin embargo, se duda que la voz sea o no clásica. Cfr. SEGRÈ, Gino, "Sul deposito irregolare in diritto romano", *BIDR*, vol. 19, 1907, pág. 197.

¹³ Ni el Proyecto de Código civil de 1820 ni el de 1821 (éste sólo regula el Libro Primero), hacen referencia al usufructo de cosas consumibles. El Proyecto privado de GOROSÁBEL, Pablo, *Redacción del Código civil de España*, Tolosa, 1832, en su art. 234, niega la admisión del usufructo sobre cosas fungibles, aunque no utiliza la expresión *casi usufructo*: "[e]l usufructo se constituye sobre cualquiera cosa que pueda dar renta, fruto ú otra utilidad, con tal que no sea de las fungibles". En el Proyecto de Código civil de 1836, el art. 818 i.f. afirma que "[e]n las cosas que se consumen con el uso, sólo hay usufructo impropio o casi usufructo; sin embargo, el Proyecto de 1851, en su art. 444 se limita a manifestar que "[e]l usufructuario de bienes fungibles puede usar libremente de ellos y consumirlos con la obligación determinada en el número 2 del artículo 449"; en el Proyecto de 1882, en su art. 486, al igual que el actual art. 482 Cc afirma que "[s]i el usufructo comprendiera cosas de las que no se puede usar sin consumirlas".

casos *casi usufructo*?", sin obtener una respuesta al respecto¹⁴.

Probablemente no se utilizó la partícula "cuasi" por la falta de concreción del ámbito de lo comprendido bajo el concepto "casi usufructo", ya que se trata de un término que generó un gran debate en torno a la posibilidad de que abarcara no sólo el usufructo de cosas consumibles sino otros tipos de usufructos como, por ejemplo, el usufructo de créditos¹⁵. Según esto, aunque usufructo de cosas consumibles es sinónimo de "casi usufructo", el primero podría configurarse como una parte del todo.

¹⁴ El Código civil, debates parlamentarios, 1885-1889, tomo II, Madrid, 1989, sesión de 6 de Abril de 1889, n. 88, pág. 1673. AZCARATE tras manifestar la singular significación de la partícula *cuasi* en la historia jurídica con diversos ejemplos, acaba afirmando que su empleo "significa que los romanos no querían renunciar al concepto dogmático admitido, y al mismo tiempo reconocían la necesidad de darle condiciones de vida, y salían del conflicto con el *cuasi*".

¹⁵ La amplitud del concepto de *casi usufructo* ha sido un tema debatido por parte de la doctrina, en especial por la doctrina pandectística. Así, por ejemplo, entre muchos otros, KELLER, Friedrich Ludwig von, *Pandekten, erster Band, Zweite Auflage beforgt von William Lewis*, Leipzig, 1866, § 174, pág. 382, al hablar de *quasi ususfructus* afirma que "Dasselbe fandzunächst seine Anwendung: a) auf die verzehrlichen und fungiblen Sachen (...), b) Auch an Obligationem wurde der *quasi ususfructus* zugelassen, obgleich einzelne römische Juristen dagegen partielles Bedenken trugen"; BARON, J., *Pandekten*, Leipzig, 1893, § 161, pág. 289: "[d]er Quasiususfructus findet in zwei Fällen Anwendung: a) Bei verzehrbaren sachen (...), b) Bei Forderungen". En cambio, HANAUSEK, Gustav, *Die Lehre vom uneigentlichen Niessbrauch nach gemeinem Recht*, Erlangen, 1879, en el prólogo escrito por el mismo autor, págs. III y IV afirma: "[d]a sich dieses Senatusconsult zunächst und ursprünglich nur auf den Niessbrauch an verbrauchbaren Sachen bezog, die Theorie des letzteren auch auf einzelne Fälle des Niessbrauchs an Rechten nicht ohne Einfluss ist, glaubte ich der Darstellung des Niessbrauchs an Rechten die Besprechung des Niessbrauchs an verbrauchbaren Sachen -und nur diesen bezeichne ich mit dem Ausdrücke Quasiususfructus-vorausschicken zu sollen", y en sentido similar FRANK, Curt, *Ueber den uneigentlichen Niessbrauch an Körperlichen Sachen*, Inaugural-Dissertation, Göttingen, 1889, pág. 5, § 1, manifiesta que "[m]it Beiseitelassung des Niessbrauchs an Rechten werden wir im Folgenden nur den ususfructus earum rerum, quae usus consumuntur vel minuuntur behandeln, welchen wir auch mit Hanausek allein als Quasiusufructus bezeichnen".

Entre nosotros, FERNÁNDEZ de VILLAVICENCIO, Francisco, "Salva rerum substantia" en el usufructo propio", *Revista de Derecho Privado (RDP)*, 1951, pág. 190, nota 3, considera que "[t]radicionalmente, se ha llamado usufructo impropio o anormal al que tiene por objeto cosas consumibles (...). Pero, en realidad, no es éste el único usufructo impropio; (...), es indudable que pueden darse figuras de usufructo en que la voluntad privada o la Ley disminuyan las facultades formales".

Hay otras razones posibles para explicar la desaparición del término. Quizás el legislador entendió que no era necesario mantener esa denominación, sino que era más útil delimitar en que consistía: "usufructo de cosas consumibles". Es posible que el legislador hiciera desaparecer el término por entender que no era conveniente seguir distinguiendo entre un usufructo propio y uno impropio, porque, por una parte, tan usufructo es uno como el otro, ya que o es usufructo o no lo es, aunque tenga peculiaridades de régimen; y, por otra parte, porque lo que en realidad va a admitir el Código en los arts. 467 ss., son diversos tipos de usufructos, o diversos supuestos con peculiaridades, entre los cuales, el del art. 482 Cc es uno más.

El Código establece una regla general (art. 467) y luego admite diversas especialidades con su peculiar régimen jurídico, ya sea por establecerlo la voluntad de los constituyentes (usufructo con facultad dispositiva), o la naturaleza de los bienes (deteriorables, consumibles, rebaño, minas, etc.). Según la sistemática del Código todos son usufructos pero con alguna peculiaridad en su régimen. Por ello, para evitar dudas, preferimos utilizar la expresión "usufructo de cosas consumibles", además por ser ésta la terminología que utiliza el Código.

Se tratará de exponer ahora cuál es el motivo del desencaje y la compatibilidad entre el usufructo común y el usufructo de cosas consumibles, y cómo lo ha solucionado el legislador en el articulado del Código civil.

1.2. La definición del usufructo en el art. 467 Cc y el art. 482 Cc: el principio *salva rerum substantia*

Es evidente que, *a priori*, con el usufructo de cosas consumibles nos hallamos ante una hipótesis difícil de encajar en el esquema jurídico del usufructo, puesto que éste, según el art. 467 Cc, "da derecho a disfrutar de los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y

sustancia"¹⁶. Las líneas definitorias del usufructo común se contraponen a las del usufructo regulado en el art. 482 Cc. Aunque en ambos se concede la facultad de gozar o disfrutar unos bienes ajenos, en el primero es necesario conservar la sustancia y la forma del objeto para restituir tales bienes en el mismo estado al finalizar el derecho; en cambio, en el usufructo de cosas consumibles, es imposible salvar la forma y la sustancia de la cosa si se ejerce el goce puesto que desaparece el bien con el consumo, por lo que la restitución no podrá ser del *idem* sino de un equivalente.

El usufructo de cosas consumibles desfigura el usufructo común, ya que sus respectivos regímenes generan una disparidad de regulaciones jurídicas que plantea un problema de compatibilidad. Aun compartiendo unas líneas definitorias semejantes -el usufructuario goza de unos bienes ajenos quedando sometido a una obligación de restituir-, la especialidad de los bienes objeto del usufructo regulado en el art. 482 Cc rasga la naturaleza y régimen jurídico del usufructo común. Pero no por esto deja de ser un usufructo.

El problema de la compatibilidad entre el disfrute de los bienes consumibles con el usufructo reside en el principio *salva rerum substantia*, pues se trata de un límite que en los bienes consumibles no se puede cumplir.

La obligación de conservar la forma y la sustancia no sólo aparece en el art. 467 Cc, sino que queda también reflejada en otros preceptos relativos al derecho de usufructo como, por ejemplo, en los arts. 487 y 489 Cc. Se trata de un límite fundamental de las facultades del usufructuario frente a la cosa específica entregada en usufructo. No se trata de una obligación propiamente dicha que pesa sobre el usufructuario, sino de un límite del

¹⁶ Esta definición legal se inspira en la fórmula clásica inserta en las fuentes romanas, D. , lib. VII, tit. I (De usufructu et quemadmodum quis utatur fruatur), 1 (Paulus libro III ad Vitallium) y Instituciones, lib. II, tit. IV (De usufructu), pr., según la cual "ususfructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia".

poder que le confiere su derecho. Su transgresión es una violación del derecho del propietario, no simplemente el incumplimiento de una obligación personal¹⁷.

¹⁷ La interpretación que se le ha dado al principio *salva rerum substantia* no ha sido pacífica en la doctrina, discutiéndose incluso la posible interpolación del mismo. Se le han dado varios significados: que el usufructo sólo puede recaer sobre cosas de utilidad repetida, es decir inconsumibles; que el usufructo se extingue por la pérdida de la cosa; que el usufructuario está obligado a conservar la cosa; o la obligación de no alterar el destino económico del objeto. Entre nosotros, recogen estas diversas interpretaciones, por ejemplo, DE BUEN, Demófilo, voz "Usufructo", en *Enciclopedia jurídica española (EJE)*, tomo trigésimo, pág. 585; CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral*, tomo II, vol. II, decimoquinta edición revisada y puesta al día por Jacinto Gil Rodríguez, Madrid, 1994, págs. 25 y 26; PUIG PEÑA, Federico, *Tratado de Derecho civil español*, tomo III, vol. I, Madrid, 1958, pág. 309; ESPÍN, Diego, *Manual de Derecho civil español*, 6ª ed., vol. II, Madrid, 1981, pág. 326. En Francia, MOURLON, [Frédérich] *Répétitions écrites sur le premier examen du Code Napoléon*, cinquième édition, tome premier, Paris, 1858, págs. 714 ss.; DELSOL, J.-J., *Explication élémentaire du Code civil*, troisième édition, tome premier, Paris, 1878, pág. 463, n. 801. En Italia, entre la doctrina del Codice de 1865 destaca la obra de RUGGIERO, Roberto, *Usufrutto e diritti affini, Lezioni*, Napoli, 1913, págs. 30 ss.; el romanista GIRARD, Paul Frédéric, *Manuel élémentaire de Droit Romain*, troisième édition, Paris, 1901, pág. 360, nota 3.

El principio *salva rerum substantia* se refiere al límite del usufructuario: conservar y restituir el mismo bien, lo cual lleva como consecuencia que no pueda recaer sobre cosas consumibles. Por ello, la gran mayoría de la doctrina, a la cual nos adherimos, es partidaria de considerar que este principio se refiere a que el usufructo sólo puede recaer sobre cosas no consumibles. En este sentido destaca el trabajo de Derecho romano de DI MARZO, Salvatore, "Sulla definizione romana dell'usufrutto", en *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda pel XXV anno del suo insegnamento*, volume primo, Napoli, 1906, págs. 146, quien considera que "la frase "salva substantia" della L. I D. 7, I fu realmente adoperata da Paulo, e in rapporto con la nozione di cosa inconsumabile".

Entre muchos otros autores partidarios de esta interpretación, destacan en el *ius commune*, por ejemplo, DONELLUS, Hugo, *Commentarius de Iure civili*, editio sexta, volumen sextum, Norimbergae, 1823, lib. X, cap. II (De usufructu rerum fungibilium), pág. 21, § 14: "[q]ua adiectione duo remouentur a iure fructuarii: consumtio rei et transmutatio in aliam formam. Qui usufructum habet, sic se uti potest, ne consumat"; VINNIUS, Arnoldus, *In quatuor Libros Institutionum Imperialium Commentarius*, tomus primus, Venetiis, 1747, Instituciones, lib. II, tit. IV (De usufructu), pr., textus "Definitio ususfructus", comentando las palabras "Salva rerum substantia", n. 7, pág. 246: "[i]d est, si Theophilo & Giphano credimus, quamdiu res saluae manserint. Ego vrò hoc amplius hac adiectio ne proprium seu modum indicari arbitro, ut intelligamus, fructuarium ita uti & frui debere, ut rem salvam seruet dominio; ac proinde hac clausula fructuarium prohibeti, tum rem consumere causamve proprietaris deteriore facere, tum in aliam formam rem transmutare". Ya en el siglo XIX, LAHOVARI, Gregorius Joannes, *De usufructu bonorum*, Dissertatio Inaguralis, Berolini, 1858, § 1, pág. 8: al comentar el principio *salva rerum substantia* afirma que "finito enim usufructu, rem fructuarius

El significado del principio *salva rerum substantia* ha estado acompañado por la controversia a lo largo de los siglos, y se tradujo en nuestro Código como la obligación de conservar la forma y la sustancia¹⁸.

En cuanto a la "sustancia", se han aportado varios conceptos en nuestra doctrina destacando, en especial, la que considera que "la obligación de conservar la sustancia implica prohibición de consumir, deteriorar o destruir la cosa entendida la cosa en sí, en sus condiciones subjetivas"¹⁹, y la partidaria de percibir la sustancia de la cosa como su valor, es decir, que "lo sustantivo o sustancial en la cosa es lo que la cosa valga"²⁰.

Respecto a la "forma", tampoco destaca por ser un concepto pacífico. Se afirma, que en torno a la misma existe un doble límite: uno marcado por la facultad del usufructuario de aprovechar la cosa sin destruirla o transformarla; y el otro, por el destino económico que el

restituere tenetur ita ut ei non liceat rem consumere, corrumpere, aliamve in formam licet meliorem, transmutare".

¹⁸ Nuestro Código, en el art. 467, agregó al concepto "sustancia", el término "forma". FERNÁNDEZ de VILLAVICENCIO, "'Salva rerum substantia'...", *loc. cit.*, págs. 201 y 202, expone dos consecuencias del principio regulado en el art. 467 Cc, la primera "que la introducción del deber de conservar la forma no es meramente accidental, y hay que aceptarla, tanto por su novedad como por su repetición, como verificada tras una madura reflexión y con una intención precisa. Segunda: que la interpretación del inciso - obligación de conservar la forma y la sustancia- no puede hacerse a base de un vocabulario filosófico, sino utilizando el prisma realista que seguramente inspiró la redacción del Código civil".

¹⁹ FERNÁNDEZ de VILLAVICENCIO, "'Salva rerum substantia'...", *loc. cit.*, pág. 203. A esta postura se une, por ejemplo, RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, en LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos de Derecho civil*, III, vol. segundo, segunda edición, Barcelona, 1991, pág. 37.

²⁰ GARCÍA VALDECASAS, Alfonso, "La idea de sustancia en el Código civil", *RDP*, 1951, pág. 884. Añade que la cosa habrá que conservar el valor en un sentido objetivo, es decir, no el valor que en cada momento se pudiera realizar y que dependiera de factores externos, sino el que corresponde a la cosa según la creencia social vigente y según la relación de uso, socialmente consagrada de la cosa. Sigue esta tesis, entre otros, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, Teresa, "Notas sobre el derecho de disfrute del usufructuario", *Anuario de Derecho civil (ADC)*, 1989-III, pág. 819.

dueño concede a la cosa²¹. Así pues, el respeto a la forma significaría la no alteración perjudicial de la cosa, poniéndola en relación con el destino económico impreso en el bien por el propietario, y que deberá respetar el usufructuario²². Destino económico que, como afirma MALUQUER DE MOTES, "implicará hacer referencia a la clase de utilidad que se perciba de las cosas", por lo que se podrá cambiar el destino sin que por ello se destruya la cosa ni se pierda su identidad²³. La necesidad de respetar el destino económico es lo que se ha plasmado en el art. 981 del Codice civile italiano de 1942, en sustitución de la obligación de conservar la forma y la sustancia: "[1]'usufruttuario ha diritto di godere della cosa, ma deve rispettarne la destinazione economica"²⁴.

²¹ En este sentido, GARCÍA VALDECASAS, "La idea de sustancia...", *loc. cit.*, pág. 890, afirma que "la forma de la cosa está determinada a los efectos jurídico sociales, por la finalidad a que la cosa sirve; la forma es el destino propio de la cosa, esto es, el destino socialmente reconocido y estimado".

²² RIVERO HERNÁNDEZ, en LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos...*, *op. cit.*, III, vol. segundo, pág. 37.

²³ MALUQUER DE MOTES BERNET, Carlos J., *Los conceptos de "sustancia", "forma" y "destino" de las cosas en el Código civil*, Madrid, 1992, pág. 169. DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, III (Las relaciones jurídico-reales, el Registro de la propiedad, la posesión), cuarta edición, Madrid, 1995, pág. 825, realiza algunas precisiones en torno al destino económico, afirmando que "en la connotación del destino se encuentra implícita la idea de dedicación: es una finalidad que se asigna a las cosas o una función que éstas tienen y deben tener; aquello para lo que deben servir y de hecho sirven. Más al mismo tiempo se encuentre también implícita la idea de la conexión entre el destino y la explotación, porque el destino económico es el cauce o la forma a través de la cual se va a obtener un beneficio, una utilidad o un rendimiento".

Hubo un caso curioso resuelto por la STS 29 de mayo de 1939 (RA 1126), en el cual se hace referencia a la forma y destino económico de los bienes: dos señoras reciben por testamento unos solares en usufructo. Al resultar estos improductivos, solicitaron autorización para venderlos-transformarlos en dinero y obtener, de ese modo, una rentabilidad. El nudo propietario se negó. La Audiencia se lo concedió y vendieron, pero recurrieron los propietarios. El TS estimó que con la venta se había infringido el art. 467 Cc, en cuanto se había alterado la forma y el destino económico de los solares. Por muy improductivos que fueran los solares, el usufructo era sobre ellos y así se debía mantener.

²⁴ FERNÁNDEZ de VILLAVICENCIO, "Sobre usufructo (Sustancia, materia, forma y destino económico de la cosa usufructuada)", *Revista del Instituto de Derecho comparado (RIDC)*, 1953, pág. 116, critica el

Es oportuno hacer una referencia especial a la concepción que ha aportado MALUQUER DE MOTES a los términos sustancia y forma. Según el autor, sustancia es sinónimo de identidad, de modo que "[l]a conservación de la sustancia de una cosa es la conservación de la identidad de esa cosa". Usar significará la posibilidad de percibir la utilidad de la identidad sin realizar ninguna actividad que pueda destruirla. En cambio, la forma es sinónimo de estado de la cosa. Dice el autor que "la mención de "forma" en los diversos artículos del Código está contemplando el que la actividad que se realice respecto de la cosa no atente nunca contra su estado, condiciones y características de la misma, comprendiéndose con ello no sólo el aspecto material de la propia cosa, sino también abarcando a su estado o situación jurídica"²⁵.

Si partimos de estos conceptos nos percatamos que tanto la idea de sustancia como la de forma son contrarias a la idea de consumo, ya que consumir un bien supone destruirlo y con ello desaparece la identidad y el estado de la cosa. La discordia entre el disfrute de las cosas consumibles y el usufructo surge precisamente por la obligación de conservar la forma y la sustancia de la cosa. Mientras que el disfrute del usufructuario común está limitado por este principio, repercutiendo en la restitución, puesto que al final del derecho deberá entregarse el mismo bien, en el usufructo de cosas consumibles no puede existir este límite ya que su disfrute comporta la desaparición del bien y la imposibilidad, por lo tanto, de restituir la misma cosa al finalizar el derecho.

precepto italiano al afirmar que "[l]a solución, por muchas razones, es precaria. Lo demuestra que el propio Código civil italiano de 1942, se ve forzado a completar y ampliar un principio por sí mismo débil e insuficiente", pues "en el art.1001-2 acepta la medida tradicional de diligencia en el goce (la de un buen padre de familia) que puede en algún caso contradecir la obligación de conservar el destino económico anteriormente impreso en la cosa, y en el art. 1005-1 no emplea el concepto de cambio de destino para calificar el abuso del usufructuario".

²⁵ MALUQUER DE MOTES, *Los conceptos de "sustancia", "forma" y "destino"...*, op. cit., en especial págs. 33 y 117.

Sin embargo, cierta doctrina del *ius commune*, muy respetuosa con los principios de Derecho romano, intentó salvar la imposibilidad de respetar la forma y la sustancia cuando el usufructo recaía en cosas consumibles afirmando que "cautio in his quae usu consumunt est de substantia usufructus"²⁶. Y más tarde, en el siglo XIX, se considera que en el usufructo de cosas consumibles sólo por "ficción" de la ley y en virtud de ciertos medios supletorios o compensatorios se entiende salvado el principio de conservar la forma y la sustancia²⁷.

No obstante, a pesar de la peculiaridad del disfrute de cosas consumibles respecto al usufructo común, el legislador optó por regularlos bajo una etiqueta común: el usufructo²⁸. Y para conciliar esta discrepancia, la

²⁶ Ya veremos más adelante la trascendencia que tuvo la caución en la constitución de un "quasi usufructus", ya que se trataba de un requisito esencial para su nacimiento. Así, en el siglo XV, GAMBILLIONIBUS, Angelus de, (ARETINUS), *Commentaria, sive lectura, super quatuor Institutionum Iustinianorum libris*, Lugduni, 1545, "De usufructus", fol. 70, en la glosa a las Inst., lib. II, tit. IV (de usufructu), § 2 (Constituitur), n. 2; en el siglo XVI, GEYL, Andreas, *Practicarum observationum, Liber secundus "Practicarum observationum tam ad processum iudictarum, quam causarum decisiones pertinentium"*, Coloniae Agrippinae, 1578, observatio XXXXVI, pág. 261, n. 3: "[c]autio est de substantia usufructus, itaque non acquiritur earum rerum usufructus"; DE PRAETIS, Simones, *De ultimarum voluntatum interpretatione, tractatus*, Lugduni, 1587, liber quartus "De interpretatione ultimarum voluntatum tractatus", n. 79, dubitatione X, pág. 342: "cautio est de substantia usufructus in his mobilibus"; posteriormente, ZOESIUS, Henricus Jacobus, *Commentarius ad institutionum iuris civilis libros IV*, Lugduni, 1738, lib. II, tit. IV (De usufructus), § Constituitur, n. 7, pág. 198: "[q]antum ad quasi usufructum, plerique volunt cautionem esse de substantia"; más tarde, BRUNNEMANNUS, Joannes, *Commentarius in quinquaginta libros pandectorum*, Coloniae Allobrogum, 1752, en el comentario ad L. Hoc Sctum 5, del Tit. V (De usufructum earum rerum, quae usu consumuntur vel minuuntur), del lib. septimi, pág. 289, n. 2: "[e]t sic ex hoc textu dubia redditur & refutatur communis sententiam Doctorum, quasi haec cautio sit de substantia".

²⁷ Valga para todos, aunque se trate de un autor a caballo entre el siglo XIX y XX, SÁNCHEZ ROMÁN, *Derecho civil español...*, op. cit., tomo III, pág. 552.

²⁸ En Alemania, en el proceso de la elaboración del BGB, se enfrentaron al problema de la clasificación y denominación del usufructo de cosas consumibles. Se propuso la utilización de "usufructo impropio" o "cuasi-usufructo" ya que en él no existían ciertas características del usufructo propio. Sin embargo, en el proyecto no se separó el usufructo propiamente dicho del usufructo impropio, y las razones que se alegaron en los *Motive zu dem Entwurfe*

definición del art. 467 Cc, añade una adición final: "a no ser que el título de su constitución o la ley autoricen otra cosa". En este sentido, es la ley en el art. 482 Cc la que autoriza el usufructo de cosas consumibles.

Por lo tanto, el legislador establece una excepción: aunque todo usufructuario está facultado para disfrutar unos bienes ajenos siempre que no se altere su forma y sustancia, si el título constitutivo o la ley establecen otra cosa, no será precisa esta obligación de conservar. Esto supone que el principio de conservar la forma y la sustancia ha pasado de ser una condición o límite objetivo a ser una condición o límite subjetivo²⁹. De este modo el requisito esencial en el usufructo sería el derecho de disfrutar unos bienes ajenos, y el requisito accidental consistiría en la obligación de conservar la forma y la sustancia de la cosa³⁰.

eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band III, Berlin und Leipzig, 1888, pág. 533, §§ 1018-1020, de tal fusión fueron dos: "[e]in solcher Zusammenschluß ist erstlich innerlich gerechtfertigt, weil auch beim Niebbrauche an verbrauchbaren Sachen dem Niebbraucher ein Recht an der Sache eingeräumt wird, welches ihn zur Verfügung über die Sache behufs Ziehnug der Nutzungen ermächtigt. Daneben kommt an zweiter Stelle in Betracht, dab nach der im Entwurfe den Vorschriften über den quasi-usufructus gegebenen Stellung, die vorausgehenden Bestimmungen auf den quasi-usufructus anwendbar erscheinen, soweit nicht aus §§ 1018-1020 ein Anderes sich ergibt". JAKOBS, Hurst Heinrich, y SCHUBERT, Werner, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Sachenrecht II, Berlin y New York, 1991, págs. 218 ss, al comentar el actual § 1067 BGB (en el cual se regula el usufructo de cosas consumibles), se recoge la propuesta inserta en el Protokole I, 4646 y 4647 de una rúbrica específica "Usufructo impropio" para regular el usufructo de cosas consumibles; sin embargo, la comisión suprimió semejante propuesta al considerar: "[m]an habe den Begriff der Nutzungen sowohl auf Sachen als auf Rechte angewendet und eine gesetzliche Definition der Nutzungen gegeben, Zusammenstell. (...) Die Verschiedenheit des Nutzungsgegenstandes rechtfertige nicht, den Niebbrauch an Rechten und am Vermögen von dem gemeinsamen Begriffe des Niebbrauchs durch die verneinende Bezeichnung als "uneigentlicher Niebbrauch" auszuscheiden".

²⁹ JORDANO BAREA, "El cuasi-usufructo...", *loc. cit.*, pág. 995, añade que este cambio "se refleja de modo claro en la misma descripción, donde en vez de contraponer, como en la fórmula romana, al *ius utendi fruendi* el ablativo absoluto *salva rerum substantia*, se impone al usufructuario la obligación de conservar, que, por ser un simple deber, tiene un carácter accesorio y no de esencia para el usufructo".

³⁰ MANRESA y NAVARRO, *Comentarios al Código...*, *op. cit.*, tomo IV, pág. 441. RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, en el comentario a la sentencia

La adición final del art. 467 Cc disminuye el valor del clásico principio *salva rerum substantia*³¹, pero no por ello se incurre en vaguedad al definir el usufructo ni se desnaturaliza el derecho. Lo importante del derecho de usufructo es "disfrutar de unos bienes ajenos", no la "obligación de conservar", y lo es, precisamente, por la salvedad introducida al final de precepto.

El principio *salva rerum substantia* mantiene su papel de regla general, pero no es esencial al usufructo, ni es irrevocable de su definición. Por eso, tampoco tiene un carácter excluyente de las posibles excepciones a la regla general, admitidas legalmente.

1.3. La adición de las salvedades al art. 467 Cc: su peripezia legislativa

La salvedad que la adición final del art. 467 Cc establece a la definición de usufructo es suficiente para "dar carta de naturaleza usufructuaria al art. 482"³², conectándose, así, sistemáticamente ambos preceptos. No hay que olvidar tampoco el art. 470 Cc, en el cual también existe base para la permisión del usufructo de cosas consumibles, puesto que faculta a las partes para determinar en el título constitutivo los derechos y obligaciones del usufructuario. Sin embargo, sin el inciso

de 27 de enero de 1993, en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil (CCJC), Enero-Marzo, 1993, n. 31, pág. 836, considera que "[l]a regla del *salva rerum substantia* no es absoluta, pues el propio artículo 467 CC prevé que pueda establecerse otra cosa en el título constitutivo del usufructo o por ley. (...) La regla de referencia [refiriéndose al art. 467 Cc] no es, en principio imperativa, ciertamente, por cuanto la voluntad del constituyente puede acordar otra cosa (o la ley; art. 482). Pero a falta de esa voluntad y dispensa, se convierte en norma general de obligado respeto por el usufructuario; y en ese sentido sí es imperativa, en cuanto límite institucional incorporado a la propia idea de usufructo y su contenido típico".

³¹ Sirva para todos SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier, "El usufructo con facultad de disponer", RDP, 1982, pág. 218.

³² MUCIUS SCAEVOLA, Comentario al art. 482 Cc, en Código civil, comentado y concordado extensamente y totalmente revisado y puesto al día por Pedro de Apalategui, tomo IX, Madrid, 1948, pág. 321.

final del precepto que define e introduce la institución del usufructo en el Código civil, el concepto de usufructo hubiera colisionado frontalmente con el art. 482 Cc. Y esto es precisamente lo que ocurrió en la primera edición del Código civil. El Código regulaba el usufructo de cosas consumibles en el art. 482 Cc; no obstante, la definición del art. 467 Cc era incompatible con su admisión.

En la primera edición del Código civil de 1 de mayo de 1889, el art. 467 Cc no recogía la actual adición final, sino que fue introducida en la segunda edición de 27 de julio de 1889³³. Sin embargo, en la Exposición de Motivos de la reforma del Código civil no se hace mención alguna a los motivos que llevaron a la Comisión de Códigos a añadir este inciso al precepto³⁴.

Es probable que la razón de la incorporación fuera fruto de las discusiones parlamentarias³⁵, puesto que en el Senado, el penalista LUIS SILVELA criticó la definición que se daba de usufructo al tratarse de un concepto capaz de definir varios derechos reales manifestando que "[p]arece que debiera exigirse que la cosa usufructuada fuese de aquellas que no necesitan se altere su esencia para ser gozadas. Sin embargo, más adelante se dice que se pueden dar en usufructo las cosas fungibles, con tal que devuelvan otras de la misma especie y cantidad. Tendremos, pues, un

³³ Es extraño que la primera edición no recogiera esta salvedad, puesto que el art. 435 del Proyecto de Código civil de 1851 -que es el que se siguió en gran medida-, afirmaba que "[e]l usufructo es el derecho de disfrutar de los bienes ajenos sin alterar su forma ni sustancia, salvo lo dispuesto en el artículo 444" (artículo, este último, que se refiere a las cosas fungibles).

³⁴ LATOUR BROTONS, José, "Estudio del usufructo", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*, septiembre-octubre 1956, pág. 601 considera que la razón de la no alusión a ésta adición "en éste como en otros casos, fué sin duda el de aminorar el número de las modificaciones reales o retoques de que fué objeto, pues según los datos de FALCÓN, que facilita el doble texto correspondiente a ambas ediciones, sólo se hace referencia en el preámbulo a 37, y los retoques que se omiten bajo el especioso nombre de correcciones de estilo alcanzan el número de 181, y aun no incluye alguna errata, como la salvada en el art. 492".

³⁵ Así lo reconocen MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, "Notas sobre...", *loc. cit.*, pág. 815; MALUQUER DE MOTES, *Los conceptos de "sustancia", "forma" y "destino"...*, *op. cit.*, pág. 37.

usufructo sobre las cosas fungibles que no es el usufructo que define el Código"³⁶.

En torno a la definición de usufructo insistió AZCÁRATE en el Congreso de Diputados. En su discurso se extraña de la definición que se da de usufructo ya que se admite en el mismo cuerpo legal el usufructo de cosas consumibles, "de manera que después de decir que en el usufructo es preciso que quede a salvo la sustancia y la forma de las cosas, se admite el usufructo de minas, de las cosas que se deterioran por el uso, y hasta de las cosas fungibles. ¿Por qué? (...) Si eso significara que habíais ensanchado el concepto jurídico para hacer entrar en él aquello que no cabe en el concepto que los romanos tenían del usufructo, es decir, el *casi usufructo*, santo y bueno; pero conservais el concepto antiguo, y á seguida os poneis en contradicción con él (...); al renunciar al uso de esa partícula [se refiere al "*cuasi*"] respecto del usufructo, se debió ensanchar el concepto del mismo, para que en él entrasen las minas, las cosas que se deterioran por el uso y las cosas fungibles, en vez de incurrir en una contradicción manifiesta"³⁷.

A esto contestó GAMAZO, Vocal de la sección primera de la Comisión de Códigos, que "[l]o mismo puede decirse de todos los Códigos del mundo, que han incurrido en el error en que se incurre estudiando el derecho, error que en efecto se trató de enmendar por la admisión del *casi usufructo*, pero que no impedía que estando comprendido el *casi usufructo* en la noción general del usufructo, al definir éste se dijera siempre que había de salvarse la sustancia de la cosa. Realmente, de que la definición sea buena ó sea mala, me parece que no depende la felicidad del país"³⁸.

³⁶ El Código civil, debates parlamentarios..., op. cit., tomo II, sesión de 14 de febrero de 1889, n. 45, pág. 1182.

³⁷ El Código civil, debates parlamentarios..., op. cit., tomo II, sesión de 6 de abril de 1889, n. 88, págs. 1673 y 1674.

³⁸ El Código civil, debates parlamentarios..., op. cit., tomo II, sesión de 9 de abril de 1889, n. 90, pág. 1700.

Lo cierto es que parece evidente que el resultado de semejante discusión condujo a la introducción de la adición final al art. 467 Cc, modificándose la redacción de la primera edición³⁹. De éste modo, prescindiendo de la buena o mala redacción del precepto⁴⁰, la definición de usufructo ampara los usufructos especiales, entre ellos, y por autorización legal, el regulado en el art. 482 Cc.

Por lo tanto, no cabe duda de la admisión del usufructo de cosas consumibles en nuestro Derecho, reflejado expresamente en el art. 482 Cc e implícitamente en la propia definición general del art. 467 Cc. Sin embargo, pese a configurarlo como un usufructo, veremos que son evidentes las diferencias existentes entre el usufructo común y el de cosas consumibles, y habrá que buscar, por ello, el motivo de su inserción en sede de usufructo. El usufructo de cosas consumibles, por su especialidad, podría gozar de una configuración propia, o regularse en sede de mutuo por su similitud; a pesar de ello, el legislador optó por incorporarlo en la institución de usufructo y será

³⁹ MALUQUER DE MOTES, *Los conceptos de "sustancia", "forma" y "destino"...*, op. cit., pág. 15, afirma que "[l]a diferencia existente entre la primera redacción del Código y la segunda nos parece importante, además de precipitada. Especialmente por el hecho de que está mezclando dos aspectos totalmente opuestos, y, a la vez, contradictorios. Si por un lado aparece la obligación de no modificar 'su forma y sustancia', por otro aparece la autorización para no respetar ni la forma ni la sustancia".

⁴⁰ Las críticas a la redacción del art. 467 Cc han sido abundantes, y eso que ya en los debates parlamentarios, AZCÁRATE, respondiendo a GAMAZO en cuanto a la definición del usufructo decía, (*El Código civil, debates parlamentarios...*, op. cit., tomo II, sesión de 11 de abril de 1889, n. 92, pág. 1726): "si es inexacta, ¿por qué se pone a sabiendas? ¿es porque así lo hacen otros Códigos? (...). Pues si está mal definido, ¿por qué no definirlo bien?". El consejo se siguió a medias, puesto que las críticas iban encaminadas a la falta de mención de los usufructos especiales en la definición, como es el de cosas fungibles. Actualmente el art. 467 Cc incorpora estos supuestos; sin embargo, la técnica usada para ello (una coletilla final) es lo que se ha reprochado por parte de algún sector doctrinal dada la "lamentable elasticidad" de la definición legal que con ello se produce. Así, entre muchos otros, GIMENO LINARES, Amalio, "Del usufructo", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia (RGLJ)*, 1929, pág. 45; MANRESA y NAVARRO, *Comentarios al Código...*, op. cit., tomo IV, pág. 441; PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho...*, op. cit., tomo III, vol. I, pág. 317; ESPÍN, *Manual de Derecho civil...*, op. cit., vol. II, 325.

preciso buscar la razón de ello, lo que nos llevará a analizar sus orígenes y especialidades.

2. Origen y evolución del usufructo de cosas consumibles

No resulta fácil reconstruir el origen y trayectoria del usufructo de cosas consumibles por la incertidumbre y la disparidad de los criterios existentes hacia esta institución.

Anunciábamos anteriormente que nos enfrentamos con una institución difícil de encajar en el esquema general del usufructo; sin embargo, el legislador optó por regularla ahí. Para buscar las razones de esta solución se hace preciso reconstruir cuál fue la motivación, el porqué y el cómo de su nacimiento. Responder a estas cuestiones nos obliga a hacer un retroceso en el tiempo y ubicarnos en el Derecho romano, donde nació y se desarrolló el usufructo de cosas consumibles. Una vez analizada su trayectoria podremos ver el sentido actual de la institución: qué es hoy el usufructo de cosas consumibles y hacia donde va.

2.1. Del usufructus omnium bonorum al quasi usufructus. La incertidumbre

Estudiar el origen del usufructo de cosas consumibles no es tarea fácil puesto que, como hemos dicho, la duda y la incertidumbre envuelven a esta figura. Parece ser que fue a partir de la publicación de un Senadoconsulto cuando se permitió la posibilidad de legar en usufructo cosas que se consumen con el uso. Y decimos que parece ser, porque dicho Senadoconsulto no se ha conservado entre las fuentes jurídicas de la época y al desconocimiento del texto originario se le une también la incertidumbre de conocer la fecha exacta de su publicación y del autor de la misma.

Tampoco la doctrina ha aportado mucha información en torno al poco conocido Senadoconsulto. El mismo VINNIUS nos anunciaba que "[i]gnota est hujus SC aetas & historia"⁴¹. Tan sólo a partir de los romanistas y ciertos autores alemanes del siglo pasado que trataron esta figura es posible acercarse un poco más a los orígenes de la institución.

A pesar del desconocimiento del texto original del Senadoconsulto, su contenido nos lo ha transmitido, entre otros, ULPIANO en el Libro XVIII al Sabinum, D. lib. VII, tit. V (De usufructu earum rerum), 1 (Senatus censuit) al afirmar que "[s]enatus censuit, ut omnium rerum, quas in cuiusque patrimonio esse constaret, usufructus legari possit; quo Senatusconsulto inductum videtur, ut earum rerum, quae usu tolluntur vel minuuntur, possit usufructus legari"⁴².

Así pues, el Senadoconsulto permitió que se pudiera legar en usufructo *omnium bonorum* que se hallaban en un patrimonio. Por lo tanto, si se puede legar en usufructo todas las cosas que hay en un patrimonio, se está admitiendo la posibilidad de legar en usufructo las cosas consumibles⁴³. Al admitir por principio el todo (*usufructum*

⁴¹ VINNIUS, *In quatuor libros institutionum...*, op. cit., Inst. lib. II, tit. IV (De usufructu), textus "Quibus in rebus constituitur", al comentar las palabras "Utilitatis causa Senatus censuit", n. 3, pág. 250.

⁴² No es éste el único texto que nos permite conocer el contenido del Senadoconsulto, como iremos viendo. Así HELD, Philipp, *Die Lehre vom "Usufructus earum rerum, quae usu consumuntur vel minuuntur"*, Inaugural-Abhandlung, Würzburg, 1848, págs. 19 y 20, § 4, recoge los diversos fragmentos en que se habla del Senadoconsulto y afirma que "[e]rwähnt wird dieser Senatsbeschluss in § 2 Inst. de usufr. II. 4. -L. 1. Dig. de usufr. ear. rer., quae usu consum. aut min. VII. 5. -L. 12 Dig. Usufructuarius quemadm. caveat. VII. 9. -L. 24 Dig. de usu et usufr. XXXIII. 2. -L. 69. Dig. ad Leg. Falcidiam XXXV. 2. -L. 1. Cod. de usufr. III. 33. -Ulp. Fragm. XXIV. 27." añadiendo posteriormente que "Nach den uns darüber erhaltenen Bestimmungen zerfällt derselbe in 3 Theile: 1. "Ut omnium rerum, quas in cuius cunque patrimonio esse constaret, usufructus legari possit". Der 2te Theil enthält die Folgerung aus dem ersten, "posse etiam earum rerum, quae ipso usu consumuntur, usufructum constitui". Der 3te Theil enthält die Anordnung der vom Usufructuar zu leistenden Sicherheit".

⁴³ No sólo las cosas consumibles podían ser objeto de usufructo, sino que al calor de éste Senadoconsulto brotan instituciones claves

omnium bonorum) se incluye como especialidad la parte (earum rerum, quae usu tolluntur vel minuuntur).

Sin embargo, GAYO en el lib. VII ad Edictum provinciale, D. lib. VII, tit. V (De usufructu earum rerum), 2 (Sed de pecunia), § 1, matizó el texto de ULPIANO afirmando lo siguiente: "[q]uod Senatusconsulto non id effectum est, ut pecuniae usufructus proprie esset; nec enim naturalis ratio auctoritae Senatus commutari potuit, sed remedio introducto coepit quasiusufructus haberi". Con éste fragmento de GAYO se pone de manifiesto la diferencia entre el usufructo común y el de cosas consumibles, al que asigna la denominación de *quasi usufructus*⁴⁴. Ésta misma idea se refleja en otro de los textos significativos en que se recoge el Senadoconsulto: Inst. lib. II, tit. IV (De usufructu), § 2 (Constituitur): "[e]rgo senatus non fecit quidem earum rerum usufructum (nec enim poterat), sed per cautione quasi usufructum constituit".

Es esta distinción entre el usufructo común y el "casi usufructo" la que originó un régimen jurídico distinto entre ellos. El texto de las Instituciones anteriormente citado lo refleja al manifestar que "[i]taque si pecuniae usufructus legatus sit, ita datur legatario, ut eius fiat,

como es el usufructo de créditos. Así ULPIANO lib. XVIII ad Sabinum, Digesto lib. VII, tit. V (De usufructu earum rerum), 3: "[p]ost omnium rerum usufructus legari poterit; an et nominum? Nerva negavit, sed est verius, quod Cassius et Proculus existimant, posse legari. Idem tamen Nerva, ipsi quoque debitori posse usufructum legari, scribit, et remittendas ei usuras". O el usufructo de intereses devengados: PAPINIANO lib. VII responsorum, Digesto lib. XXXIII, tit. II (De uso, et usufructu et reditu), 24, pr.: "[u]xori fructu bonorum legato foenus quoque sortium, quas defunctus collocavit, post impletam ex Senatusconsulto cautionem praestabitur".

⁴⁴ El hecho de que GAYO manifestara que se trataba de un *quasi-usufructus* y no de un usufructo, puesto que un Senadoconsulto no puede cambiar la naturaleza de las cosas, lo ponen de manifiesto, entre otros, GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito, *Códigos ó estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, tercera edición, tomo II, Madrid, 1871, pág. 614; en Francia, PLANIOL, Marcel, *Traité élémentaire de Droit civil*, tome premier, Paris, 1900, pág. 554, n. 1629; HUMBERT, Henri, *Essai sur la fungibilité et la consomptibilité*, Paris, 1940, pág. 66; en Italia, entre la doctrina del Codice de 1865, PACIFICI-MAZZONI, Emidio, *Comentario al art. 483 del Codice*, en *Il Codice civile italiano commentato*, settima edizione, vol. primo, Torino, 1927, pág. 391, n. 392; entre la doctrina del Codice de 1942, BARBERO, Domenico, *Sistema del Derecho privado, II*, traducido por Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, 1967, pág. 371, n. 553.

et legatarius satisdet heredi de tanta pecunia restituenda, si morietur aut capite minuetur: ceterae quoque res ita traduntur legatario, ut eius fiant, sed aestimatis his satisdatur, ut, si morietur aut capite minuetur, tanta pecunia restituatur, quanti hae fuerint aestimatae".

Pero, como advertíamos con anterioridad, la verdadera redacción del Senadoconsulto es desconocida y es precisamente por este motivo por lo que se han generado una serie de especulaciones en torno al mismo. Esto hizo, por ejemplo, que GALVANUS afirmara que "[q]uamvis enim ab eis scriptum sit, Senatusconsulto factum esse, ut quasi usufructus esset in his rebus; tamen hoc ita est intelligendum, ut hoc factum sit, non tam verbis & mente Senatusconsulti, quam interpretatione veterum jurisconsultorum, quid illud interpretati"⁴⁵. O que NOODT, fuera partidario de entender que el Senadoconsulto constaba de dos disposiciones, manifestando que "mea sententia, fuerunt duo Senatusconsulti capita; priore censuit Senatus, ut omnium rerum, quas in cujusque bonis esse constaret, usufructus legari posset; id caput extat in l. I. D. de usu quod usufructu legato; eoque inductum videri, Ulpianus ait l. I. D. de usufructu earum rerum: ut earum rerum, quae usu tolluntur vel minuuntur, usufructus legari possit; altero capite jussit Senatus, legato usufructu earum rerum, quae in abusu contineretur, eas legatario dari ab herede ita, ut ejus fiant; & legatarium vicissim cavere heredi, se, si mortuus aut capite minutus fuerit, tantundem restitutum esse"⁴⁶.

⁴⁵ GALVANUS, M. Aurelius, *De usufructu dissertationes variae*, Tubingae, 1788, Cap. III (De divisione ususfructus in verum, § quasi usufructum), III, pág. 16. Sin embargo, ésta opinión fue criticada por HELD, *Die Lehre vom usufructus...*, op. cit., § 4, pág. 22: "Der Niebbrauch an verbrauchbaren Sachen ist daher nicht, wie z. B. Galvanus, de usufructu, c. III, §. 3. meint, erst durch Interpretation der römischen Juristen aus diesem Senatsbeschlusse, sondern durch diesen selbst entstanden, oder doch wenigstens gesetzlich bestätigt werden, weil er, wie früher gezeigt wurde, mit dem Aufkommen des usufructus bonorum von selbst gegeben war".

⁴⁶ NOODT, Gerardus, *Opera omnia*, tomus II, Napoli, 1786, De usufructu, liber primus, caput. XX "De quasi usufructu quantitatum introducto a Senatu: quod qua forma?", pág. 167; opinión de la que dudan FRANK, *Ueber den uneigentlichen...*, op. cit., § 1, pág. 6:

Sin embargo, las dudas que han originado más disputas han sido las de poder precisar con exactitud la fecha de publicación del Senadoconsulto. Consideramos con HELD que descubrir cuál de las diversas teorías existentes es la correcta, "darüber zu positiver Gewibheit zu gelangen, dürfte bei dem jetzigen Stande unserer Quellenkunde vergebliches Streben sein"⁴⁷. La doctrina oscila en situar al Senadoconsulto en un período de tiempo que va entre la época de Ciceron (la república) y la de Augusto o Tiberio (el Imperio)⁴⁸.

"[g]anz überflüssig erscheint mir daher Hypothese von Noodt, welcher zu dem bekannten Theil des Senatsbeschlusses noch ein zweites Capitel hinzufügen zu müssen glaubt"; o GLÜCK, [Frederick], *Commentario alle Pandette*, libro VII, traducido y anotado por Filippo Serafini, Milano, s.f., §§ 643 e 644, pág. 357, nota 60, afirma lo siguiente "[c]he il contenuto del senatoconsulto fosse questo, nessuno ne dubita; ma nelle fonti non vi a la minima traccia, che il senatoconsulto fosse diviso in due capitoli".

⁴⁷ HELD, *Die lehre vom usufructus...*, op. cit., § 4, pág. 21.

⁴⁸ Aunque la mayoría de la doctrina es contraria a considerar que en la época de Cicerón ya existía el Senadoconsulto de acuerdo con la obra *Topici*, cap. 3, 17, según la cual "[n]on debet ea mulier, cui vir bonorum suorum usumfructum legabit; cellis vinariis et oleariis plenis relictis, putare id ad se pertinere. Usus enim, non abusus legatus est" (valga para todos GRIFO, Giuliano, "Cicerone, top. 3.17 e il quasi-usufructo", *Revue International de Droits de l'Antiquité (RIDA)*, tome XXIV, 1977, págs. 177 ss.), PUCHTA, [Georg Friedrich], "Ueber das Alter des quasiusufructus", *Reinisches Museum für Jurisprudenz*, III, Jahrgang (RMJ), pág. 83, al interpretar este fragmento considera que "[w]enn der Frau der Ususufructus bonorum hinterlassen ist, so darf sie nicht glauben, dab sie sich die Früchte, die sie schon vorfinde, zueignen könne, dab sie ihr gehören, wie wenn sie dieselben selbst gezogen hätte, sie sind vielmehr Gegenstand des Ususufructus. Denn darin besteht des Ususufructus, dab man den gegenstand brauche, nicht dab man aufbrauche als ein uns vollständig zugehöriges", manifestando de este modo que ya en época de Ciceron era conocido el Senadoconsulto.

Algunos autores consideran que el senadoconsulto es de la época de la promulgación de la Lex Julia et Papia Poppaea, así, BÜRKELE, Heinrich, *Beiträge zur Lehre vom Niessbrauch*, Inauguralschrift von 1864., München, 1880, § 4, pág. 29, afirma que "wenn wir den Quasiusufructus nicht schon als zur zeit der l. J. et P.P. gegeben voraussetzen, die mehrerwähnte Bestimmung der letzteren in der angegebenen Weise aufzufassen ist, so können wir die Entstehung des Senatsbeschlusses nicht nach Verkündung der l. J. et P.P. setzen, weil er zu dieser Zeit überflüssig gewesen wäre"; HUC, Théophile, *commentaire théorique & Pratique du Code civil*, tome quatrième, Paris, 1893, pág. 229, n. 182.

Otro sector doctrinal, el mayoritario, considera que el senadoconsulto se dictó bajo el reinado de Augusto o Tiberio, o lo que es lo mismo, bajo la época imperial; así, entre muchos otros, GALVANUS, *De usufructu...*, op. cit., cap. III (De divisione usufructus in verum, & quasi usumfructum), II, pág. 15: "[q]uamvis

Lo cierto es que en Derecho romano se admitió implícitamente el usufructo de cosas consumibles a raíz de un Senadoconsulto que permitió el legado de usufructo sobre

autem incertum sit, quibus Consilibus illud prodierit; non levi conjectura tamen hoc saltem assequimur, id sub Augusti Caesaris imperio factum esse, cum ejus meminerint Nerva atque Sabinus (...) quorum uterque floruit sub Tiberio, & forte etiam vixit ad scripsit aliquid sub Augusto, ut palam est ex juris historia"; GLÜCK, *Commentario alle pandette...*, op. cit., §§ 643 e 644, pág. 356; MADAI, Carl Otto von, "Ueber den Niebbrauch an vertretbaren Sachen", en *Beiträge zur Dogmengeschichte des gemeinen Civilrechts*, Riga und Leipzig, 1839, pág. 140: "verordnete ein besonderes Senatusconsult, dessen Zeitalter nicht ganz bestimmt, von einigen Rechtslehren unter August, von anderen unter Tiberius Regierung gesetzt wird"; HELD, *Die Lehre vom usufructus...*, op. cit., § 4, pág. 19: "[w]as bisher die Sitte zulieb, erlangte gesetzliche Kraft durch ein, vielleicht schon vor Augustus, spätestens unter Tiberius erlassenes, namenloses Setum, gemäß welchem *utilitatis causa* der Niebbrauch an allen Sachen, die Jemand in seinem Vermögen habe, gültig vermacht werden konnte"; LAHOVARI, *De usufructu bonorum...*, op. cit., § 4, pág. 12: "[q]uum vero illud S.C. jam interpretati sint Massurius, Sabinus, Nerva, Cassius et Proculus, quos omnes sub Tiberio floruisse constat, Tiberio vel certe Augusto imperante S.C. nostrum conditum esse communis erat opinio". Entre nosotros, GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Códigos ó estudios fundamentales...*, op. cit., tomo II, pág. 614; DE BUEN, voz "usufructo", en *EJB*, op. cit., pág. 587; PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho civil*, tomo III, vol. II, Barcelona, 1979, pág. 298; DORAL GARCÍA DE PAZOS, José Antonio, Comentario al art. 482 Cc, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, tomo VII, vol. I, Jaén 1980, pág. 204; CLEMENTE MEORO, M., en LÓPEZ LÓPEZ, Ángel M., y MONTÉS PENADÉS, Vicente L., *Derechos reales y Derecho inmobiliario registral*, Valencia, 1994, pág. 483. En Francia, POTHIER, Robert Joseph, *Le pandette di giustiniano*, vol. I, Venezia, 1833, introducción al Digesto lib. VII, tit. V, nota 2, pág. 646; DURANTON, [Alexandre], *Cours de droit français, suivant le Code civil*, quatrième edition, tome deuxième, Bruxelles, 1841, pág. 385, n. 1275 (464), nota 1, HUMBERT, *Essai sur la fongibilité...*, op. cit., pág. 66; MARTY, Gabriel y RAYNAUD, Pierre, *Droit civil (les biens)*, Paris, 1995, pág. 140; los romanistas GIRARD, Manuel *élémentaire...*, op. cit., pág. 361; MASSON, Pierre, "Essai sur la conception de l'usufruit en Droit romain", *Revue Historique de Droit français et étranger (RH)*, 1934, pág. 43. En Italia, entre la doctrina del Codice de 1865, VENEZIAN, Giacomo, *Usufructo, uso y habitación*, anotado con arreglo a las legislaciones españolas y americanas por José Castán Tobeñas, tomo I, Madrid, 1928, pág. 5, n. 4, nota 1; RUGGIERO, *Istituzioni di Diritto civile*, IV edizione, vol. I, Messina-Roma, 1926, pág. 614; MESSINA VITRANO, Felippo, *Il legato d'usufrutto nel diritto romano*, parte prima, edizione anastatica, Roma, 1972, pág. 69; entre la doctrina del Codice de 1942, BUTERA, Antonio, *Il Codice civile italiano commentato secondo l'ordine degli articoli (R.D. 30 gennaio 1941, n. 15)*, parte prima, Torino, 1941, comentario al art. 185 del proyecto, pág. 437; PUGLIESE, Giovanni, voz "Usufrutto (Diritto romano)", en *Novissimo Digesto Italiano (Novis. Dig. It.)*, 3ª ed., 1957 (reistampata, 1982), pág. 320, n. 3; el romanista PEROZZI, Silvio, *Istituzioni di Diritto romano*, vol. I, Firenze, 1906, pág. 502.

Para una mayor concreción del tema y las tendencias doctrinales pueden ser de gran utilidad, entre otras, las obras de HELD, BÜRKEL o FRANK, anteriormente citadas.

todo un patrimonio. Sin embargo, su promulgación no fue por generación espontánea sino que se debió a unas circunstancias peculiares que trataremos de exponer.

2.2. Las razones de la aparición del *quasi usufructus*

La aparición del Senadoconsulto en Roma no fue fruto de la casualidad. En las Inst, lib. II, tit. IV (De usufructu), § 2, se advierte que nació por una "utilitatis causa". Fueron decisivas una serie de circunstancias y necesidades prácticas, además de las exigencias sociales que era preciso satisfacer⁴⁹. De este modo se solucionaron cuestiones que no podían resolverse con un usufructo común⁵⁰.

El usufructo nació en Roma a finales del siglo III a.C. e inicios del siglo II a.C. para asegurar a la viuda a la muerte del *pater familias* un determinado tenor de vida (especialmente en el matrimonio *sine manu*), sin quebrantar con ello la unidad del patrimonio. Mediante esta institución jurídica se le transmitía la utilidad de todos los bienes de un patrimonio o una parte del mismo, pero sólo a título de goce y con carácter vitalicio. Si en la época de la República era costumbre legar el usufructo de un patrimonio o parte del mismo a una persona, esta costumbre se hizo más frecuente al principio del Imperio⁵¹.

⁴⁹ Véanse entre otros, MAYNZ, Carlos, *Curso de Derecho romano*, traducido al español por Antonio José Pou y Ordinas, segunda edición, tomo I, Barcelona, 1892, pág 873; ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *Istituzioni di Diritto romano*, VII edizione, Napoli, 1943, pág. 240; BONFANTE, Pietro, *Corso di Diritto romano*, vol. terzo, Milano, 1972, pág. 109; VOLTERRA, Eduardo, *Instituciones de Derecho privado romano*, traducción, prólogo y notas a la edición española de Jesús Daza Martínez, Madrid, 1986, pág. 429; D'ORS, *Derecho privado romano*, sexta edición, Pamplona, 1986, pág. 258.

⁵⁰ BÜRKEL, *Beiträge zur Lehre...*, op. cit., § 5, págs. 40 ss.

⁵¹ Véase entre nosotros, CUADRADO IGLESIAS, Manuel, "Configuración jurídica del llamado "pseudo-usufructo testamentario"", RDP, 1971, págs. 1063 y 1064.



Lo cierto es que en un patrimonio era frecuente que se hallaran bienes consumibles, y este tipo de cosas quedaban excluidas del usufructo por no encajar en la definición "usufructus est alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia", considerándose que con el goce de tales bienes se incurría, como veremos, en un *abusus*. Las cosas consumibles no se cedían en usufructo, sino que eran del heredero nudo propietario⁵².

Sin embargo, con la Lex Julia y Papia Poppae se restringieron las liberalidades por causa de muerte de los esposos, pues sólo autorizaba al conyuge sin hijos a dejar al supérstite una tercera parte del patrimonio. Quizás a partir de esta ley empezó a generarse la necesidad de un reconocimiento legal de la posibilidad de usufructuar cosas consumibles, ya que si era común que en un patrimonio existieran cosas consumibles y éstas quedaban excluidas del usufructo, la Lex Julia y Papia Poppae suponía restringir aún más lo poco permitido (el usufructo sólo de cosas no consumibles).

Además, también fue necesaria la promulgación del Senadoconsulto porque excluyendo las cosas consumibles del usufructo, no se respetaban las últimas voluntades del testador, pues indirectamente se imposibilitaba la admisión de las cláusulas en que se dejaba toda la herencia o parte de ella en usufructo. Con ello, lo que ocurría es que se acababa interpretando arbitrariamente la voluntad del testador⁵³. La razón del Senadoconsulto también está, pues,

⁵² Se suele citar el Top. 3,17 de Ciceron como argumento para demostrar que no se permitía el usufructo de cosas consumibles, aunque, como vimos, PUCHTA, por ejemplo, lo usa como argumento para demostrar que ya con Ciceron existía el *quasi usufructus*.

LAHOVARI, *De usufructu...*, op. cit., §§ 2, 3, 4, págs. 9 ss., demuestra que el "usufructus omnium bonorum" es muy antiguo, destacando como primer ejemplo de ello el testamento de Fulcinus Caesenniae.

⁵³ DE BUEN, voz "usufructo", en *EJB*, op. cit., pág. 587. En Francia, MASSON, "Essai sur la conception...", loc. cit., pág. 43, quien considera que el Senadoconsulto a parte de satisfacer la exigencias del testador, surgió "surtout pour réaliser pleinement le but alimentaire, base de l'usufruit"; COLIN, Ambrosio, y CAPITAN, H., *Curso elemental de Derecho civil*, traducción de la segunda edición francesa por la redacción de la Revista General de Legislación y

en la necesidad de interpretar y aplicar las disposiciones testamentarias en que se constituía un usufructo a favor de terceros sin especificar en qué cosas recaía. Ante este problema el Derecho romano tenía dos opciones, o dejar sin cumplir la voluntad del testador, o someter estas cosas a un régimen especial de usufructo.

A todo esto, no hay que olvidar que estos problemas eran coetáneos a un cambio económico de la sociedad romana en el que se daba un incremento, cada vez mayor, de la riqueza mobiliaria generada por el tránsito de una economía agraria a una economía urbana⁵⁴. Como pone de manifiesto GALVANUS, "[v]erum extincta republica, ut coepit populi romani majestas dominui, ita etiam violari coepit sanctitas jurisprudentiae, constitutis Imperatoribus, quorum placita pro legibus erant l. 1 D. de const. princ."⁵⁵.

Es en este contexto en el que surge el "quasi usufructus"; su función fue resolver los perjuicios que ocasionaba la exclusión de las cosas consumibles del patrimonio cedido en usufructo, por lo tanto, todo se debe a una razón de utilidad.

Hemos de destacar la circunstancia de que el *casi usufructo*, generalmente, surge embebido en el usufructo de un patrimonio o de una herencia⁵⁶. Y era precisamente cuando el usufructo recaía sobre una universalidad, cuando

Jurisprudencia con notas sobre el Derecho civil español por Demófilo de Buen, cuarta edición revisada y puesta al día en la parte española por Pascual Marin Pérez y Justo José Gómez Ysabel, tomo II, vol. II, Madrid, 1961, pág. 331. En Italia, VENEZIAN, *Usufructo, uso...*, op. cit., I, pág. 6, n. 4; DE DOMINICIS, Antonio, voz "usufrutto (Diritto romano)", en *Nuovo Digesto Italiano (Nuov. Dig. It.)*, 1940-XVIII, pág. 776, n. 3.

⁵⁴ VENEZIAN, *Usufructo, uso...*, op. cit., I, pág. 6, n. 4; entre nosotros, ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio, *Curso de Derechos reales, los derechos reales limitados*, Madrid, 1987, pág. 21.

⁵⁵ GALVANUS, *De usufructu...*, op. cit., cap. III (De divisione ususfructus in verum, & quasi usumfructum), II, pág. 15.

⁵⁶ La conexión entre el usufructo de un patrimonio o herencia y el "quasi usufructus" la ponen de manifiesto, entre otros, PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho...*, op. cit., tomo III, vol. I, pág. 324; PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, op. cit., tomo III, vol. II, pág. 298; MARIN PÉREZ, *Derecho civil*, op. cit., vol. III, pág. 137; CLEMENTE MEORO, en LÓPEZ LÓPEZ, y MONTÉS PENADÉS, *Derechos reales...*, op. cit., pág. 483.

la lógica abstracta del esquema del usufructo chocaba con la realidad, puesto que el usufructo sobre cosas consumibles era inconcebible al no aceptarse el disfrute de bienes consumibles por un no propietario, mientras que en los patrimonios de los particulares cada vez existían más cosas consumibles. Si se admitió el usufructo de cosas consumibles, no fue, pues, porque se reconociera la posibilidad de legar en usufructo sólo cosas consumibles (era imposible porque su goce suponía quebrantar el principio *salva rerum substantia*), sino porque cada vez era más frecuente que éste tipo de cosas formaran parte de un patrimonio, generándose, a partir de ello, los problemas que anteriormente mencionábamos.

Quizás es por este origen histórico por lo que el actual art. 482 Cc empieza con una frase condicional y el verbo "comprendiera": "[s]i el usufructo comprendiera cosas que no se puedan usar sin consumirlas". De la lectura del artículo pudiera deducirse que el precepto sólo se aplica en los casos en que las cosas consumibles forman parte de un patrimonio. Pero como veremos en el siguiente capítulo, las cosas consumibles no necesariamente han de formar parte de un patrimonio u otra universalidad para poder constituir sobre ellas un usufructo, sino que es posible que se constituya un usufructo sólo sobre cosas consumibles.

2.3. El olvido en la época intermedia y el renacimiento legislativo del usufructo de cosas consumibles en la codificación

La reconstrucción histórica de la figura se ve obstaculizada por la falta de datos y de referencias legales, a lo que se une la apatía de la doctrina de las diferentes épocas, que se ha limitado a reiterar de forma estéril las formulaciones del Derecho romano. Esto provoca la imposibilidad de encontrar un *iter* en el desarrollo de la figura, más bien caracterizada por el inmovilismo.

Consecuencia de ello es que los únicos hitos que destacan y merecen atención particular son, además de la aparición en el Derecho romano, su recepción por parte de la Codificación. Con ello justificamos que esta evolución histórica prescindiera del análisis exhaustivo de la figura en cada una de las épocas, de escaso interés, mientras que un breve análisis del conjunto logra evitar la inútil reiteración. Hemos preferido recurrir a la interpretación histórica a medida que se analizan los diversos aspectos de la institución, para desentrañar las claves del presente.

El *casi usufructo* romano se convirtió en referencia ineludible para los autores posteriores que lo trataron. Así pues, la construcción romana del *casi usufructo* se conservó en el Derecho intermedio⁵⁷, sin que se generaran discusiones fecundas en torno al mismo. Desde las construcciones medievales hasta la Pandectística⁵⁸, las distintas corrientes adoptan, por lo general y como veremos a lo largo de este trabajo, el *casi usufructo* romano.

El usufructo de cosas consumibles ha pasado con discreción a lo largo de la historia jurídica. Desde los glosadores a nuestros días, quizás podríamos destacar dos aspectos, en cierto modo "relevantes", en cuanto que reflejan una cierta evolución en una institución que ha experimentado pocos cambios.

Uno de los aspectos que desde un prisma histórico puede destacarse en el usufructo de cosas consumibles es el hecho de acercarse y englobarse progresivamente en el esquema general del usufructo. Si en Derecho romano, como vimos, se partía de una clara distinción entre el usufructo común y el usufructo de cosas consumibles por la imposibilidad de compatibilizar sus regímenes jurídicos (de ahí que se adoptara el nombre de *quasi usufructus*), el

⁵⁷ Así lo pone de manifiesto PALERMO, Antonio, *Usufrutto, uso-abitazione*, Torino, 1966, pág. 154.

⁵⁸ Los pandectistas, quienes concentran el Derecho romano en un pequeño número de principios fundamentales expuestos de forma sistemática, veremos a lo largo de éste trabajo que sus obras son un fiel reflejo a las directrices romanas de "quasi usufructo", sin aportar, sin embargo, aspectos nuevos a la institución.

transcurso del tiempo acerca el usufructo especial (el de cosas consumibles) al general (el usufructo común), hasta el extremo de que en la actualidad el art. 482 Cc está inmerso en la institución general del usufructo, a título, según expresión doctrinal, de usufructo especial.

Esta tendencia a la unificación empieza tímidamente a evidenciarse con los comentaristas, pues los glosadores, por su gran afán literalista, están muy lejos de la libertad de interpretación de las posteriores corrientes doctrinales⁵⁹.

Así, huyendo ya de esa sistemática tradicional, entre los comentaristas destaca BALDO, quien afirma que "vocabulo usufructus, includuntur omnia, sive in eo cadat verus usufructus, sive quasi usufructu impropria"⁶⁰. Además, se irá abandonando poco a poco la terminología *quasi usufructus* y se sustituirá por la de *usufructus improprie*. Esta unificación será fruto de un lento proceso que culminará con la Codificación. En todo caso, tendremos oportunidad de analizar las discrepancias que en torno a este tema se generan por parte de la doctrina, pues se trata de una de las cuestiones más controvertidas.

El otro aspecto significativo de la institución ha sido la constante asimilación o comparación con el mutuo. Sin embargo, dada su peculiaridad, será objeto de estudio más pormenorizado posteriormente. No obstante, podemos adelantar, que la similitud de los regímenes jurídicos de ambas instituciones se despertó ya en el postglosador ODOFREDUS y persistió hasta la Codificación, donde alcanzó su punto álgido⁶¹.

⁵⁹ Veremos en posteriores capítulos la obra del denominado, por parte de los escritores del siglo XII y XIII, "idolo de los juristas": ACCURSIUS, con quien terminó la pléyade de los glosadores.

⁶⁰ BALDUS UBALDUS, *In primam Digesti veteris partem commentaria*, Venetiis, 1586, C., lib. III, tit. XXXIII (De usufructu), l. I (Si usufructus omnium), fol. 220.

⁶¹ ODOFREDUS, *Lectura super Digesto Veteri*, Lugduni, 1550, Liber VII, tit. De usufructu earum rerum quae usu consumuntur, l. Si tibi vini, fol. 256r, al hablar de la restitución del *tantundem* o estimación añade "idem in mutuo".

La discreción, incluso pasividad, que caracteriza la historia del usufructo de cosas consumibles, llega al extremo de que diversos cuerpos legales se olviden de él. Sin embargo, este olvido no es tanto fruto de la poca relevancia de la institución, como del problema que suponía encajarlo en el esquema general del usufructo. Pensemos que su nacimiento fue coyuntural, fruto de una necesidad práctica de la época y se aceptó forzando la concepción que se tenía del usufructo, creando lo que fue considerado una intromisión contraria a la razón jurídica, lo cual era lógico al no ir acompañada su admisión por un esfuerzo a nivel teórico para ampliar los límites en que se mueve el derecho de goce que constituye la esencia del usufructo.

Una de las legislaciones que se olvidó del usufructo de cosas consumibles fue la nuestra. El actual art. 482 Cc destaca por la ausencia de precedentes legales⁶². Los textos del Derecho castellano histórico (las Leyes de Toro, el Fuero Real, el Fuero Juzgo, la Novísima Recopilación, etc.), no reflejan este usufructo. Mención especial merecen Las Partidas que tampoco recogieron el usufructo de cosas consumibles⁶³. La ausencia de este usufructo en la leyes alfonsinas sorprende si pensamos que esta legislación es un fiel reflejo del Derecho romano. Como pone de manifiesto MUCIUS SCAEVOLA, si en el Derecho romano estaba previsto el usufructo de cosas consumibles "intencionalmente debieron los colaboradores del Rey Sabio separarse de tan expresivos

⁶² Sirva para todos, MARTÍNEZ ZURITA, Luis F., *Del usufructo, del uso y de la habitación (texto, jurisprudencia, comentarios)*, Barcelona, 1962, comentario al art. 482 Cc.

⁶³ *Las siete Partidas*, glosadas por el Licenciado Gregorio López, Salamanca, 1555, reimpresión 1978, Partida 3^a, título XXXI, ley 20, fol. 179.

La no regulación en las Partidas del usufructo de cosas consumibles se pone de manifiesto, a título de ejemplo, por ROMERO GINZO, Joaquín, *Sala Novísimo ó Nueva ilustración del Derecho real de España*, tomo primero, Madrid, 1841, pág. 243; ABELLA, Joaquín, *Novísimo Código civil español precedido de una introducción histórico-crítica comentado y concordado con la antigua legislación y las leyes vigentes*, Madrid, 1888, pág. 172, notas al art. 467 Cc.

precedentes"⁶⁴. Así pues, el hecho de que no se recogiera en Las Partidas habría que interpretarlo como un rechazo al mismo, siendo discutible que pudiera caber implícitamente en el concepto de usufructo.

El no reconocimiento del usufructo de cosas consumibles en Las Partidas generó un precedente para el nacimiento de un sector doctrinal (por lo general, previo a la Codificación) reacio a su admisión⁶⁵. Incluso en el proyecto privado de GOROSABEL se reflejó este espíritu en su art. 234: "[e]l usufructo se constituye sobre cualquiera cosa que pueda ser renta, fruto ú otra utilidad, con tal que no sea de las fungibles". Sin embargo, como iremos viendo, no toda la doctrina del siglo XIX era contraria a la admisión del usufructo de cosas consumibles.

Ante semejante panorama de disparidad de opiniones en torno a la admisión o no del disfrute de cosas consumibles, se llega a la Codificación donde, en cierto modo, se salva del olvido al usufructo de cosas consumibles.

Gracias a que DOMAT⁶⁶ y POTHIER⁶⁷ recogieran en sus obras el *casi usufructo* romano, se reflejó esta institución

⁶⁴ MUCIUS SCAEVOLA, Comentario al art. 482 Cc, en *Código civil...*, op. cit., tomo IX, pág. 322.

⁶⁵ Entre los autores que no lo admiten destacan: FERNÁNDEZ DE LA HOZ, José M^a, *Código civil redactado con arreglo a la legislación vigente*, Madrid, 1843, art. 300, pág. 83; GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro y MONTALBÁN, Juan Manuel, *Elementos del Derecho civil y penal de España*, undécima edición, tomo primero, Madrid, 1874, pág. 750, nota 2; BRAVO, Emilio, *Compilación del Derecho civil vigente en España*, tomo primero, Madrid, 1885, pág. 213, art. 576.

No faltan autores que a pesar de no manifestar explícitamente la no admisión del usufructo de cosas consumibles, no hacen mención alguna al mismo: JORDÁN DE ASSO y DEL RÍO, Ignacio, y DE MANUEL y RODRÍGUEZ, Miguel, *Instituciones del Derecho civil de Castilla*, sexta edición, Madrid, 1805, págs. 141 ss.; SALA, Juan, *Ilustración del derecho real de España*, tomo I, Madrid, 1839, págs. 134 ss; ÁLVAREZ MARTÍNEZ, Cirilio, *Instituciones de Derecho civil*, Valladolid, 1840, págs. 103 ss.; HERRERO, Sabino, *El Código civil español*, Valladolid, 1872, pág. 334 ss; FERNÁNDEZ ELÍAS, Clemente, *Novísimo tratado histórico filosófico del Derecho civil español*, Madrid, 1873, pág. 83 ss; MAREÁ DE QUINTANA, Juan de, *Manual del jurisconsulto. Principios fundamentales del Derecho y sus axiomas, aplicados á los diversos códigos, vigentes de procedimientos*, Barcelona, 1875, págs. 481 ss.

⁶⁶ DOMAT, Jean, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, en *Oeuvres de J. Domat*, première édition in-octavo, revue, corrigée...par

en el art. 587 del Code, puesto que estos autores son la fuente a la que acudieron los redactores del mismo⁶⁸. Y siendo a la vez este cuerpo fuente de inspiración de otras legislaciones, el usufructo de cosas consumibles se conserva en la gran mayoría de legislaciones, entre ellas la nuestra.

El Proyecto de Código civil de 1836, fue el primero que reguló el usufructo de cosas consumibles. Tras manifestar en el art. 818 que "[e]n las cosas que se consumen con el uso, sólo hay usufructo impropio o cuasi-usufructo", en el art. 824 regula su contenido y expresa que "[e]n cuanto a las cosas de que no pueda hacerse uso sin consumirlas, el usufructuario tiene el derecho de disfrutarlas, pero con la obligación de devolver al otro igual cantidad, calidad y valor, o su estimación al fin del usufructo". Éste último precepto es un puro reflejo del art. 587 de Code en su versión anterior a la reforma de

Carré, tome second, Paris, 1822, livre I, titre XI, section III, n. 7, pags. 362 y 363.

⁶⁷ POTHIER, "Traité du douaire et des Donations", en *Ouvres complètes de Pothier*, tome neuvième, Paris, 1844, pág. 427, parte II, chapitre V, article II, n. 212. Sin embargo, este jurista no realiza un estudio particular del *quasi usufructus*, sino que lo describe al analizar "le droit du donataire mutuel".

⁶⁸ Los trabajos preparatorios del Code demuestran que el art. 587 del Code apenas fue discutido, tan solo hubo dos observaciones, una por parte de PERRAE en su comunicación oficial al Tribunal en la sesión de 25 de enero de 1804, en la cual señala lacónicamente la diferencia entre las cosas consumibles y deteriorables; y otra observación por parte de GARY en la discusión ante el cuerpo legislativo pronunciada en la sesión de 30 de Enero de 1804, quien tras precisar la distinción entre las cosas consumibles y deteriorables afirmó que las cosas consumibles "n'est pas proprement un usufruit; car la jouissance de ces choses emporte leur ruine: mais les lois, toujours jalouses de maintenir les actes de bienfaisance entre les hommes, et de protéger et d'encourager l'exercice d'une vertu si utile au bonheur de la société, ont cherché à assurer l'effet de pareilles dispositions; elles les ont regardées comme un quasi-usufruit" (LOCRE, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France, commentaire et complément des codes français*, Tome VIII, Paris, 1827, págs. 272 y 291 respectivamente; FENET, Pierre Antoine, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome onzième, Osnabrück, 1968 (réimpression de l'édition 1827), págs. 220 y 235 respectivamente).

1960. Es evidente que el legislador copió el precepto del Derecho francés⁶⁹.

El Proyecto de Código civil 1851 se aleja de la redacción del anterior proyecto. Sin embargo, destaca por su mayor generalidad y a la vez ambigüedad. El art. 444, haciendo uso de la remisión, afirma que "[e]l usufructuario de bienes fungibles puede usar libremente de ellos y consumirlos con la obligación determinada en el número 2 del artículo 449"; y en éste se manifiesta que "[r]especto de los bienes fungibles, la fianza será únicamente de restituir otro tanto de la misma especie y calidad". Los comentarios de GARCÍA GOYENA no son muy esclarecedores al respecto. Además de no señalar la concordancia con otros artículos de otros códigos, la preocupación del jurista se centró en la falta de regulación en el Proyecto del usufructo de cosas deteriorables⁷⁰. Es CÁRDENAS el que aporta alguna pista, pues afirma que los autores determinaron los derechos y obligaciones del usufructo de cosas consumibles fundándose en las Pandectas⁷¹. En todo

⁶⁹ La antigua redacción del art. 587 del Code manifestaba que "[s]i l'usufruit comprend des choses dont on ne peut faire usage sans les consommer, comme l'argent, les grains, les liqueurs, l'usufruitier a le droit de s'en servir, mais à charge d'en rendre pareille quantité, qualité et valeur, ou leur estimation, à le fin de l'usufruit". La confusión de la redacción propició, como veremos una reforma legislativa en 1960.

Como pone de manifiesto LAURENT, [François], *Principes de Droit civil*, tome sixième, Bruxelles-Paris, 1871, n. 408, pág. 516, "[l]'article 587 n'est pas une innovation, c'est une disposition traditionnelle; elle est écrite dans le Digeste; Domat l'a reproduite, en termes un peu obscurs, il est vrai, et les auteurs du code civil l'ont consacrée".

⁷⁰ GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, reimpresión de la edición de Madrid, 1852, al cuidado de la Cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, con una tabla de concordancias con el Código civil vigente, Zaragoza, 1974, págs. 232 y 236. El autor hace un mayor hincapié en el usufructo de cosas consumibles al comentar el art. 435 del Proyecto, en el que se define el usufructo y se hace una salvedad al principio *salva rerum substantia*.

⁷¹ CÁRDENAS, Francisco de, *De los vicios y defectos más notables de la legislación civil de España y de las reformas que para subsanarlas se proponen en el Proyecto de Código civil*, Madrid, 1852, pág. 42, tras afirmar el apoyo en las Pandectas se pregunta: "¿pero acudirán á este Código los tribunales para fallar los pleitos que ocurran sobre quasi-usufructos? ¿juzgarán por meras opiniones de autores

caso, el Proyecto regula el usufructo de cosas consumibles y es el antecedente prelegislativo que suele señalarse al actual art. 482 Cc⁷².

Finalmente, en el Anteproyecto de Código civil de 1882, el art. 486 recoge casi literalmente el actual art. 482 Cc al afirmar que "[s]i el usufructo comprendiera cosas de las que no se puede usar sin consumirlas, el usufructuario tendrá derecho a servirse de ellas con la obligación de pagar *su valor* al terminar el usufructo, si se hubiesen dado estimadas. Cuando no se hubiesen estimado, tendrá el derecho de restituir las en igual cantidad y calidad, o pagar el precio corriente al tiempo de cesar el usufructo"⁷³.

La redacción del art. 486 del Anteproyecto, es distinta a la del Code y a la de los proyectos anteriores. El legislador quizás se percató de los problemas que originó en Francia la ambigua redacción del antiguo art. 587 en cuanto a la restitución, pues no resultaba claro en el precepto cuando debían estimarse los bienes, y se dejó influir por los trabajos más modernos⁷⁴.

notoriamente arbitrarios, puesto que no se fundan en ninguna ley ni le sirven siquiera de interpretación? Motivos hay para dudar, pero no hallamos inconveniente en que la ley reconozca el usufructo constituido sobre cosas fungibles, con obligación en el usufructuario de devolver á su debido tiempo otras de igual cantidad, especie y naturaleza en la forma en que lo propone el proyecto de Código (art. 444)".

⁷² ABELLA, *Novísimo Código civil...*, op. cit., pág. 175, en sus notas al art. 482 Cc: "[e]ste artículo copia en su esencia el 444 del Proyecto de 1851"; MUCIUS SCAEVOLA, *Comentario al art. 482 Cc, en Código civil...*, op. cit., tomo IX, pág. 320, considera que el art. 482 es análogo a los artículos 444 y 449 del Proyecto de Código de 1851; en el mismo sentido MARTÍNEZ ZURITA, *Del usufructo, del uso...*, op. cit., comentario al art. 482 Cc.

⁷³ Las palabras señaladas en cursiva son distintas en el actual art. 482 Cc.

⁷⁴ Así, por ejemplo, el art. 623 del Avant-projet de révision du Code civil par François LAURENT, tome troisième, Bruxelles, 1883, corrigió la ambigüedad del Code francés al afirmar que "[s]i l'usufruit comprend des choses dont on ne peut user sans les consommer, comme l'argent, les grains, les liqueurs, l'usufruit a le droit de s'en servir, à la charge d'en rendre l'estimation faite au commencement de l'usufruit. A défaut d'estimation, il aura le choix de restituer des choses de pareille quantité et qualité, ou d'en payer la valeur au temps de l'extinction de l'usufruit".

Para conocer los cuerpos legales que nuestro legislador tomó como referencia para el Anteproyecto, es de gran utilidad el acta 32 de las Actas de la sección civil de la Comisión General de Códigos correspondiente a la sesión del viernes 27 de enero de 1882, donde se expresa lo siguiente: "Art.... "Cuando el usufructo recayera sobre cosas fungibles, el usufructuario podrá consumirlas sustituyendo su valor acabado el usufructo si hubiesen sido estimadas; no habiéndolo sido, podrá hacer la restitución entregando otras del mismo genero, calidad y cantidad, o su importe en metálico, o su valor equivalente al tiempo de la entrega". Leído este artículo, observó el señor García Goyena [Eduardo] que el artículo es una ampliación del 444 del Proyecto, que le parecía muy oportuna porque la distinción que para este caso hacía el Código portugués es muy fundada. El artículo quedó aprobado"⁷⁵.

Así pues, queda patente que el actual art. 482 Cc (y su precedente, el art. 486 del Anteproyecto de 1882) tiene su origen en el art. 2209 del Código civil portugués de 1867⁷⁶.

Por lo tanto, tras este breve excursus por la historia de la institución podemos concluir que el usufructo de cosas consumibles nació en Roma, persiste inmutado y cuestionado durante el Derecho intermedio, aunque con episodios de olvido como el muy significativo de Las Partidas, y resurgió legislativamente en la Codificación. Nuestro Derecho al regularlo tomó, primeramente, como imagen al Code, y posterior y definitivamente al Código

⁷⁵ Puede consultarse en el Archivo de la Comisión General de Codificación, Ministerio de Justicia, legajo 18.

⁷⁶ Efectivamente el art. 2209 del Código civil portugués de 1867 recoge la distinción de la que se habla en el acta (que se hayan estimado o no los bienes): "[e]o usufruto abranger cousas fungíveis, pode o usufrutuário consumí-las, mas é obrigado a restituir o seu valor, findo o usufruto, se as ditas cousas tiverem sido estimadas ; se o não foram, poderá fazer a restituição pela entrega doutras do mesmo género, qualidade ou quantidade, ou do valor destas na conjuntura em que findar o usufruto".

civil Portugués, antecedente inmediato del actual art. 482 Cc⁷⁷.

3. Del *quasi usufructus* romano al actual usufructo de cosas consumibles

3.1. Extensión y contenido del usufructo de cosas consumibles

La evolución del usufructo de cosas consumibles también se manifiesta en el análisis de su extensión y contenido. Un estudio comparativo de la caracterización de la figura en su origen y en su regulación actual, además de mostrar esa evolución, nos servirá de introducción y planteamiento general de los problemas a abordar.

El usufructo de cosas consumibles regulado hoy en día en el art. 482 Cc y el *casi usufructo* surgido en Roma, se alejan, en cierto modo, en cuanto a su contenido.

En el Derecho romano, al no ser posible un goce continuado de las cosas consumibles se construyó el *quasi usufructus*, según el cual se transmitía la propiedad de dichas cosas al usufructuario y éste prestaba caución de restituir cosas del mismo género y calidad. Sin embargo, en cuanto a la restitución y por razones de comodidad, se añadió una distinción práctica, pues se consideró que en el

⁷⁷ Los autores que han intentado mostrar el *iter* del usufructo de cosas consumibles, lo explican de la siguiente manera: GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Códigos ó estudios fundamentales...*, op. cit., tomo II, pág. 619: "[l]as legislaciones lo han copiado [refiriéndose al *quasi usufructus romano*] y la práctica se ha puesto a su servicio para realizar la ejecución de este pensamiento"; NAVARRO AMANDI, Mario, *Código civil de España*, Madrid, 1880, comentario al art. 745, pág. 352: "fué admitido en Derecho Romano primeramente, copiado luégo por nuestros legisladores y sancionado últimamente por la práctica, el *cuasi-usufructo* en las cosas muebles y fungibles".

caso de haber sido estimadas las cosas dadas en usufructo, era posible restituir esta estima en vez del *tantundem*⁷⁸.

Las cosas consumibles en Derecho romano tenían una gran amplitud⁷⁹, hasta el extremo que en el Derecho Justiniano se extendió a los vestidos. En las Inst. II, tit. IV (De usufructu), § 2 (Constituitur) se afirma que entre las cosas que se consumen por el uso están "*vinium, oleum, frumentum, vestimenta: quibus proxima est pecunia numerata*". Observamos, pues, que entre las cosas que se consumen por el uso se englobaban un conjunto de cosas que actualmente se consideran bajo otra categoría de bienes, por ejemplo, las deteriorables (los vestidos) o fungibles (el dinero)⁸⁰. A pesar de esta aglomeración de cosas bajo la rúbrica común de las que se consumen por el uso, en el Derecho romano ya se era consciente de la peculiaridad del dinero frente a las demás cosas que se consumen por el uso pues las mismas Instituciones consideran que se trata de

⁷⁸ Así se pone de manifiesto por GAYO en Comentarios al Edicto provincial, libro VII, Digesto VII, tit. V (De usufructu earum rerum), l. 7 "*Si vini, olei, frumenti ususfructus legatus erit, proprietas ad legatarium transferri debet, et ab eo cautio desideranda est, ut, quandoque is mortuus aut capite deminutus sit, eiusdem qualitatis res restituatur, aut aestimatis rebus certae pecuniae nomine cavendum est; quod et commodius est. Idem scilicet de ceteris quoque rebus, quae usu continentur, intelligemus*".

⁷⁹ Debemos adelantar que el Derecho romano no conoce la categoría de las cosas consumibles y no consumibles como la conocemos hoy en día, sino que suele presentarlas como aquellas cosas que se consumen por el uso que se hace de las mismas.

⁸⁰ Sin embargo, en cuanto a la incorporación de los vestidos entre las cosas consumibles, IHERING, *Cuestiones jurídicas*, traducción de Adolfo Posada, Madrid, s.f., pág. 164, tiene una tesis particular: "*¿Cómo han llegado los redactores de la Instituta á comprender en su enumeración la vestimenta? Me lo explico admitiendo que en la fuente que se han inspirado había originariamente: vinum, oleum, frumentum, ESCULENTA*. Esta última palabra, mal leída por un copista, debió transformarse en *vestimenta*; y los autores de la *Instituta*, sin fijarse, la habrán aceptado tal como la encontraron, y según resulta indudable del texto de Teófilo. Por el contrario, los redactores de las *Basílicas* (XVI, 5) han sido bastante cuidadosos para poner a un lado el ejemplo de los vestidos. Por *esculenta* deben entenderse todas las provisiones comestibles, no sólo el alimento del día. Lo deduzco por un argumento que me inspira la L. 18 de off. praes. (1-18), y me fundo en el testimonio de Scaévola, reproducido por Gayo, IV, I, 17".

una categoría de cosas que se "aproxima" a las consumibles propiamente dichas sin llegar a la asimilación⁸¹.

No obstante, si algo destaca en el *quasi usufructus* romano es la caución -denominada *cautio quasi-usufructuaria* o *Senatusconsulti* y distinta a la *cautio fructuaria*, típica del usufructo común- que en posteriores capítulos también será objeto de un análisis más pormenorizado. Pero podemos adelantar que se trataba de un elemento esencial en la estructura del *casi usufructo*, puesto que justificaba la transmisión de la propiedad y garantizaba la restitución del equivalente. Además, no se permitía dispensar de la obligación de dar caución ni siquiera por disposición expresa.

En el usufructo común el usufructuario, mediante la *cautio fructuaria*, asumía la obligación de restituir *id quod inde extabit*, y en caso de no prestarse la citada caución, el propietario tenía derecho a no entregar la cosa

⁸¹ Al dinero, pues, se le aplicaba el régimen del *quasi usufructus*, así, en los *Fragmentos Vaticanos* "De usu fructu", 43. Paulus lib. I manualium (Estudio preliminar de Álvaro D'ORS, traducción de Amelia Castresana Herrero, Madrid, 1988), se afirma que "[p]ecuniae quoque usus fructus est et pecuniae dominium fructuarii, non heredis est". En cuanto a las Instituciones, a pesar de manifestarse respecto al dinero que se trata de cosas próximas a las otras consumibles, PAMPALONI, Muzio, "Sull'oggetto del quasi usufrutto", *BIDR*, XIX, 1907, pág. 95, n. 6, considera que dada la frecuencia con que la jurisprudencia clásica tomaba en consideración el *usufructus pecuniae*, "[l]a disposizione del noto Senatoconsulto era diretta ad un caso speciale di usufrutto su cose consumabili costituito per legato, quello del denaro: il caso probabilmente di simile usufrutto più frequente nella pratica quotidiana", añadiendo que probablemente el Senadoconsulto tras el caso del dinero, propuso indistintamente que se aplicara a las cosas cuya destinación económica era destruirse: aceite, vino... No obstante, esta tesis fue criticada, entre otros, por GROSSO, Giuseppe, "Sul quasi usufrutto", *BIDR*, XLIII, 1935, págs. 239 y 240: "io crederei che la soluzione sia l'opposta di quella formulata dal Pampaloni. Permesso che il senatoconsulto suonava nel senso che fosse possibile legare l'usufrutto di tutte le cose quae in cuiusque patrimonio, o in binis, essent; permesso che dopo quella disposizione generale il senatoconsulto provvedeva anche all'attuazione di essa per quelle cose per cui fino allora l'usufrutto non era possibile, adattandovi all'uopo la *cautio fructuaria*, io penserei che appunto questa disposizione particolare si riferisse soltanto alla pecunia, che rappresentava l'esempio tipico". (En el mismo sentido se manifiesta este autor en *Usufrutto e figure affini nel Diritto romano*, seconda edizione ampliata, Torino, 1958, pág. 413).

o a repetirla mediante *rei vindicatio*⁸². En cambio, cuando las cosas eran consumibles se transmitía la propiedad al usufructuario, transmisión que, como veremos, debía justificarse de algún modo. Además, era necesario garantizar de alguna manera al heredero nudo propietario la restitución del bien -ya no podía ejercitar la *rei vindicatio* por no ser propietario-. Ésta justificación y garantía no era otra que la *cautio quasi usufructuaria*. De ahí su gran trascendencia⁸³.

Sin embargo, la *cautio quasi usufructuaria* fue perdiendo envergadura en el Derecho Justiniano hasta el extremo de equipararse a la caución del usufructo común -ya no se hablaba de dos cauciones sino de una-, convirtiéndose en una garantía accesoria⁸⁴. Esta pérdida de vigor de la caución en el Derecho Justiniano y su igualdad con la *cautio fructuaria* propició una mayor relevancia de la *condictio* en sede del *quasi usufructus*⁸⁵.

⁸² BONFANTE, *Instituciones de Derecho romano*, traducción de la octava edición italiana por Luis Bacci y Andrés Larrosa revisada por Fernando Campuzano Horma, Madrid, 1929, pág. 336, añade que "[e]n el Derecho justiniano se puede también accionar directamente para la caución (*condictio cautionis*)".

⁸³ Para un estudio más detallado de la caución, vease, entre otros, RUGGIERO, "Sulla "cautio usufructuaria"", en *Studi di Diritto romano, di Diritto moderno e di storia del Diritto*, pubblicati in onore di Vittorio Scialoja nel XXV anniversario del suo insegnamento, vol. I, Milano, 1905, págs. 73 ss, quien realiza un interesante estudio de la caución desde sus orígenes.

⁸⁴ GLÜCK, *Commentario alle Pandette...*, op. cit., § 645, págs. 384 y 385, manifiesta que "la maggioranza dei giureconsulti ritiene la cauzione soltanto un elemento naturale del quasi-usufructo, vale a dire, le leggi obbligano il quasi-usufruttuario a prestar la cauzione, senza bisogno di una speciale convenzione".

⁸⁵ Si en el usufructo común, en la época Justiniana, se podía accionar directamente mediante la *condictio cautionis*, al equipararse las dos cauciones -la del usufructo común y la del *quasi usufructus*- esta *condictio* también repercutía en el usufructo de cosas consumibles. Como pone de manifiesto VOLTERRA, *Instituciones...*, op. cit., pág. 330, "la restitución se aseguraba imponiendo al legatario (con los modos coercitivos dispuestos para la prestación de la "cautio usufructuaria", y, en el Derecho Justiniano, con la "condictio") la condición de obligarse con una "cautio".

La duda se planteaba para resolver el conflicto generado en torno a la restitución cuando el usufructuario no entregaba caución, dependiendo de que existiera el usufructo o éste ya se hubiera extinguido. GLÜCK, *Commentario alle Pandette...*, op. cit., § 645,

Si éste era a *grosso modo* el contenido del *casi usufructo* en Derecho romano, observamos que el actual art. 482 Cc se distancia en ciertos aspectos del origen de la institución. Se mantiene una coincidencia en lo sustancial, pues, al igual que en el Derecho romano, regula el derecho de disfrutar y gozar de las cosas consumibles con la obligación de restituir un equivalente. Pero la evolución de la figura es patente en otros aspectos.

En primer lugar, en cuanto al objeto, el art. 482 Cc destaca por su oscuridad y poca precisión, por lo que será necesario delimitarlo y poder concretar cuándo nos hallamos ante un usufructo de cosas consumibles; cuestión que abordaremos en el próximo capítulo.

En segundo lugar, en cuanto a la transmisión de la propiedad, el art. 482 Cc no dice nada al respecto. Es cierto que la doctrina, en general, es partidaria de la transmisión del dominio al usufructuario dada la especialidad del objeto, pero ello no concuerda con la solución del Código de admitir el disfrute de cosas consumibles en sede de usufructo, sin introducir ningún matiz a su naturaleza de *ius in re aliena*.

Respecto a la caución, actualmente, a semejanza del Derecho Justiniano, no es un requisito imprescindible para

págs. 383 y 384, afirma que en el caso de existir usufructo se podía pedir la caución y "[l]'azione accordata dalla legge a tale scopo è la *condictio incerti*"; en cambio, considera que si el usufructo de cosas consumibles ya se había extinguido, el heredero para pedir la restitución del equivalente, al no haber caución, "può benissimo valersi della *condictio certi*", añadiendo que "[e]rra il POTHIER quando dice che in questo caso ha luogo la *condictio sine causa*"; SANFILIPPO, "Note esegetiche...", *loc. cit.*, págs. 69 ss., expone la cuestión, describiendo dos soluciones o direcciones. Según la primera, la ausencia de caución, al ser un requisito esencial, producía la nulidad del *quasi usufructus*, por lo que la transmisión de la propiedad se consideraba indebida; sin embargo, esta posición era poco respetuosa con la voluntad del testador, lo que propició la aparición de una segunda dirección, según la cual hay transmisión de la propiedad, pero "[l]'equilibrio patrimoniale viene invece ristabilito mediante la concessione di una *condictio*, "finito usu fructu" tendente a recuperare ciò che il convenuto non ha titolo per retinere. Accordando quindi la *condictio* "finito usu fructu" all'herede, la giurisprudenza ha così sostanzialmente riconosciuto una nuova ipotesi di "obligatio re", riconducendo la fattispecie in esame al generale fondamento delle obbligazioni re extracontrattuali, e, in particolare, della *condictio indebiti*, cioè, come ho tentato di dimostrare altrevolte, alla mancanza di causa da parte del convenuto per ritenete legittimamente l'acquisto di una cosa proveniente da altri".

que surja el usufructo de cosas consumibles. Con el art. 482 Cc la obligación de restituir el equivalente se ha convertido en una obligación legal.

Además, observamos que actualmente el Código civil ya no usa la terminología romana (*quasi usufructus*) ni la del *ius commune* (usufructo impropio), sino que incorpora esta especialidad en la categoría general del usufructo.

Aunque en sustancia el art. 482 Cc sigue el *quasi usufructus* romano, entre ambos hay ciertas diferencias que el paso del tiempo ha ido configurando y que a lo largo de este trabajo iremos desarrollando. Baste, por ahora, esta reseña de las peculiaridades del contenido del usufructo de cosas consumibles, que además nos serán útiles en aras a una mayor comprensión de los posteriores epígrafes.

3.2. La constitución del usufructo de cosas consumibles

Las diferencias también existen en cuanto a la constitución entre el originario usufructo de cosas consumibles y el actual.

El art. 468 Cc afirma que el usufructo se constituye por la ley, por la voluntad de las partes manifestada *inter vivos* o *mortis causa* y por usucapión. Prescindiendo ahora de la falta de precisión y exactitud del precepto y de un estudio minucioso de cada uno de los modos establecidos por el artículo, se trata de ver si por lo general estos medios constitutivos también se dan en el usufructo de cosas consumibles, pues hay que recordar que las fuentes romanas sólo hablan del legado de usufructo.

Respecto a la constitución por ley, en la actualidad sólo queda un usufructo legal, el que corresponde al cónyuge viudo sobre los bienes del cónyuge premuerto (arts. 823 ss Cc). Puesto que se trata de un usufructo sobre una porción o cuota de la herencia del cónyuge premuerto y que, salvo en los supuestos de conmutación ex arts 839 y 840 Cc, se considera tradicionalmente que como derecho legitimario

ha de ser satisfecho con bienes hereditarios, es posible que entre estos bienes se hallen cosas consumibles por lo que resultará de aplicación el régimen jurídico establecido en el art. 482 Cc. Así pues, es posible que un usufructo de cosas consumibles surja por ley⁸⁶.

En cuanto a la constitución de un usufructo por voluntad de la partes, el Código afirma que ésta puede manifestarse *inter vivos* o *mortis causa*.

La constitución del usufructo a través de disposiciones de última voluntad es bastante frecuente⁸⁷. En un principio la forma prevalente de constitución era el legado, incluso es probable que el usufructo tuviera sus primeras manifestaciones a través del legado⁸⁸. Por ello las fuentes sólo hacen mención del legado ("*ut usufructus legari possit*"), lo que originó la creencia de que ésta era la única forma de constituirlo.

En este caso, parece evidente que quien sucede en el usufructo, tanto si es de un bien hereditario como si es de toda la herencia o de una cuota de ella, no puede ser

⁸⁶ La doctrina que estudia la constitución por ley de este usufructo es básicamente la alemana del siglo pasado, por lo que suelen aportar otros tipos de usufructos legales hoy en día no vigentes. Así, HELD, *Die Lehre vom ususfructus...*, *op. cit.*, pág. 61, § 13-III, tras describir los casos en que puede constituirse el usufructo por fuerza de la ley afirma que "[i]n allen diesen Fällen kann auch ein Quasi-Ususfructus entstehen, wenn die im Niebbrauch enthaltenen Sachen ihrer Natur nach zu den verbrauchbaren gehören"; LAHOVARI, *De usufructu...*, *op. cit.*, págs. 44 y 45, § 12-C; HANAUSEK, *Die Lehre vom uneigentlichen...*, *op. cit.*, pág. 22 ss., § 4-C; FRANK, *Ueber den uneigentlichen...*, *op. cit.*, pág. 27, § 5-3).

⁸⁷ En este sentido HELD, *Die lehre vom usufructus...*, *op. cit.*, pág. 54, § 13-I, afirma que "[a]m häufigsten entsteht sowohl der eigentliche Niebbrauch als der Quasi-ususfructus, wie überhaupt alle Personal-Servituten, durch letztwillige Verfügung"; LAHOVARI, *De usufructu...*, *op. cit.*, pág. 40, § 12: "[u]t omnino omnes servitutes personales ultima voluntate constituuntur, sic etiam proprius ususfructus, et maxime ususfructus SCo. introductus, cujus in legibus nullus praeter hunc solum constituendi modum reperitur".

⁸⁸ MARÍN PÉREZ, *Derecho civil*, *op. cit.*, pág. 135; ORTOLAN, *Explicación histórica de las instituciones del emperador justiniano*, traducción de la tercera edición por Francisco Pérez Anaya, tomo primero, Madrid, 1847, pág. 602; JÖRS, Paul, *Derecho privado romano*, edición totalmente refundida por Wolfgang KUNKEL, traducción de la segunda edición alemana por L. Prieto Castro, Barcelona, Madrid, Buenos Aires, Rio de Janeiro, México, Montevideo, 1965, pág. 207, § 83; PEROZZI, *Istituzioni...*, *op. cit.*, pág. 503, § 106.

considerado como un sucesor a título universal, pues en realidad sucede en un derecho o relación jurídica concreta con independencia de que abarque diversos bienes, y habrá de ser identificado con un legatario o sucesor a título particular⁸⁹.

La posibilidad de constituir un usufructo de cosas consumibles por acto *inter vivos* originó una cierta polémica doctrinal. Muchos autores, como tendremos oportunidad de constatar, consideraban que el usufructo de cosas consumibles sólo podía constituirse por actos *mortis causa*, pues de lo contrario nos hallabamos ante un mutuo⁹⁰. Es posible que en un principio los juristas se atuviesen estrictamente a las palabras del Senadoconsulto reproducidas, entre otros, por ULPIANO, donde sólo se hablaba de "usufructus legari possit", lo que les llevaba a considerar que sólo así podía constituirse. Sin embargo, se admitió la posibilidad de constitución por acto *inter vivos* de forma independiente y no identificable con el mutuo. Según GLÜCK esta posibilidad ya se admitía en las Instituciones al usar el término genérico "constitui"⁹¹.

⁸⁹ Así, LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos...*, op. cit., V, Derecho de sucesiones, quinta edición, Barcelona, 1993, revisado por RAMS ALBESA, Joaquín, pág. 24. También la jurisprudencia, especialmente en la STS 20 de octubre de 1987 (RA 7307): "existen sustanciales diferencias entre el sucesor como usufructuario universal y el heredero, en cuanto la herencia implica una adquisición traslativa de dominio, en tanto que el usufructo, aunque también adquisitivo, es constitutivo de un derecho real en cosa ajena, en cuanto al usufructuario a diferencia del heredero no entra directamente en la posesión y disfrute de los bienes hereditarios, sino que ha de recibirla del heredero o albacea y en cuanto al heredero responde de las deudas hereditarias con los bienes de la herencia y con los suyos propios, salvo beneficio de inventario, mientras que el usufructuario no soporta tal responsabilidad, salvo casos excepcionales (arts. 506, 508 y 891 del Código civil)".

⁹⁰ Cfr. epígrafe 4.3 del presente capítulo.

⁹¹ GLÜCK, *Commentario...*, op. cit., pág. 380, § 645. También admiten la posibilidad de constituir un usufructo de cosas consumibles por acto entre vivos, entre otros, VINNIUS, *In quatuor libros institutionum...*, op. cit., Inst. lib. II, tit. IV (De usufructu), textus "Quibus in rebus constituitur", al comentar las palabras "Utilitatis causa Senatus censuit", n. 3, pág. 250; JORDANO BAREA, "El cuasi-usufructo...", loc. cit., pág. 1018; HELD, *Die Lehre vom ususfructus...*, op. cit., pág. 58 ss., § 13-II: "dab in den Stellen nur von einer testamentarischen Bestellung des Quasi-Ususfructus die Rede ist, solgt nur, dab in deiser Art der Quasi-Ususfructus

Así pues, la voluntad de las partes manifestada por un acto *inter vivos* puede constituir un usufructo de cosas consumibles, siempre que se esté ante este tipo de objetos, pues de lo contrario, es decir, en caso de cosas no consumibles, si las partes aplican el régimen del art. 482 Cc, se estará ante otra institución o ante un derecho real atípico.

En general, toda constitución de usufructo sobre bienes que tengan la naturaleza de consumibles conlleva la aplicación automática del régimen de art. 482 Cc; es decir, que el hecho de que surja un usufructo de cosas consumibles o un usufructo en sentido propio depende de la naturaleza de los bienes sobre los que se constituye, con independencia de la voluntad de los constituyentes, dejando a salvo las facultades de éstos para determinar su contenido en virtud del art. 470 Cc.

Si el usufructo se constituye sobre un patrimonio en el que existen bienes consumibles, se aplicará a estos el régimen del art. 482 Cc y a los demás el régimen general del usufructo o el procedente según su naturaleza, conviviendo diversos regímenes jurídicos con diversidad de contenidos aun tratándose de un único derecho de usufructo. También podrá constituirse un usufructo de cosas consumibles de forma independiente, sin que estén comprendidos en un patrimonio, pero esta posibilidad ha sido más discutida al considerar el tenor literal del art. 482 Cc contrario a ella. Será abordado en el capítulo siguiente.

gewöhnlich bestellt wurde, wie denn auch beim wahren Nießbrauch weit häufiger von einem *usufructus legatus als pactionibus et stipulationibus constitutus* die Rede ist", afirmando posteriormente que considera que es una opinión correcta que "der Quasi-usufructus allerdings auch durch Vertrag entstehen kann"; LAHOVARI, *De usufructu...*, op. cit., pág. 43 y 45, § 12-B; HANAUSEK, *Die lehre vom uneigentlichen...*, op. cit., pág. 22, § 4-B: "[d]ie Controverse, ob durch Vertrag Quasiusufructus begründet werden könne, bedarf gegenwärtig keiner neuen Erörterung mehr"; FRANK, *Ueber den uneigentlichen...*, op. cit., pág. 22 y 27, § 4-2, afirma que "[a]llein eine solche Beschränkung ist schon darum hinfällig, weil in den Quellen das Legat eines Quasiusufructus an fremden Gegenständen, die der Erbe erst erwerben muss, ausdrücklich gestattet ist, in welchem Falle letzterer nur durch Vertrag unter Lebenden mit dem Legatar das Recht bestellen kann".

Actualmente, en Francia, se habla del mecanismo de la donación con reserva de *casi usufructo* como una estrategia hábil y útil aplicada a la donación de valores mobiliarios. Según esto, el donante usufructuario conservaría la libre disposición de dichos títulos y como todo usufructuario simplemente debería restituir los bienes, los bienes subrogados o su valor al extinguirse su derecho. GRIMALDI y ROUX intentan demostrar que aplicando el régimen del usufructo de cosas consumibles no se contradice el principio de irrevocabilidad de las donaciones, es decir, la regla "donner et retenir no vaut", porque el donante-usufructuario es deudor del equivalente frente al donatario, el cual conserva, de este modo, el beneficio económico de la donación. Con ello, el donatario sería un acreedor a término, la exigibilidad de cuyo crédito se trasladaría a la muerte del donante⁹². No obstante, los autores parten de la consideración de los valores mobiliarios como cosas consumibles, lo cual puede ser discutible.

La posibilidad de constituir un usufructo de cosas consumibles por medio de usucapión, es uno de los temas que levantó polémica entre la doctrina alemana.

En un principio se negaba la posibilidad de usucapir un usufructo de cosas consumibles, pues se consideraba imposible establecer la obligación de restituir a través de la usucapión, ya que el usufructuario es propietario de este tipo de bienes. En este sentido, FRANK tras afirmar

⁹² GRIMALDI, Michel, et ROUX, Jean-François, "La donation de valeurs mobilières avec réserve de quasi-usufruit", *Répertoire du Notariat Defrenois (RND)*, janvier-1994, art. 35677, pags. 10 ss; y en Dalloz, chron., 1994, pág. 221 ss. Los autores concluyen con dos observaciones (págs. 18 y 224 respectivamente): "[d]'une part, la validité de la donation de valeurs mobilières avec réserve d'un quasi-usufruit est une chose, son exécution en est une autre (...). D'autre part, à ceux qui diraient que la validité de l'opération ne peut être admise qu'au prix de l'insécurité économique du donataire et d'une double manipulation -de l'usufruit (transformé en quasi-usufruit) et de l'irrévocabilité spéciale des donations (réduite à l'irrévocabilité du titre, et non de l'émolument)- on rappellerait que le donataire à terme d'une somme d'argent n'a pas plus de sécurité, que l'usufruit n'est pas sérieusement dénaturé, et que l'irrévocabilité spéciale, par ailleurs critiquée au point d'être compromise de *lege ferenda*, s'accommode déjà de la fragilité économique du droit du donataire".

que "[n]iemals entsteht der uneigentlichen Niessbrauch durch Ersitzung. Denn es ist unmöglich, dass durch Verjährung die obligatio ad restituendum begründet werde", añade que "Besitzt jemand verbrauchbare Sachen in geeigneter Weise die Verjährungszeit hindurch auf Grund eines angeblichen Quasiususfructus, so erwibt er vielmehr unwiderrufliches Eigentum. Ebenso undenkbar ist aus dem gleichen Grunde die Entstehung des Quasiususfructus durch Occupation"⁹³.

Sin embargo, la doctrina alemana posterior ha ido admitiendo la posibilidad de usucapir un usufructo de cosas consumibles⁹⁴, pues considera que no es necesario que el usucapiente quiera adquirir la propiedad del bien consumible porque ésta ya se adquiere por el hecho de usucapir un bien consumible⁹⁵.

En todo caso, el problema en Derecho alemán, está en el hecho de considerar que el usufructuario de cosas consumibles se convierte en un propietario. En nuestro

⁹³ FRANK, *Ueber den uneigentlichen...*, op. cit., pág. 28, § 5. En el mismo sentido se manifestaron LAHOVARI, *De usufructu...*, op. cit., pág. 45, § 12, tras afirmar que la mayoría de juristas consideran que el "quasiusumfructum constitui posse iisdem modis quibus verum", considera que "attinet, ut de pactione taceam, eo magis falsa est regula quod quasiususfructus non aequè ac verus praescriptione constitui potest"; HANAUSEK, *Die Lehre vom uneigentlichen...*, op. cit., pág. 25, § 4-e): "Da zum Wesen des Quasiususfructus die obligatio ad restituendum gehört, so kann der Quasiususfructus niemals durch Ersitzung oder durch Occupation begründet werden".

⁹⁴ Hay que tener presente que el § 1033 BGB admite expresamente la usucapición del usufructo sobre cosas muebles: "[d]er Niebbrauch an einer beweglichen Sachen kann durch Ersitzung erworben werden. Die für den Erwerb des Eigentums durch Ersitzung geltenden Vorschriften finden entsprechende Anwendung".

⁹⁵ Así, en el comentario al § 1067 BGB, en *Planck's Kommentar Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz*, Bisher herausgegeben von E. STROHAL, Dritter Band, Berlin, Leipzig, 1920, pág. 662; BAUR, Fritz, comentario al § 1067 BGB, KOHLAMMER-KOMMENTAR, en *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Band 4, Sachenrecht (§§ 854-1296), Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, 1968, pág. 559: "[e]in Niebbrauch gem. § 1067 kann durch Ersitzung entstehen. Auf die Erlangung des Eigentums braucht der Wille des Ersitzenden nicht gerechdet zu sein"; PETZOLDT, Rolf, Comentario al § 1067 BGB, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 6, Sachenrecht (§§ 854-1296), 3. Auflage, München, 1997, pág. 1414, n. 4: "§ 1067 ist entsprechend anwendbar, wenn der Niebbrauch durch Ersitzung entsteht. Der Wille des Ersitzenden braucht nicht auf die Erlangung des Eigentums gerichtet zu sein".

Código no hay ningún precepto específico al respecto, pero se admite, pues el art. 468 Cc posibilita la adquisición de un usufructo por prescripción, al igual que los arts. 1930, 1940, 1957 y 1959 Cc, en cuanto afirman que por prescripción se adquieren el dominio y otros derechos reales, y no hay razones para excluir de la regla el usufructo del art. 482 Cc.

Desde luego para adquirir por usucapión el usufructo sobre unos bienes consumibles es preciso que el poseedor de tales bienes los disfrute a título de usufructuario y no de propietario, para que permanezca la obligación de restituir y lo adquirido no sea la propiedad de los bienes. Ahora bien, como el disfrute de esos bienes implica su consumo y ésta es facultad propia de un *dominus*, en la práctica podría ser problemático determinar ante un caso concreto si quien ha consumido unos bienes ajenos lo ha hecho a título de propietario o de usufructuario a efectos de la usucapión. El problema probablemente habrá que resolverlo acudiendo al concepto en que tiene la posesión de tales bienes, si es a título de dueño o no. Así, si a diferencia del Derecho alemán, se considera que no es propietario, es posible que pueda usucapir este derecho de usufructo en los casos en que se haya otorgado un título constitutivo por parte de un no propietario.

4. El usufructo de cosas consumibles en relación a otras formas de cesión del uso y disfrute de bienes consumibles

4.1. Planteamiento

Introducidos ya en el usufructo de cosas consumibles y planteado el problema de encaje que crea en el régimen del usufructo por el tipo de bienes sobre el que recae el disfrute, nos preguntamos ahora cuál es la actitud general

del legislador hacia la cesión o transmisión del uso y disfrute de las cosas consumibles y fungibles a lo largo del articulado del Código⁹⁶.

Aunque se admite el usufructo sobre cosas consumibles hemos de reconocer que la postura del legislador es poco favorable a la cesión de este tipo de bienes. La mejor prueba de este "cierto disfavor" es el art. 1545 Cc que impide que esta clase de bienes puedan ser objeto del contrato de arrendamiento. El motivo de este impedimento, como veremos, parece ser el hecho de ir contra la naturaleza y función del contrato de arrendamiento.

En cambio, el contrato de préstamo se admite sobre esta clase de bienes (art. 1740 Cc) porque no va contra la función del contrato ya que el préstamo es la fórmula de cesión de uso pensada para los bienes fungibles, a diferencia del comodato. Aún así, la peculiaridad de tales bienes llevó al legislador a establecer la adquisición de la propiedad por parte del prestatario, con lo cual no puede ser considerado como una mera cesión del uso y disfrute de los bienes.

Entonces, ¿por qué se admite el usufructo de este tipo de cosas cuando parece, en principio, que va contra la esencia de aquél? ¿Por qué hacer una excepción? La razón principal, como hemos visto, sería el hacer posible el usufructo global de una universalidad. No obstante, quizás hemos de defender que no existe tal disfavor en sede de usufructo, sino que el legislador lo que pretende es fomentar el máximo aprovechamiento de los bienes y por eso permite su cesión autorizando a consumirlos, pues es ésta la mejor forma de lograr su aprovechamiento y evitar que en ocasiones queden improductivos.

Como hipótesis, también podría buscarse una explicación a la admisión del usufructo de bienes consumibles en la prohibición medieval de la usura. Lo que en buena lógica podría ser un mutuo de unos bienes con la

⁹⁶ Hablamos de cosas fungibles y consumibles como términos sinónimos porque así parece tratarlos el Código civil, sin embargo, en el próximo capítulo se intentará delimitar cada una de estas categorías.

obligación de restituir el *tantundem* y quizás una remuneración o interés, la prohibición de la usura y el prejuicio hacia el préstamo pudo hacer reconducir la operación a la figura del usufructo, habitualmente gratuito, pero sin obstáculos para darle un carácter oneroso y establecer una remuneración. Sin embargo, las vicisitudes históricas del *casi usufructo* vienen a desmentir este argumento, pues en la época medieval, período en que alcanzó su máximo apogeo la prohibición de la usura, la doctrina relevante del *ius commune* rechazó la posibilidad de admitir el usufructo sobre estos bienes, entendiendo que se trataba en todo caso de un mutuo. Y es en la Codificación, cuando el Liberalismo ha suprimido todo resquicio de la doctrina de la prohibición de la usura, paradójicamente, cuando este usufructo es reconocido en los Códigos civiles. La razón hay que buscarla en la nueva mentalidad económica, y la diferente actitud hacia la explotación, aprovechamiento y disfrute de los bienes, marcada por la obtención de la máxima utilidad, junto al paso de la consideración estática de la titularidad de los bienes a una más dinámica.

En todo caso, la actitud del legislador admitiendo la cesión del disfrute sobre estos bienes, en especial en sede de usufructo, nos obliga a delimitar este usufructo frente a otras figuras o instituciones muy cercanas a él -como las mencionadas anteriormente y otras-, para poder descubrir, de este modo, si realmente nos hallamos ante un usufructo o ante otra institución.

4.2. El usufructo de cosas consumibles frente al usufructo común

4.2.1. La tendencia doctrinal

Es evidente que entre el usufructo de cosas consumibles y el usufructo común no existe una relación de identidad, sino que el primero ocupa una posición peculiar,

cuestión con la que está de acuerdo la totalidad de la doctrina. Sin embargo, debemos analizar ahora si realmente con el usufructo de cosas consumibles estamos ante una modalidad de usufructo o ante una institución autónoma, cuestión muy debatida por los autores⁹⁷.

Con el usufructo de cosas consumibles quiebran las características esenciales del usufructo común, puesto que si el uso de las cosas consumibles las destruye, no es posible conservar la forma y la sustancia de los bienes ni, por lo tanto, restituir la mismas cosas entregadas en usufructo.

Ya se decía en las Inst. II, tit. IV (De usufructu), § 2 (Constituitur) que "senatus non fecit quidem earum rerum usumfructum (nec enim poterat), sed per cautionem quasi usufructum constituit". Es a raíz de estas palabras por lo que algunos autores consideran que en el Derecho Justiniano, el *quasi usufructus* es autónomo aunque parecido al usufructo⁹⁸.

La distinción fue defendida por la mayoría de juristas durante el *ius commune* quienes consideran que "non est propriè usufructus"⁹⁹. Sin embargo, como ya apuntábamos

⁹⁷ SANFILIPPO, "Note esegetiche...", *loc. cit.*, pág. 72, refiriéndose al Derecho romano afirmaba que "[i] passi che più ampiamente si occupano del problema si limitano inverso a una semplice descrizione degli effetti del rapporto, senza tentarne una sintesi e una qualificazione giuridica"; lo que critica el autor es una falta de encuadramiento sistemático de la figura.

⁹⁸ Así lo manifiesta entre nosotros RIVERO HERNÁNDEZ, en LACRUZ BERDEJO, y otros, *Elementos...*, III, vol. segundo, pág. 75; o en Italia, entre la doctrina del actual Codice, DE MARTINO, Francesco, Comentario al art. 995 del Codice italiano, en *Commentario del Codice civile a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca*, Libro terzo (Della proprietà), Bologna, Roma, 1947, pág. 185.

⁹⁹ En este sentido destacan, entre muchos otros, en el siglo XV, CURTIUS, Franciscus, en nota a Paulus CASTRENSIS, *In Secundam Digesti Veteris partem patauinae praelectiones*, Lugduni, 1553, Lex X, Partis tertiae, n. 2, fol. 158r; ARETINUS, *Commentaria, sive lectura...*, *op. cit.*, De usufructus, pr., fol. 70, en la glosa a las Inst., lib. II, tit. IV (De usufructu), § 2 (Constituitur); en el siglo XVI, DONELLUS, *Commentarius de iure civili...*, *op. cit.*, lib. X, cap. IV (De usufructu rerum fungibilium), pág. 37, § 15; posteriormente, BORCHOLTEN, Joannes, *Ad Instituta iustiniani comentaria*, Lugduni, 1679, De usufructu, § Quibus in rebus, n. 3 (Quare in rebus quae usu consumuntur, non possit constitui usufructus), pág. 128.

anteriormente, empezaron a surgir ciertas posturas partidarias de la unificación del usufructo, englobándose en éste tanto el usufructo propio como impropio, aunque se reconocía la diferencia entre ellos. Entre estos juristas destaca GALVANUS, quien considera que "ut unus ac idem usufructus aeque in omnibus rebus etiam iis, quae usu absumuntur, induceretur; nam locis recitatur ejus dispositio, res omnes, quae sunt in bonis, sive patrimonio, sine ullo discrimine dicuntur recipere legatum usufructus; ergo ejusdem usufructus, propter regulam tritam Accursianorum nostrorum, quod determinatio respiciens plura determinabilia, debet illa pariformiter determinare"¹⁰⁰.

Sin embargo, la Codificación avivó el problema. Aunque el legislador optó en la mayoría de legislaciones por una rúbrica general del usufructo en la que quedaba incluido el usufructo de cosas consumibles, la doctrina fue crítica con esta solución.

Esta crítica doctrinal puede clasificarse en dos líneas. Por una parte, está la que podríamos denominar doctrina negativa, la cual rechaza la inclusión del usufructo de cosas consumibles en sede de usufructo. Por otra parte, la doctrina positiva, en la que podemos distinguir a la vez dos corrientes: la que pese a aceptar su inclusión en sede de usufructo lo considera una figura anómala o excepcional; y la doctrina más moderna, partidaria de que el usufructo de cosas consumibles es un usufructo.

La doctrina negativa considera que el usufructo de cosas consumibles no es un usufructo y si se ha incluido en dicha institución ha sido de forma impropia¹⁰¹. La postura

¹⁰⁰ GALVANUS, *De usufructu...*, op. cit., cap. III (De divisione usufructus in verum, & quasi usufructum), n. III, pags. 15 y 16.

¹⁰¹ Entre nuestra doctrina del siglo pasado destacan algunas de las ediciones del FEBRERO: MARCOS GUTIÉRREZ, José, *Librería de escribanos, abogados y jueces que compuso Don José Febrero*, parte segunda, tomo tercero, Madrid, 1829, pág. 251, n. 3 afirma que "v. gr. aceite, vino, trigo y demás semillas, aunque como necesaria y cotidianamente se deben consumir, y de otro modo no deben usarlas el usufructuario, este uso se llama impropriamente usufructo"; ALVARADO Y DE LA PEÑA, Santiago de, *Compendio teórico-práctico de la librería de escribanos de Don*

más radical es la de BARBERO, quien considera que el hecho de que el Senadoconsulto y las leyes posteriores no hayan creado un nombre propio para el caso del usufructo de cosas consumibles, sino que hablan simplemente de usufructo (cree que *casi usufructo* es un término doctrinal), no es suficiente para no reconocer la singularidad de la disciplina, añadiendo que el art. 995 del Codice (nuestro art. 482 Cc) "non rappresenta, in altri termini, uno sviluppo o un'estensione dello schema tipico dell'usufrutto, come si propende a ritenere comunemente, ma rappresenta una deroga, una deviazione, da questo proprio schema". Su conclusión es que el *casi usufructo* no hay que reconducirlo a un usufructo ni considerando una extensión del mismo -cosa imposible porque el usufructo responde a un

José Febrero con respecto a contratos públicos, tomo 1º, Madrid, 1834, pág. 288: "en las cosas que se consumen con dicho uso como aceite, vino, trigo y demás semillas; pues aunque en ellos no se verifica propiamente el usufructo, porque, necesaria y cotidianamente han de consumirse, y de otro modo no puede usarlas el usufructuario, se llama impropiamente usufructo este uso"; GARCÍA GOYENA, Florencio, y AGUIRRE, Joaquin, *Febrero, ó librería de jueces, abogados y escribanos*, segunda edición corregida y aumentada por los Sres. Don Joaquin Aguirre y Don Juan Manuel Montalban, tomo primero, Madrid, 1944, pág. 190, (*idem* en la cuarta edición reformada por José de Vicente y Caravantes, Madrid, 1852, pág. 281). Ya vigente el Código, SÁNCHEZ ROMÁN, *Derecho civil español...*, op. cit., tomo III, pág. 569 afirma que "[e]l supuesto del art. 482 es claramente el de un llamado usufructo de cosas fungibles, según las define el art. 337 del Código, que es el caso propiamente del *casi usufructo* romano, traído á la impropia consideración de usufructo por el Código"; MUCIUS SCAEVOLA, Comentario al art. 482 Cc, en *Código civil...*, op. cit., tomo IX, pág. 320: "el usufructo de cosas que no se pueden usar sin consumirlas, no es usufructo, ni aun con el adverbio "cuasi", sino todo lo contrario de lo que, en buenos principios, se entiende por tal".

En Francia, VUILLAUME, F., *Commentaire analytique du Code napoleón*, Paris, 1855, pág. 155, comentario al art. 581, manifiesta que [l]orsqu'il est établi sur des choses qui, par leur nature ou d'après le but et l'intention des parties, doivent sommer par l'usage: ce n'est pas un usufruit proprement dit".

En Italia, el romanista SANFILIPPO, "Note esegetiche...", loc. cit., pág. 71 dice que "[d]obbiamo forse dolerci che i classici abbiano continuato a parlare de usufructo anche per cotesto caso"; entre la doctrina del Codice de 1942, BIGLIAZZI, *L'usufrutto, appunti...*, op. cit., pág. 292, manifiesta que "appunto, per il fatto di essere "quasi", non è mai usufrutto".

En Alemania WOLFF, Martin, *Derecho de cosas*, décima revisión por Wolff, Martin, y Ludwig Raiser, traducción española con anotaciones de Blas Pérez González y José Alger, vol. segundo, tercera edición al cuidado de José Puig Brutau, en *Tratado de Derecho civil* por Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp y Martín Wolff, tercer tomo, II, Barcelona, 1971, pág. 113: "[e]l cuasiusufructo no es usufructo, de igual modo que la propiedad fiduciaria no es derecho de prenda".

concepto, no a dos o más-, sino que se trata de un "tipo a sè" y como tal hay que concederle autonomía¹⁰².

Observamos que el autor usa un argumento totalmente contrario al que utilizaba GALVANUS, quien con apoyo en ACCURSIUS consideraba que una misma institución puede tener diversas manifestaciones.

En cuanto a la doctrina positiva, la postura mayoritaria es la que defiende que el usufructo de cosas consumibles es una figura anómala, especial o excepcional, en relación al usufructo común, tesis que está en la línea de la doctrina del *ius commune*¹⁰³. A esta doctrina positiva

¹⁰² BARBERO, "Il quasi-usufrutto ed il quasi-uso", *Rivista di Diritto Civile (Riv. Dir. Civ.)*, XXXI, 1939, pág.210 ss; *L'usufrutto e i diritti affini*, Milano, 1952, pág. 63 ss. BARASSI, Lodovico, *Il Diritto reali nel nuovo Codice civile*, Milano, 1943, pág. 210, también afirma que "sè che io sarai per temperamento propenso a salvaguardare, se possibile, le linee fisionomiche di questi diritti reali per una certa mia diffidenza riguardo alle pretese alterazioni costruttive di istituti, che in certe situazioni sono preceduti dalla parola "quasi" o seguite delle altre "irregolare" (ad es. il deposito irregolare) o "improprio": vocaboli che spesso non corrispondono a una sostanziale alterazione dell'istituto o addirittura rivelano un tt'altro istituto".

Entre nosotros, en un sentido similar parece expresarse GONZÁLEZ PALOMINO, José, "Estudios de arte menor sobre derecho sucesorio", *Anales de la Academia Matritense y del Notariado (AAMN)*, tomo II, segunda edición, 1950, págs. 455 y 456, quien afirma que "[b]ajo la denominación genérica de usufructo vienen englobados en la práctica, y aún en la doctrina, figuras y conceptos que tienen muy poco de usufructo. (...) en los denominados "quasi-usufructos" sobre bienes fungibles, que no implican derechos sobre cosas, y se reducen a simples derechos de crédito. Estos y otros muchos casos de pseudo usufructos podrían llenar un interesante capítulo sobre patología del usufructo".

¹⁰³ En este sentido se expresan, FALCÓN, *Exposición doctrinal...*, op. cit., pág. 229, quien habla de "una especie de usufructo irregular en cosas fungibles"; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español...*, op. cit., tomo II, vol. II, pág. 61. En Francia, BOILEUX, J. M., *Commentaire sur le Code civil*, quatrième édition, tome premier, Paris, 1838, pág. 408, art. 587: "il est permis de les soumettre à une espèce d'usufruit"; AUBRY [Charles], et RAU [Frédéric Charles], *Cours de Droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, cinquième édition revue et mise au courant de la législation et de la jurisprudence par G. Rau, Ch. Falcimaigne, avec la collaboration de Gault, tome deuxième, Paris, 1897, pág.661, § 226: "nostre Code admet que les choses de cette espèce, telles que l'argent, les grains, les vins, etc., peuvent être soumises à un droit analogue à l'usufruit"; BEUDANT, [Charles], *Cours de Droit civil français*, seconde édition, tome IV, Paris, 1938, quien considera que en el usufructo de cosas consumibles respecto al usufructo común hay un "[r]ésultat analogue, mais non identique"; CARBONNIER, Jean, *Droit civil*, 3/Les biens, Paris, 1995, pág. 184: "[c]ette situation de propriétaire-débitéur,

debemos añadir las corrientes más modernas que consideran que el usufructo de cosas consumibles sí es un usufructo porque la definición que se da del usufructo ya no tiene como punto esencial la necesidad de conservar la forma y la sustancia, lo que hace que destaque por su mayor amplitud, dando cabida, por lo tanto, al usufructo de cosas consumibles¹⁰⁴. Desde esta perspectiva, ya no se habla de *casi usufructo* sino de usufructo de cosas consumibles.

Nosotros nos unimos a esta doctrina positiva y consideramos que el usufructo de cosas consumibles es un usufructo porque la definición del art. 467 Cc lo admite

qui s'éloigne de l'usufruit véritable, dépourvu de l'abusus, est qualifiée de quasi-usufruit". En Italia, PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di Diritto civile italiano*, terza edizione, vol. III, Firenze, 1884, pág. 294, n. 176: "[a] rigore le cose, delle quali non si può far uso senza consumarle, non possono essere oggetto di usufrutto, imperciocchè non possono godersi, salva la loro sostanza. Ma la legge con la sua forza creatrice ne ha formato un usufrutto improprio o un quasi usufrutto".

¹⁰⁴ Entre estos autores destacan DE BUEN, voz "usufructo", en EJB, *op. cit.*, pág. 588: "[h]oy no existe razón para calificar de cuasi-usufructo el usufructo de cosas consumibles, por no ser de esencia dentro de la ley la conservación de la sustancia de la cosa"; VALVERDE y VALVERDE, Calixto, *Tratado de Derecho civil español*, tomo II, Valladolid-Madrid, 1910, pág. 428, afirma que los códigos modernos "han ampliado el usufructo hasta hacer susceptible de él, las cosas consumibles"; JORDANO BAREA, "El cuasi-usufructo...", *loc. cit.*, pág. 982: "nos proponemos intentar la construcción del *quasi usufructo* como derecho de goce sobre las cosas consumibles ajenas, enmarcándolo dentro del cuadro legal típico del usufructo (art. 467), como una de las modalidades por razón del objeto"; Díez-Picazo, Luis y Gullón Ballesteros, Antonio, *Sistema de Derecho civil*, vol. III, sexta edición, Madrid, 1997, pág. 417: "[h]istóricamente el usufructo sobre cosas consumibles fue calificado como usufructo impropio o *casi usufructo*, por ser contrario a la ordinaria regla *salva rerum substantia*. En nuestro Derecho lo ampara la fórmula amplia del artículo 467, que permite excepciones a la obligación de conservación de la sustancia". En Francia, Humbert, *Essai sur la fungibilité...*, *op. cit.*, pág. 69: "[p]our notre part, nous ne voyons aucun inconvénient à décider que ce droit réel est un usufruit, puisqu'il est soumis à toutes les règles générales de l'usufruit qui ne sont pas incompatibles avec la nature des choses sur lesquelles il porte"; o más modernamente Dockès, Emmanuele, "Essai sur la notion d'usufruit", *Revue Trimestrielle de Droit Civil (Rev. Trim. Dr. Civ.)*, juillet-septembre., 1995, págs. 496 y 497 afirma que "devient-il de plus en plus difficile de présenter le pouvoir de disposition du quasi-usufruitier comme purement exceptionnel, comme une anomalie dans le droit de l'usufruit. Et cela d'autant plus si l'on caractérise l'usufruit comme un droit à l'ensemble des utilités auxquelles un bien est destiné. Le pouvoir de disposition du quasi-usufruitier n'est pas autre chose, dès lors qu'être consommable, c'est être destiné à faire l'objet d'actes de destruction ou d'aliénation. Le quasi-usufruit rejoint ainsi la définition de l'usufruit élaborée à propos des biens non-consommables".

como tal; además es ésta la postura del Código civil al englobar lo que antes fue el *quasi usufructus* en sede de usufructo. Sin embargo, hay que reconocer que la especialidad del objeto, su consumibilidad, hace que el régimen jurídico regulado en el art. 482 Cc sea distinto al régimen jurídico general del usufructo, generándose unas diferencias entre ellos que a continuación trataremos de exponer, aunque algunas serán rebatidas a lo largo de este trabajo.

4.2.2. Las diferencias entre el usufructo de cosas consumibles y el usufructo común

El trasfondo de las tendencias doctrinales anteriormente expuestas a favor o en contra de la inclusión del usufructo de cosas consumibles en sede de usufructo, está en las semejanzas y diferencias existentes entre ambas figuras. Como ya dijimos, la doctrina no duda en absoluto de que entre ambas figuras existen diferencias, sin embargo, algunos no las consideran suficientes como para no someter las cosas consumibles a usufructo, en cambio, otros creen que son diferencias de tal envergadura que las alejan totalmente del usufructo.

En apariencia, con el art. 482 Cc se crea el esquema sustancial de un derecho distinto al del usufructo, aunque está absorbido en el mismo; y pudiera pensarse que se ha hecho así, porque al legislador, más que el esquema dogmático general, le interesa la disciplina concreta de la situación¹⁰⁵.

Desde un prisma económico puede afirmarse que el usufructo de cosas consumibles es realmente un usufructo, puesto que cumple el esquema básico de éste en cuanto que las cosas se ceden en goce con la obligación de restituir. Lo que ocurre es que la restitución es radicalmente distinta, ya que el goce de una cosa consumible conlleva

¹⁰⁵ Así lo considera BARBERO, "Il quasi-usufrutto...", *loc. cit.*, pág. 209.

por lo general, la destrucción del bien, lo que forzó al legislador a modificar esta obligación de restituir en el sentido de que no se devolverán los mismos bienes, sino el equivalente; este retoque es precisamente el que restablece el equilibrio económico. No obstante, y en todo caso, las líneas generales definitorias del usufructo se cumplen en el usufructo de cosas consumibles: el disfrute del bien y la posterior restitución; el concepto, pues, es el mismo. Aquí está precisamente la equivalencia económica con el usufructo ordinario¹⁰⁶.

La ley, con ello, protege el interés económico del goce de las cosas consumibles por parte de un sujeto distinto al propietario, evitando que tales bienes queden improductivos cuando el propietario no desea o no puede disfrutarlos, y al mismo tiempo, mediante la restitución, asegura al propietario del daño que pueda ocasionarle el hecho de gozar otra persona de una cosa que supone su extinción con el uso.

VENEZIAN afirma que no es que con esta decisión de restablecer el equivalente se quiera posibilitar lo que la

¹⁰⁶ La similitud económica con el usufructo de cosas consumibles se ha puesto de manifiesto, entre nosotros, por PEÑA BERNALDO DE QUIROS, Manuel, *Derechos reales. Derecho hipotecario*, Madrid, 1982, pág. 276; MARÍN PÉREZ, *Derecho civil...*, op. cit., vol. III, pág. 137; RIVERO HERNÁNDEZ, en LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos...*, op. cit., III, vol. segundo, pág. 74; ALBALADEJO, *Derecho civil*, tomo III; vol. segundo, octava edición, Barcelona, 1994, pág. 70. En Francia, GENTY, *Traité des droits d'usufruit, d'usage et d'habitation d'après la droit romain*, Paris, 1854, n. 405, pág. 483; MASSON, "Essai sur la conception...", loc. cit., pág. 43. En Italia, entre la doctrina del Cidice de 1865, VENEZIAN, *Usufructo, uso...*, op. cit., I, págs. 3 y 4, nos. 2 y 3; NICOLÒ, Rosario, y GIORGIANNI, Michele, voz "Usufrutto (Diritto civile)", en *Nuov. Dig. It.*, op. cit., n. 5, pág. 781; entre la doctrina del Codice de 1842, PUGLIESE, *Usufrutto, uso e abitazione*, seconda edizione, en *Tratatto di Diritto civile italiano*, redatto da diversi giureconsulti sotto la direzione di Filippo Vassalli, vol. cuarto, tomo quinto, Torino, 1972, pág. 649. En Alemania, KELLER, *Pandekten*, op. cit., § 174, pág. 382; HANAUSEK, *Die Lehre vom uneigentlichen...*, op. cit., § 4, pág. 19, quien a la coincidencia económica añade la del nombre; DERNBURG, Heinrich, *Das Sachenrecht des Deutschen Reichs und Preuben*, en *Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preubens*, Dritter Band, Dritter, eu bearbeitete Auflage, Halle, 1904, § 191, pág. 560; el romanista, SALKOWSKI, Carl, *Institutionem. Grundzüge des Systems und der Geschichte des Römischen Privatrecht*, Neunte Auflage, Leipzig, 1907, § 110, pág. 285; KOHLER, Josef, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, zweiter Band, Berlin, 1919, § 106-IV, pág. 319.

naturaleza del usufructo pudiera parecer que rechaza -un usufructo sobre bienes que se destruyen-, sino que se pretende afirmar que el concepto económico que inspira el usufructo se aplica también a los bienes consumibles¹⁰⁷. Es precisamente por estos resultados análogos por lo que se incorpora el usufructo de cosas consumibles en el esquema del usufructo.

Pero si desde un prisma económico se habla de analogía, la doctrina considera que la distinción entre el usufructo de cosas consumibles y el usufructo común se plasma en el campo jurídico. Afirman que es precisamente ahí donde se hace más difícil poder hablar de un usufructo sobre cosas consumibles¹⁰⁸.

En este marco de distinción de las figuras, se llega incluso a decir que con el usufructo de cosas consumibles no estamos ante un *ius in re aliena*¹⁰⁹. KIPP, considera que "seiner juristischen Form nach ist er eine Verbindung von Eigentum und Obligation"¹¹⁰. Y es precisamente esta relación obligatoria que se genera con la obligación de restituir, lo que ha llevado a algunos autores como HANAUSEK y FRANK a

¹⁰⁷ VENEZIAN, *Usufructo, uso...*, op. cit., I, pág. 7, n. 4.

¹⁰⁸ Los mismos autores que en notas anteriores hablaban de una similitud económica, consideran que desde el prisma jurídico todo son diferencias entre ambas figuras. Quizás sea destacable la opinión de KELLER, *Pandekten*, op. cit., § 174, pág. 382: "[d]auer den Gebrauchswerth oder zins gerade wie der wahre Ususfructus bei Sachen, welche dazu geeignet sind -das ist die ökonomische Analogie- und der quasi-ususfructus geht nach denselben Regeln unter wie der wahre ususfructus -das ist die juristische Analogie-"; sin embargo, no todos los autores están de acuerdo con esta analogía jurídica.

¹⁰⁹ Así, por ejemplo, SIMONCELLI, Vincenzo, *Istituzioni di Diritto privato italiano*, terza edizione riveduta e aumentata da Filippo E. Vassalli, Roma, 1921, pág. 193, considera que "[q]ui a rigore non avremmo un *ius in re aliena*, ma un rapporto complesso costituito da un trapasso di proprietà e da una obbligazione di restituire in natura o in danaro la cosa ricevuta: due figure ben diverse da quella dell'usufrutto, ma destinate a conseguire lo stesso risultato economico a cui l'usufrutto soddisfa, cioè quello di trarre da una cosa le possibili utilità, el godimento".

¹¹⁰ Notas de KIPP en WINDSCHEID, Bernhard, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, erster Band, neunte Auflage, unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerlichen Rechts bearbeitet von Theodor Kipp, Frankfurt, Main, 1906, § 206, pág. 1046, nota 4a.

considerar que el usufructo sobre cosas consumibles habría de remitirse al Derecho de obligaciones¹¹¹.

Sin ánimo de hacer un desarrollo teórico de las diferencias existentes entre el usufructo de cosas consumibles y el usufructo común, puesto que algunas de ellas serán objeto de estudio en posteriores capítulos, procedemos a continuación a exponer las esenciales diferencias manifestadas por la doctrina¹¹²:

-Mientras en el usufructo común debe conservarse la forma y la sustancia del objeto, no es ésta una obligación que afecte al usufructuario de cosas consumibles. Si goza del bien éste se destruye con lo que no puede respetarse el principio *salva rerum substantia*. Sin embargo, ya vimos que esta salvedad hoy queda admitida y amparada en el mismo art. 467 Cc¹¹³.

-Una de las principales y más discutibles diferencias atribuible por la generalidad de la doctrina ha sido la de considerar que en el usufructo de cosas consumibles se transmite la propiedad al usufructuario, mientras que en el

¹¹¹ HANAUSEK, *Die Lehre vom uneigentlichen...*, op. cit., § 1, pág. 9; FRANK, *Ueber den uneigentlichen...*, op. cit., § 2, pág. 7: "[d]er uneigentliche Niessbrauch ist also kein dingliches Recht an einer fremden Sache. Daher ist es streng genommen ungerechtfertigt, wenn er in den Lehrbüchern unter den Servituten behandelt wird, vielmehr wäre ihm richtiger ein Platz im Obligationenrechte anzuweisen".

¹¹² A lo largo de esta exposición ya hemos ido exponiendo alguna diferencia. Así, el origen de ambas figuras, según pone de manifiesto MAIANSIUS, Gregorius, *Disputationes iuris in quibus multa iuris civilis*, tomo I, Lugduni Batavorum, 1752, Disputatio XVII: "De usufructu earum rerum quae usu consumuntur, vel minuuntur", n. 35, pág. 322, "alter introductus est a Jure civili, (...), alter a Senatu". El surgimiento de ambas figuras no coincide en el tiempo y vienen a cubrir necesidades diversas. Además recordemos, que la caución que en aquellos momentos era obligatorio prestar no coincidía con la del usufructo común, en este sentido, entre otros, HELD, *Die Lehre vom usufructus...*, op. cit., § 6, n. 5, pág. 31; GLÜCK, *Commentario alle Pandette...*, op. cit., §§ 643 e 644, pág. 357.

¹¹³ MAIANSIUS, *Disputationes iuris...*, op. cit., n. 37, pág. 323; NOODT, *Opera omnia*, op. cit., caput XX (De quasi usufructu quantitatum introducto a Senatu: quod qua forma?), pág. 168, la señala como la primera diferencia. En Francia, LAURENT, *Principes de droit...*, op. cit., n. 407, pág. 513.

usufructo común sólo se cede el goce. Como consecuencia de semejante transmisión, el usufructuario de cosas consumibles tiene la máxima amplitud de goce sobre la cosa y se hace responsable de los riesgos que pueda sufrir el objeto¹¹⁴.

-La restitución aparece como una de las diferencias primordiales en cuanto al régimen jurídico de ambas figuras. Mientras que el usufructuario común está obligado a restituir los mismos bienes dados en usufructo, de ahí que la caución que presta es fundamentalmente para esto y para garantizar la obligación de cuidar las cosas con la diligencia de un buen padre de familia, en el usufructo sobre cosas consumibles se debe restituir un equivalente, ya sea el valor de la estimación o si no se han estimado los bienes, el *tantundem* o el precio corriente al finalizar

¹¹⁴ Esta es la diferencia que se expone por la práctica totalidad de la doctrina que elabora un elenco de las diferencias. Si no lo señalamos expresamente, los autores sólo se refieren a la diferencia en torno a transmisión de la propiedad; así entre la doctrina del *ius commune*, MAIANSIUS, *Disputationes iuris...*, op. cit., n. 38, pág. 323; NOODT, *Opera omnia*, op. cit., caput. XX (De quasi usufructu quantitatum introducto a Senatu: quod qua forma?), pág. 168, como la segunda diferencia señala la transmisión de la propiedad y como tercera la amplitud de goce; GALVANUS, *De usufructu*, op. cit., cap. III (De divisione ususfructus in verum, & quasi usumfructum), VII, pág. 22. Entre la doctrina alemana, GLÜCK, *Commentario alle Pandette...*, op. cit., §§ 643 e 644, págs. 358 ss., considera entre las diferencias, la propiedad y los riesgos; MADAI, "Ueber den Niebrauch...", ob. cit., pág. 144, quien recoge las diferencias de la propiedad y de los riesgos; HELD, *Die lehre vom usufructus...*, op. cit., § 6, n. 1, págs. 26 ss (respecto a la propiedad), n. 4, pág. 29 (respecto a los riesgos) y n. 6, pág. 31 (respecto la amplitud de goce); LAHOVARI, *De usufructu...*, op. cit., § 19, pág. 55, la primera diferencia que establece es la de la propiedad, la cuarta la de los riesgos; FRANK, *Ueber den Uneigentlichen...*, op. cit., § 2, pág. 8, quien habla de la propiedad y los riesgos. Entre la doctrina italiana, sirva para todos, PUGLIESE, voz "Usufrutto (Diritto vigente)", en *Novis. Dig. It.*, op. cit., n. 10. pág. 348. En Francia, LAURENT, *Principes de droit...*, op. cit., tome sixième n. 407, pág. 514; BAUDRY-LACANTINERIE, [Gabriel], y CHAUVEAU, *Traité théorique et pratique de Drot civil, Des bienes, troisième édition*, Paris, 1905, pág. 379, n. 582, como diferencias destaca la propiedad y los riesgos. Entre nosotros, PEÑA BERNALDO DE QUIROS, *Derechos reales...*, op. cit., pág. 276; MARÍN PÉREZ, *Derecho civil...*, op. cit., vol. III, pág. 137; RIVERO HERNÁNDEZ, en LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos...*, op. cit., III, vol. segundo, pág. 75.

el usufructo¹¹⁵. Algún autor como HELD , manifiesta que "[d]er usufructuar kann sich der ihm obliegenden Verbindlichkeiten durch Dereliction seines Niebbrauchs entledigen. Auch deises findet beim Quasi-Ususfructus nicht statt. Denn die obligatio ad restituendum bleibt immer die selbe"¹¹⁶.

-Como consecuencia de anteriores diferencias, se afirma que en el usufructo común el nudo propietario tiene la acción reivindicatoria para perseguir los bienes, en cambio, en el usufructo sobre cosas consumibles, ya que el usufructuario se convierte en propietario, el nudo propietario es un mero acreedor y lo único que le ampara es un derecho de crédito¹¹⁷.

-Las causas de extinción del usufructo, es otra de las diferencias entre ambas figuras, puesto que no todas las

¹¹⁵ MAIANSIUS, *Disputationes iuris...*, op. cit., n. 36, pág. 322; NOODT, *Opera omnia*, op. cit., caput. XX (De quasi usufructu quantitatum introducto a Senatu: quod qua forma?), pág. 168, habla de la restitución como la cuarta diferencia; GLÜCK, *Commentario alle Pandette...*, op. cit., §§ 643 e 644, pág. 359; HELD, *Die Lehre vom usufructus...*, op. cit., § 6, pág. 28, n. 3; LAHOVARI, *De usufructu...*, op. cit., § 19, pág. 55. En Italia, sirva para todos, PUGLIESE, voz "Usufrutto (Diritto vigente)", en *Novis. Dig. It.*, op. cit., n. 10, pág. 348. En Francia, sirva para todos, LAURENT, *Principes de Droit...*, op. cit., tome sixième, n. 407, pág. 514. Entre nosotros, MARÍN PÉREZ, *Derecho civil...*, op. cit., vol. III, pág. 137.

¹¹⁶ HELD, *Die Lehre vom usufructus...*, op. cit., § 6, pág. 33, n. 7; en el mismo sentido, LAHOVARI, *De usufructu...*, op. cit., § 19, pág. 55: "[d]ifferentia est quinta, quod verus fructuarius, derelictione ususfructus, liberare se obligatione potest; aliter ac fructuarius SCi., cuius obligatio ad restituendum, etsi recedat ab usufructu, manet".

¹¹⁷ BARBERO, *L'usufrutto e i diritti affini*, Milano, 1952, págs. 60 y 61, el autor cree que al hecho de que el nudo propietario sólo tenga una acción personal "[s]i potrebbe eccepire che questo accade anche nel caso di perimento delle cose di specie dovuto a colpa dell'usufruttuario, ma l'eccezione non terrebbe conto che questo non sarebbe uno svolgimento normale del rapporto, com'è invece nell'altro caso, ma sarebbe la diversa genesi, e la diversa natura, dei due rapporti: uno, il secondo, obbligazione di resarcimento per la responsabilità del perimento; altro, il primo, obbligazione di restituzione per il godimento-consumazione legittimamente effettuato"

que rigen en el usufructo común, se dan en el usufructo sobre cosas consumibles¹¹⁸.

Estas son las diferencias primordiales que la doctrina expone al respecto¹¹⁹. Evidencian, sin lugar a dudas, el distinto régimen jurídico existente entre el usufructo de cosas consumibles y el usufructo común. Sin embargo, a pesar de ello, con el usufructo de cosas consumibles estamos ante un usufructo. No obstante, algunas de estas diferencias descritas han de ser objeto de estudio más detallado para ver, de este modo, si realmente se trata de una diferencia o de una conclusión anticipada de los efectos jurídicos que produce el consumo del bien.

Debemos adelantar, que la distinción que se plantea en sentido jurídico entre las figuras en estudio reside en el objeto, no en la institución. Es el objeto -las cosas que se consumen por el uso-, el que genera el quebrantamiento del esquema del usufructo, pero sin significar que se trate de derechos distintos. Incorporar las cosas consumibles en la institución del usufructo, obliga a replantear los derechos y obligaciones propias de la institución; supone encajar una pieza en un molde cuyas formas, tal como originariamente se habían concebido, no coinciden, pero se consigue en virtud de su elasticidad. Por ello, como pone de manifiesto JORDANO BAREA, "siempre subsistirán motivos para justificar la autonomía del llamado casi-usufructo, siquiera sea dentro del marco del usufructo, como una de sus modalidades por razón del objeto"¹²⁰.

¹¹⁸ MAIANSIUS, *Disputationes iuris...*, op. cit., n. 39, pág. 323; HELD, *Die Lehre vom usufructus...*, op. cit., § 6, pág. 34, n. 10; LAHOVARI, *De usufructu...*, op. cit., § 19, pág. 55.

¹¹⁹ En especial, exponen algunas diferencias más: HELD, *Die Lehre vom usufructus...*, op. cit., § 6, págs 27 ss., y LAHOVARI, *De usufructu...*, op. cit., § 19, pág. 55, como, por ejemplo, las distintas acciones de protección que amparan al usufructuario, las acciones que pueda tener la cosa principal y la adquisición de frutos.

¹²⁰ JORDANO BAREA, "El cuasi-usufructo...", loc. cit., pág. 1007.