

EL USUFRUCTO DE COSAS CONSUMIBLES

(Análisis del art. 482 Cc)

4.3. El usufructo de cosas consumibles frente al mutuo

Las dudas que doctrinalmente ha planteado siempre la inclusión del disfrute de las cosas consumibles en el usufructo, la diferencia entre ambas figuras y la dificultad de encaje en su esquema originario, incitan a buscar una posible relación con otras instituciones cuyo fin sea permitir el uso o disfrute de bienes ajenos y, en particular, con el mutuo o simple préstamo.

Atendiendo a lo que hasta el momento hemos expuesto del usufructo de cosas consumibles no puede negarse una cierta similitud entre ambas instituciones. El contrato de mutuo se configura como la concesión del uso, generalmente gratuito, de una cantidad dineraria u otra cosa fungible del mutuante al mutuario con la obligación de devolver otro tanto de la misma especie y cantidad. El art. 1753 Cc expone de forma clara la regulación del contrato: "[e]l que recibe en préstamo dinero u otra cosa fungible, adquiere su propiedad, y está obligado a devolver al acreedor otro tanto de la misma especie y calidad".

CONNANUS, se planteó esta duda: "Quòd si legato vini aut pecuniae usufruct. & omissa de restituenda cautione, condici tamen potest tantundem vini, aut pecuniae, idémque in omnibus rebus quae functionem recipiunt in genere, id est quae constat pondere, numero, aut mensura, in quibus mutuum versatur, non video, quid istud à mutuo differat. quòd si ita est, quid opus fuit senatusconsulto?"¹²¹.

Entre las semejanzas que se han descrito de las dos figuras por parte de la doctrina destacan, de modo sucinto, las siguientes:

¹²¹ CONNANUS, Franciscus, *Commentariorum Iuris civilis*, tomus prior, quinque libros complectens, Parisiis, 1553, lib. IIII (de servitutibus et pignoribus rerum), cap. IIII (De usufructum earum rerum quae usu consumuntur), fol. 235r; a ello añade: "[n]am si do tibi decem aureorum usufructum, perinde est ac si decem dedissem mutuo: mihi que conceditur adversus te condictio: & hic enim re vera de meo sit tuum".

-La no necesidad de conservar el objeto entregado ni en el mutuo ni en el usufructo de cosas consumibles¹²².

-La transmisión de la propiedad, prevista legalmente en favor del mutuuario y presumida doctrinalmente para el usufructuario de cosas fungibles¹²³. Como consecuencia de ello, los riesgos por la pérdida de la cosa son a cargo de los nuevos propietarios¹²⁴; y tanto el concedente del usufructo (nudo propietario) como el mutuante se convierten en acreedores¹²⁵.

-En ambas figuras la propiedad se transmite por medio de la *traditio*¹²⁶.

¹²² PACIFICI-MAZZONI, Comentario a los arts. 477 y 478 del Codice, en *Il Codice civile italiano...*, op. cit., n. 310, pág. 320.

¹²³ En Francia, DURANTON, *Cours de Droit...*, op. cit., n. 1285 (474), pág. 390; DEMANTE, [Antoine Marie], *Cours analytique de Code napoleón*, tome deuxième, Paris, 1853, pág. 500, n. 420-bis; PROUDHON [Juan Bautista] *Trattato dei dritti d'usufrutto, d'uso personale e di abitazione*, prima versione italiana sulla seconda ed ultima edizione francese, col confronto e le osservazioni relative alle leggi delle due sicilie e con una copiosissima tavola delle materie per cura de Giuseppe Cioppi, vol. primo, Napoli, 1845, pág. 52, n. 69; TROPLONG [Raymond Theodor] *Commentaire du prêt, du dépôt, du séquestre et des contrats aléatoires*, édition augmentée en Belgique... par A. Delebecque, Bruxelles, 1845, pág. 154, n. 219; GENTY, *Traité des droits d'usufruit...*, op. cit., pág. 387, n. 407; LAURENT, *Principes de Droit...*, op. cit., tome sixième, pág. 516, n. 409. En Bélgica, VAN ARENBERGH, E., *Traité de l'usufruit (Doctrine-Législation-Jurisprudence)*, en annexe... par F. Requette, Bruxelles, 1936, col. 297, n. 995. En Italia, entre la doctrina del Codice de 1865, PACIFICI-MAZZONI, Comentario a los arts. 477 y 478 del Codice, en *Il Codice civile italiano...*, op. cit., n. 310, pág. 320; entre la doctrina posterior a 1942, STOLFI, Nicola, y STOLFI, Francesco, Comentario al art. 995 del Codice, en *Il nuovo Codice civile comentato*, Libro III, Napoli, 1944, pág. 280. En Alemania, HELD, *Die Lehre vom usufructus...*, op. cit., § 7, págs. 34 y 35; FRANK, *Ueber den uneigentlichen...*, op. cit., § 2-2, pág. 9.

¹²⁴ HELD, *Die Lehre vom usufructus...*, op. cit., § 7, pág. 35; LAHOVARI, *De usufructu...*, op. cit., § 19, pág. 56.

¹²⁵ STOLFI, y STOLFI, Comentario al art. 995 del Codice, en *Il nuovo Codice civile...*, op. cit., pág. 280.

¹²⁶ HELD, *Die Lehre vom usufructus...*, op. cit., § 7. págs. 34 y 35; LAHOVARI, *De usufructu...*, op. cit., § 19, pág. 56. Sin embargo, MAIANSIUS, *Disputationes iuris...*, op. cit., n. 33, pág. 321, afirmó con anterioridad que "[m]utuuum traditione persicitur, quasi usufructus sine traditione".

-La obligación de restituir que tiene tanto el mutuario como el usufructuario de cosas consumibles¹²⁷.

Las analogías descritas entre ambas figuras propició el surgimiento de ciertas posturas que consideraron que al permitir el disfrute de cosas consumibles lo que se constituía no era un usufructo sino que era un mutuo. La postura más radical la defienden algunos autores del siglo XIX, de la época de la Codificación, que no admiten el usufructo de cosas consumibles y lo reconducen a la sede del mutuo debido a la ausencia de regulación de aquel usufructo en nuestras leyes históricas¹²⁸. Dentro de esta misma filosofía pero desde un prisma menos radical, hay autores que aunque aceptan -con cierta relatividad- el usufructo de cosas consumibles, consideran que sería mejor

¹²⁷ Ya lo puso de manifiesto DONELLUS, *Commentarius de iure...*, op. cit., pág. 36, n. 13, posteriormente, DURANTON, *Cours de Droit...*, op. cit., n. 1285 (474), pág. 390; TROPLONG, *Commentaire du prêt...*, op. cit., pág. 154, n. 219; GENTY, *Traité de droits d'usufruit...*, op. cit., pág. 387, n. 407; LAURENT, *Principes de Droit...*, op. cit., pág. 516, n. 409. En Bélgica, VAN ARENBERGH, *Traité de l'usufruit...*, op. cit., col. 297, n. 295. En Alemania, HELD, *Die Lehre vom usufructus...*, op. cit., § 7, pág. 35, quien añade que "nöthigenfalls mit einer *condictio* gefordert werden kann"; LAHOVARI, *De usufructu...*, op. cit., § 19, pág. 56; FRANK, *Ueber den uneigentlichen...*, op. cit., § 2-2, pág. 9.

¹²⁸ Los autores partidarios de esta tesis son MORCILLO ORTIZ, Juan, *Novísima ilustración del Derecho español*, Madrid, 1848, pág. 230, quien en sede de usufructo hace una advertencia: "[n]o se hace mención en este lugar del *cuasi-usufructo*, porque nuestras leyes no reconocen como tal, al acto clasificado así por los autores; y, además, porque consistiendo este en cosas fungibles, más participa de la naturaleza del *mutuo* que del *usufructo*; razones por las que será referido en el tratado de los contratos, como *mutuo condicional*"; GÓMEZ DE LA SERNA, y MONTALBÁN, *Elementos del Derecho civil...*, op. cit., pág. 750, nota 2: "[n]uestros autores, siguiendo á los del derecho romano, han establecido un *casi usufructo* (...). Desechamos esta doctrina que no encuentra apoyo en las leyes y que no nos parece conforme con su espíritu. El *casi usufructo* difícilmente podrá ser considerado como diferente del préstamo de mutuo, pues á pesar de las discordancias que señalan los intérpretes, no dan una especial que por lo menos era indispensable para establecer la diferencia". Ya con anterioridad en Francia, TOULLIER, [Charles Bonaventure], *Le Droit civil français suivant l'ordre du Code, nouvelle édition, tomo deuxième, Bruxelles, 1845, n. 396, pág. 83: "[d]ans la verité, cet usufruit des choses fongibles ne parait etre autre chose qu'un prêt gratuit restituable à la mort de l'emprunteur, si l'usufruit est à vie, ou à telle époque, ou sous telle *condiction*".*

que fuera un mutuo, puesto que está más próximo a esta institución que al usufructo¹²⁹.

Incluso se ha dicho en diversas ocasiones que estaremos ante un usufructo de cosas consumibles cuando el usufructo sea de una universalidad en la que haya cosas consumibles o en el caso de que se constituya *mortis causa*, pero fuera de estos casos, es decir, en el supuesto de que el usufructo sólo fuera de cosas consumibles o se constituyera *inter vivos*, nos hallaríamos ante un contrato de mutuo¹³⁰. TOULLIER, sin embargo, cree que "[c]es auteurs

¹²⁹ Entre nosotros destacan ROMERO GINZO, *Sala novísimo...*, *op. cit.*, pág. 214: "solo en un sentido muy lato se puede decir usufructo, ó casi usufructo como suele llamársele, el de estas cosas, en nada diferente del verdadero mutuo"; SÁNCHEZ ROMÁN, *Derecho civil español...*, *op. cit.*, tomo III, pág. 569, considera que el casi usufructo es un "término é hipótesis más aplicable á una especie más ó menos irregular del contrato de mutuo, que no á un caso de usufructo, siquiera resulte calificado así por puro arbitrio de la ley, pero no por esencia ó naturaleza de la relación jurídica que representa"; MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código...*, *op. cit.*, tomo IV, pág. 527: "[e]ste usufructo especial, llamado, aunque impropiamente, casi usufructo, queda en realidad convertido en un préstamo mutuo; pero se comprende que la ley lo incluya en el capítulo que examinamos, atendiendo sobre todo a los usufructos universales, pues al quedar en la universalidad de bienes cosas fungibles, convenía dejar sentado como evidente que tales cosas no debían ser excluidas del usufructo"; MARÍN PÉREZ, *Derecho civil...*, *op. cit.*, vol. III, pág. 138, quien afirma que al chocar frontalmente con el principio *salva rerum substantia*, "el llamado quasi-usufructo se aproxima, desde un punto de vista estrictamente jurídico, mucho más a un mutuo que a la figura del usufructo". En Francia, DELVINCOURT [Claude Etienne], *Istituzioni di Diritto civile secondo le disposizioni del Codice Napoleone*, versión italiana eseguita sulla seconda edizione Francese, Tome I, Milano, 1812, pág. 359, nota 2, afirma que "[è] piuttosto, di fatti, un prestito che un usufrutto"; HUC, *Commentaire théorique...*, *op. cit.*, pág. 229, n. 182: "on imagine le quasi-usufruit, qui ressemble sous certains rapports au prêt de consommation". En Italia, entre la doctrina del Codice de 1865, GIANTURCO, Emanuele, *Istituzioni di Diritto civile italiano*, edición riveduta e coordinata al diritto vigente dal prof. Avv. Carlo Lessona, Firenze, 1915, pág. 124: "il quasi-usufrutto delle cose consumabili, che in fondo è un mutuo"; entre la doctrina del Codice de 1942, CALLEGARI, Dante, *Istituzioni di Diritto privato*, Torino, 1954, pág. 479: "[i]n sostanza il quasi usufrutto equivale ad un mutuo gratuito"; DUSI, Bartolomeo, *Istituzioni di Diritto privato*, settima edizione rinnovata e ampliata a cura di Sergio Maiorca, vol. primo, Torino, 1977, pág. 591: "[i]l vantaggio dell'usufruttuario consiste qui in una specie di mutuo gratuito".

¹³⁰ Ya en el siglo XV CONNANUS, *Commentariorum iuris...*, *op. cit.*, lib. IIII, cap. IIII, fol. 235r: "[i]taque senatusconsultum arbitror inductum legatorum causa, non etiam eorum contractuum quos appellamus, inter vivos, ut ex Ulpiani verbis fati apparet, quibus dicit Senatum censuisse rerum omnium usumfructum legari posse. videtur, si decem aureorum usumfr. tibi donaverim, non usumfr. constitutum esse, sed

se trompent. L'usufruit d'une somme d'argent, constitué par un acte entre-vifs pour dix ans, par exemple, diffère essentiellement d'un prêt, en ce que, si l'usufruitier mourait après un an, ses héritiers seraient obligés de rendre la somme sans attendre l'expiration des dix ans, au lieu que les héritiers de l'emprunteur jouissent du délai qui lui était accordé"¹³¹. Quizás aquellos autores consideran que no tiene mucho sentido mantener dos figuras

mutuum, quod mihi post mortem restitueres: in legatis autem utilitatis causa institutum est, ut quia nemo post mortem dare mutuo potest, licerat illi legando usufr. facere, quod per contractum non posset"; en el siglo XVIII, MAIANSIUS, *Disputationes iuris...*, op. cit., n. 33, pág. 321: "[m]utuum solum habet locum inter vivos, quasi-usufructus in ultimis voluntatibus"; GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, op. cit., § 645, pág. 379: "[i]n tutte le leggi del presente titolo, come in tutti gli altri passi delle Pandette e delle Istituzioni (...) non si menziona che quell'unico modo di costituzione del quasi usufrutto mediante legato; in nessun luogo si fa cenno del contratto, qual modo di costituirlo. Quest'ultimo modo sarebbe perfino incompatibile con un quasi usufrutto, perchè si trasformerebbe in un mutuo", sin embargo, en la pág. 380 acaba afirmando que "una volta que il quasi-usufrutto fu introdotto, non c'è alcuna ragione, per cui non possa costituirsi anche mediante contratto"; en el siglo XIX DURANTON, *Cours de Droit...*, op. cit., n. 1285 (474), pág. 390: "[l]e prêt est un contrat, au lieu que l'usufruit dont il s'agit, lorsqu'il est spécial, ne peut être établi que par testament: autrement, dit fort bien Lacombe, ce serait un prêt"; BEUDANT, *Cours de Droit...*, op. cit., pág. 463, n. 421: "si la succession comprend de l'argent, des diniers, ou autres choses susceptibles primo usu, il serait étranger que l'usufruitier n'ait aucun droit sur ces biens (...). En dehors de là, il est plus rationnel de recourir au prêt de consommation"; VAN ARENBERGH, *Traité de l'usufruit...*, op. cit., col. 297, n. 998: "[o]n a soutenu que le quasi-usufruit ne peut être établi que par testament et que s'il est formé par actes entre vifs, il constitue un prêt de consommation"; HANAUSEK, *Die Lehre vom uneigentlichen...*, op. cit., beilage (Der Quasiusufructus und ihm verwandte Contracte insbesondere das pignus irregulare), págs. 163 y 164, matiza que "[a]n der Ansicht älterer Schriftsteller (cf. die bei Glück), der Quasiusufructus könne inter vivos darum nicht bestellt werden, weil das Geschäft sonst ein Darlehn wäre, ist daher so viel wahr, dass es bei einem unter Lebenden bestellten Quasiusufructus unter Umständen gleichgiltig sein kann, ob man das Geschäft einen Quasiusufructus oder ein Darlehn nennt". Ya en el siglo XX, NICOLÒ, y GIORGIANNI, voz "Usufrutto (Diritto civile)", en *Nuov. Dig. It.*, op. cit., n. 5, pág. 782, ponen de manifiesto la hipótesis en que "in un legato di usufrutto, siano comprese soltanto cose di utilità semplice; ma quando sia trasferita, tra vivi, la proprietà di una cosa di utilità semplice con l'obbligo della restituzione si ha indubbiamente un mutuo"; en el mismo sentido en NICOLÒ, en *Codice civile, Libro della proprietà commentario*, diretto da Mariano D'Amelio, Firenze, 1942, comentario al art. 185 (cose consumabili) del proyecto de Codice, pág. 636: en el caso "in cui si trasferisca per atto tra vivi la proprietà di una cosa consumabile con l'obbligo della restituzione. In tal caso anche se le parti parlano di usufrutto, è difficile pensare che si abbia il quasi usufrutto di cui all'art. 185 più che un mutuo".

¹³¹ TOULLIER, *Le droit civil...*, op. cit., págs. 83 y 84, n. 397.

para realizar el mismo fin, sin embargo, como veremos sí puede tener sentido la distinción, precisamente por la distinta naturaleza del derecho del poseedor de los bienes en cada figura: un derecho real en el usufructo de cosas consumibles y un derecho personal en el préstamo; además de la transmisión de la propiedad de los bienes en el supuesto del mutuo.

Quizás, según BIGLIAZZI, si se piensa que el contrato de mutuo puede nacer por un contrato real atípico (mutuo convencional), el llamado usufructo de cosas consumibles estará más cercano a un mutuo que a un usufructo¹³².

Estas analogías entre las dos figuras tampoco escaparon a la atención de BÜRKEL, quien considera que se puede establecer un préstamo que tiene gran similitud con el usufructo de cosas consumibles: "[w]ird durch ein Rechtsgeschäft unter Lebenden ein unverzinsliches Darlehen gegeben, zurückzahlbar im Falle des Todes oder einer *capitisdeminutio* und gesichert durch *satisdatio*, so ist der Inhalt des *Quasiususfructus pecuniae* vorhanden"¹³³. Sin embargo, FRANK considera que esto no es correcto, pues el negocio siempre será un mutuo y estará sujeto a sus reglas¹³⁴.

No obstante, a pesar de la cercanía existente entre el usufructo de cosas consumibles y el mutuo, sobre todo si pensamos que en ambas figuras se realiza la entrega de una cosa con libertad de uso para la posterior devolución de

¹³² BIGLIAZZI, *L'usufrutto, appunti...*, op. cit., pág. 292; *Usufrutto...*, en *Trattato...*, op. cit., pág. 192: "[m]a si se pensa che si ammette anche la possibilità di un mutuo (atipico) consensuale e che, in un caso e nell'altro, ciò che, in ultima analisi, si realizza è un trasferimento di proprietà, cui consegue l'assunzione di una obbligazione di restituire, ne dovrebbe venire la possibilità di scorgere nel c.d. quasi-usufrutto un fenomeno più vicino al mutuo (seppur atipico *quoad constitutionem*) che all'usufrutto".

¹³³ BÜRKEL, *Beiträge zur Lehre...*, op. cit., § 5, pág. 41.

¹³⁴ FRANK, *Ueber den uneigentlichen...*, op. cit., § 2-2, pág. 10: "so ist dies meines Erachtens nicht richtig, denn das Geschäft bleibt trotzdem immer ein Darlehn und unterliegt den Regeln eines solchen, beispielsweise dem S.C. *Macedonianum*, dem sich der *Quasiususfructus pecuniae* entzieht, es sei denn, dass diese Form der Hingabe des Geldes nur zur Umgehung des Gesetzes gewählt ist".

un equivalente, hay una serie de características que las diferencian. Según la doctrina son las siguientes:

-Situándonos en el Derecho romano y en cuanto a las acciones que se podían interponer, HELD y LAHOVARI, consideran que en el mutuo, la acción se dirigía a la restitución de las cosas fungibles en igual cantidad y calidad, ("also auf eine genau bestimmte Quantität, ein certum"), por lo que la acción es una *certi condictio*. En cambio, en el usufructo de cosas consumibles la obligación del usufructuario es la de devolver iguales cosas o su estima, "also auf Etwas seinem Umfange und seiner Beschaffenheit nach nicht genau bestimmtes (*Incertum*)", por eso, aquí la obligación se cumple con una *incerti condictio*¹³⁵.

Algunos romanistas, en cambio, son partidarios de la tesis de que las acciones del usufructo de cosas consumibles eran las mismas que se aplicaban en el mutuo¹³⁶.

-Dentro del contexto del Derecho romano, se suele señalar que el S.C. Macedoniano, que prohibía dar dinero en préstamo a los *filii familias* para proteger, de este modo, al padre, sólo era aplicable al mutuo, no al usufructo de cosas consumibles¹³⁷.

¹³⁵ HELD, *Die Lehre vom usufructus...*, op. cit., § 7, pág. 36, n. 3; LAHOVARI, *De usufructu...*, op. cit., § 19, pág. 56: "[q]uintum denique, quod actio mutui certi condictio est; ususfructus vero bonorum, incerti".

¹³⁶ ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni...*, op. cit., pág. 241: "la posizione del quasi-usufruttuario coincide piuttosto con quella di un mutuuario. Tant'è che, sia in base alla cauzione sia nell'ipotesi che l'erede abbia tralasciato di chiederla, l'azione data contro il titolare o i suoi eredi dopo il termine del quasi usufrutto non è *in rem* ma *in personam*, cioè, secondo i casi, l'*actio certae creditae pecuniae* o la *condictio certae rei*, le stesse azioni che tutelano il mutuo di danaro e di derrate"; IGLESIAS, Juan, *Derecho romano, historia e instituciones*, Barcelona, 1993, pág. 308, nota 11: "[e]n realidad, el usufructuario no es aquí más que un mutuuario, y a ello obedece el que entren en juego las acciones propias del mutuo".

¹³⁷ HANAUSEK, *Die Lehre vom uneigentlichen...*, op. cit., Beilage (Der Quasiusufructus und ihm verwandte Contracte...), pág. 163, n. 4: "Der Beschränkungen des SC. Macedonianum haben nur auf das Darlehn nicht aber auf den Quasiusufructus Anwendug zu finden"; FRANK, *Ueber*

-Otra de las diferencias que se anuncian es la relativa a los intereses. En el mutuo se pueden pedir intereses del dinero prestado, cosa que no sucede en el usufructo de cosas consumibles¹³⁸. Sin embargo, este argumento no es riguroso ya que se limita al préstamo de dinero que es el que produce intereses, no a las restantes cosas fungibles, que producen rentas. Además, esta distinción tiene un carácter relativo, pues lo decisivo es el carácter oneroso o gratuito de las figuras, y ambas pueden ser tanto gratuitas como onerosas. Para el préstamo lo dice expresamente el art. 1740-3 Cc¹³⁹.

-La caución es otro de los aspectos que distingue ambas instituciones: mientras que en el mutuo no es obligatorio prestarla, sí es una obligación que concierne al usufructuario. Sin embargo, la voluntad de las partes

den uneigentlichen..., op. cit., § 2-2, pág. 10: "[d]as S.C. Macedonianum endlich ist nur auf das mutuum anwendbar, nicht auf den uneigentlichen Niessbrauch".

¹³⁸ Entre nuestra doctrina destacan SEOANE, Juan Antonio, *Jurisprudencia civil vigente española y extranjera según las sentencias del Tribunal Supremo desde el establecimiento de su jurisprudencia en 1838 hasta la fecha...*, Madrid, 1861, pág. 569; GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Codigos ó estudios fundamentales...*, op. cit., tomo II, pág. 615. En Alemania, GLÜCK, *Commentario alle pandette...*, op. cit., § 645, pág. 380; HELD, *Die Lehre vom usufructus...*, op. cit., § 7, pág. 37, n. 4; LAHOVARI, *De usufructu...*, op. cit., § 19, pág. 56; FRANK, *Ueber den uneigentlichen...*, op. cit., § 2-2, pág. 9; HEINECIO, *Recitaciones...*, op. cit., pág. 12: "en aquel [refiriéndose al mutuo] pueden prometerse usuras, y en este [refiriéndose al usufructo] no".

¹³⁹ En este sentido, PUIG PEÑA, *Tratado de derecho...*, op. cit., tomo III, vol. I, pág. 324, nota 8, b), afirma que en caso de duda, el usufructo de cosas consumibles establecido mediante contrato se considera oneroso, en cambio, el mutuo es gratuito, excepto pacto en contrario. Sin embargo, ¿desde cuando, el usufructo o cualquier otro contrato en caso de duda se considera oneroso?, además el usufructo suele ser gratuito. Si para que el mutuo sea oneroso debe aparecer así expresamente, por la misma razón parece que sólo será oneroso el usufructo si consta expresamente. Por lo tanto, la afirmación expuesta por el autor quizás tiene un carácter marginal, pues no está claro que en nuestro ordenamiento haya una presunción de onerosidad.

puede dispensar al usufructuario u obligar a que se preste en el mutuo¹⁴⁰.

-Con el mutuo estamos ante un contrato real del que surge un derecho personal, mientras que con el usufructo de cosas consumibles nos hallamos ante un derecho real. De este modo, la reclamación pidiendo que se devuelva el préstamo sólo puede dirigirse contra el deudor. En cambio, la acción del propietario para la devolución del equivalente en el caso del usufructo de cosas consumibles

¹⁴⁰ Ya en el siglo XVI, DONELLUS, *Commentarius de iure...*, op. cit., n. 13, pág. 36, advertía que "[a]dditur igitur in hac cautione conditio, quae rem propriam ususfructus facit, et hanc restitutionem a mutuo separat". Posteriormente, entre nuestra doctrina, en el siglo XIX, SEOANE, *Jurisprudencia civil...*, op. cit., pág. 569; GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Códigos ó estudios fundamentales...*, op. cit., 615; en el siglo XX, PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho...*, op. cit., tomo III, vol. I, pág. 324, nota 28, c): "el casi usufructo requiere inventario y fianza con los efectos consiguientes a su omisión, cosa que no se exige en el mutuo". En Francia, HUMBERT, *Essai sur la fongibilité...*, op. cit., pág. 69; DURANTON, *Cours de Droit...*, op. cit., n. 1285 (474), pág. 390; PROUDHON, *Trattato di dritti...*, op. cit., pág. 52, n. 69: "l'emprestario non è obbligato a dare alcuna cauzione, salvo se si fosse espressamente obbligato nell'atto di prestito; ed al contrario l'usufruttuario deve prestarne una, eccetto se lo dispensasse il titolo costitutivo del suo usufrutto"; TROPLONG, *Commentaire du prêt...*, op. cit., pág. 154, n. 219; DEMOLOMBE [Jean Charles Florent], *Traité de la distinction des biens*, tome premier, Paris, 1870, pág. 239, n. 290; DELSOL, *Explication élémentaire...*, op. cit., pág. 475, n. 821; BAUDRY-LACANTINERIE, Y CHAUVEAU, *Traité théorique...*, op. cit., pág. 379, n. 581. En Bélgica, VAN ARENBERGH, *Traité de l'usufruit...*, op. cit., col. 297, n. 998. En Italia, PACIFICI-MAZONI, comentario a los arts. 477 y 478, en *Il codice civile italiano...*, op. cit., pág. 320, n. 310. En Alemania, GLÜCK, *Commentaire alle Pandette...*, op. cit., § 645, pág. 380; HELD, *Die Lehre vom usufructus...*, op. cit., § 7, pág. 37, n.6: "[d]er Quasi-usufructuar mub auf Verlangen des Bestellers zur Sicherung dereinstiger Zurückgabe in Kraft gesetzlicher Anordnung Caution leisten. Sicherheitsleistung bei Darlehen beruht, wo sie vorkommt, auf freier Uebereinkunft"; LAHOVARI, *De usufructu...*, op. cit., § 19, pág. 56; FRANK, *Ueber den Uneigentlichen...*, op. cit., § 2-2, pág. 9; HANAUSEK, *Die Lehre vom uneigentlichen...*, op. cit., beilage (Der Quasiusufructus und ihm verwandte Contracte...), pág. 162, n. 2; HEINECIO, *Recitaciones...*, op. cit., 12: "en el mutuo no se exige caución, y sí en el usufructo". Entre los romanistas destacan ORTOLAN, *Explicación histórica*, op. cit., pág. 295; *Lecciones de Derecho romano (primer curso) ó apuntes arreglados al programa y a las explicaciones del catedrático de la propia asignatura en la Universidad de Barcelona*, edición corregida y notablemente aumentada por un licenciado en Derecho y en Filosofía y Letras, Barcelona, 1875, pág. 510: "Esta caución es necesaria, porque sin ella habría un verdadero mutuo ó préstamo, pues lo que principalmente distingue á éste del quasi-usufructo es la caución ó promesa".

puede establecerse "no sólo contra el usufructuario y sus herederos; sino contra todos los deudores posteriores á la entrega de aquella cosa, y contra los que posean la cosa dada para seguridad en fianza"¹⁴¹, es decir, *erga omnes*.

-En cuanto a la constitución también existen diferencias¹⁴². El usufructo de cosas consumibles puede ser legal, convencional o testamentario, es decir, puede constituirse *inter vivos* y *mortis causa*, mientras que el mutuo sólo puede constituirse de forma convencional, o sea *inter vivos* ¹⁴³. En esta línea se dirá que cuando la fuente es el contrato, el negocio de creación en el mutuo será consensual y en el usufructo de cosas consumibles real¹⁴⁴.

¹⁴¹ SEOANE, *Jurisprudencia civil...*, op. cit., pág. 570.

¹⁴² HANAUSEK, *Die lehre vom uneigentlichen...*, op. cit., beilage (Der Quasiusufructus und ihm verwandte Contracte...), pág. 162, n. 1: "dem Quasiusufructus gewisse Entstehungsgründe vor dem Darlehn eigentümlich sind" y continua afirmando: "[s]o kann der Quasiusufructus ex lege entstehen und in gewissen Fällen durch richterlichen Zuspruch begründet werden. Letztwillig kann dem Erben wie die Verpflichtung zur Bestellung eines Quasiusufructus, so die Verpflichtung zur Hingabe eines Darlehns auferlegt sein. Der letztwillig bestellte Quasiusufructus unterscheidet sich jedoch dadurch von dem letztwillig bestellten Darlehn, dass auf den ersteren deiselben Grundsätze zur Anwendung kommen, wie sei dem legirten verus usufructus eigentümlich sind".

¹⁴³ PROUDHON, *Trattato dei dritti...*, op. cit., pág. 52, n. 69: "il prestito è sempre un contratto che ha luogo solo per atto tra vivi, e l'usufrutto si stabilisce anche per disposizioni a causa di morte"; BAUDRY-LACANTINERIE, y CHAUVEAU, *Traité théorique...*, op. cit., pág. 379, n. 581: "le quasi-usufruit peut être légal, testamentaire ou conventionnel; le prêt de consommation est toujours conventionnel"; VAN ARENBERGH, *Traité d'usufruit...*, op. cit., col. 297, n. 998: "le quasi-usufruit peut être légal, testamentaire ou conventionnel; le prêt de consommation est toujours conventionnel".

¹⁴⁴ BIGLIAZZI, *L'usufrutto, appunti...*, op. cit., pág. 292; *Usufrutto...*, en *Trattato...*, op. cit., pág. 192.

VENEZIAN, *Usufructo, uso...*, op. cit., II, pág. 257, nota 1 de la pág. 256, n. 269, para diferenciar ambas figuras dice que "al constituirse contractualmente el cuasiusufructo se origina una obligación por parte de quien lo constituye, y no advierte que esta obligación viene a ser correlativa a la contraída por el cuasiusufructuario, por lo cual los deberes de este último tienen como causa la expresada obligación del constituyente y no el cumplimiento mismo de la prestación convenida".

-A pesar de no ser una opinión muy extendida, se ha afirmado que el objeto del mutuo son cosas fungibles no consumibles, mientras que el del usufructo de cosas consumibles son cosas consumibles y no fungibles¹⁴⁵.

-Si bien parte de la doctrina la enumera entre las semejanzas, no faltan autores que destacan las peculiaridades de la restitución en ambas figuras, convirtiéndola en una característica que las diferencia. En el usufructo de cosas consumibles la obligación de restituir por parte del usufructuario varía si se han estimado o no los bienes; si se han estimado, la restitución es del valor al momento de entregarse la cosa y si no se han estimado, surge una obligación alternativa (el *tantundem* o el precio corriente al finalizar el derecho). En cambio en el mutuo no se distingue entre la estima o no de los bienes y no existe elección al momento de restituir; esta obligación se reduce a cosas de la misma especie y calidad (arts. 1753 y 1754-2 Cc)¹⁴⁶.

¹⁴⁵ HELD, *Die Lehre vom usufructus...*, op. cit., § 7, pág. 35, n. 1; HANAUSEK, *Die Lehre vom uneigentlichen...*, op. cit., beilage (Der Quasiusufructus und ihm verwandte Contracte...), pág. 163, n. 5, quien añade "dass vielmehr über unvertretbare Sachen nur ein dem Darlehn ähnlicher Innominatcontract geschlossen werden kann"; FRANK, *Ueber den uneigentlichen...*, op. cit., § 2-2, pág. 10.

¹⁴⁶ Entre la doctrina del *ius commune* destaca ZOESIUS, *Commentarius ad institutionum...*, op. cit., n. 8, pág. 199: "quasi usufructum non distare a mutuo, admisa ipsa opinione: nam ab eo distat (...). Secundò, quod admittat aestimationem eius, quod relictuum, reddi, l. 7 D. d. t. cum ut satisfiat mutuo sit reddenda res eiusdem generis; neutiquam autem satisfiat offerendo aestimationem". Entre nuestra doctrina, PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho...*, op. cit., tomo III, vol. I, pág. 324, nota 28, apartado d). En Francia, DEMANTE, *Cours analytique...*, op. cit., pág. 500, n. 420-bis; PROUDHON, *Trattato dei diritti...*, op. cit., pág. 52, n. 69, n. 5 añade que si el usufructuario "preferissero la restituzione in natura, l'usufrutto avrà più somiglianza col prestito o col cambio", y en el n. 70, n. 6 afirma que "in caso di scelta per liberarsi col pagamento del prezzo delle cose ricevute, devesi rimontare al tempo della eseguita consegna, per fissare il valore dovuto dall'usufruttuario a suoi eredi (...). Nel prestito, al contrario, quando l'imprestario non vuole o non può restituire la cosa in natura, gli è permesso di pagarne il valore, avuto riguardo al tempo e luogo in cui la cosa doveva essere restituita secondo la convenzione"; TROPLONG, *Commentaire du prêt...*, op. cit., pág. 154, n. 219. En Italia, entre la doctrina del Codice de 1865, FADDA, Carlo, y BENZA, Paolo Emilio, en las notas a WINDSCHEID, Bernardo, *Diritto delle Pandette*, continuadas por Pietro Bonfante y

MUCIUS SCAEVOLA, sin embargo, respecto al usufructo de cosas consumibles considera que "[s]us dos soluciones, según que los objetos dados en usufructo hayan sido o no previamente estimados, no arguyen diferencias de fondo con el préstamo, pues la voluntad o el silencio de propietario y usufructuario pueden recaer en que, así el usufructuario como el prestatario, cumplan con devolver otra cosa de la misma especie y calidad que la cedida o prestada, siendo esta exigencia común a los dos casos que distingue el artículo 482"¹⁴⁷.

-La duración de ambos derechos es distinta. El mutuo puede exigirse en el momento que quiera el acreedor, a no ser que se haya pactado el tiempo que debe pagarse; el usufructo de cosas consumibles, en cambio, dura el tiempo que se haya estipulado el Derecho, y a falta de plazo hasta la muerte del usufructuario, es decir, vitalicio¹⁴⁸.

Fluvio Maroi, vol. quinto, Torino, 1930, pág. 226: "ricordiamo come l'usufruttuario, a differenza del mutuatario, non sia obbligato a restituire il *tantundem*, ma possa scegliere di restituire l'equivalente in denaro (art. 483)". En Alemania, GLÜCK, *Commentario alle Pandette...*, op. cit., § 645, pág. 380; HELD, *Die Lehre vom usufructus...*, op. cit., § 7, págs. 35 y 36, n. 2: "[d]er Darlehensempfänger restituiert das Darlehen in Sachen, welche den empfangenen in Qualität und Quantität entsprechen. Der Quasi-Usufructuar hat die Wahl zwischen der Restitution gleicher Sachen oder den Ersatz ihres Werthes Daher ist"; LAHOVARI, *De usufructu...*, op. cit., § 19, pág. 56; FRANK, *Ueber den uneigentlichen...*, op. cit., § 2-2, págs. 9 y 10.

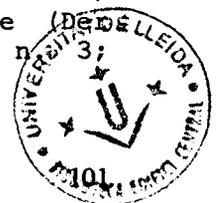
147 MUCIUS SCAEVOLA, *Comentario al art. 482 Cc*, en *Código civil*, op. cit., tomo IX, pág. 321.

148 Entre nosotros, GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Códigos ó estudios fundamentales...*, op. cit., 615; PUIG PEÑA, *Tratado de derecho...*, op. cit., tomo III, vol. I, pág. 324, nota 28, d). En Francia, DURANTON, *Cours de Droit...*, op. cit., pág. 390, n. 1285 (474); PROUDHON, *Trattato di dritti...*, op. cit., pág. 52, n. 69, 3°; TROPLONG, *Commentaire de prêt...*, op. cit., pág. 154, n. 219; HUMBERT, *Essai sur la fongibilité...*, op. cit., pág. 69. En Alemania, GLÜCK, *Commentario alle pandette...*, op. cit., § 645, pág. 380; HELD, *Die lehre vom usufructus...*, op. cit., § 7, pág. 37, n. 5: "[d]as mutuum mub nach Ablauf der zu dessen Heimzahlung festgesetzten Zeit restituiert werden. Ist keine Zeit zur Rückgabe bestimmt, so steht jedem Contrehtenten die Kündigung frei. Der Quasi-usufructus ist unauskündbar"; FRANK, *Ueber den uneigentlichen...*, op. cit., § 2-2, pág. 10: "[e]in Darlehn ferner kann jederzeit vom Gläubiger, abgesehen von besonderen Abreden, zurückgefordert werden, der Quasiusufructus ist von Seiten des Proprietars unkündbar"; HEINECIO, *Recitaciones...*, op. cit., 12.

-Las causas de extinción son distintas. En el mutuo, lo prestado no es exigible por la muerte del mutuario y los herederos del mismo no están obligados a restituir los bienes hasta que venza el préstamo, pues el derecho del mutuario es transmisible a los herederos. En el usufructo de cosas consumibles el derecho se extingue con la muerte del usufructuario y es entonces cuando se restituirán las cosas¹⁴⁹.

Expuestas las diferencias que se considera doctrinalmente median entre el usufructo de cosas consumibles y el mutuo, puede concluirse que éstas no son tan trascendentes que impidieran la subsunción del disfrute de cosas consumibles bajo la fórmula del mutuo. Es más, la función socio-económica que vienen a cumplir tanto el mutuo de bienes fungibles como el usufructo de cosas consumibles es substancialmente la misma, consistente en el uso y disfrute de bienes ajenos a cambio de restituir un equivalente. Además, las diferencias de régimen son más bien puntuales. Es cierto que el contenido de las dos instituciones es muy distinto: en el mutuo, como señala el

¹⁴⁹ MAIANSIUS, *Disputationes iuris...*, op. cit., n. 33, pág. 321: "[m]utuum non habet certas, & determinatas a jure restitutionis conditiones. Quasi usufructus habet, mortem scilicet, aut capitis diminutio". En Francia, DURANTON, *Cours de droit...*, op. cit., pág. 390, n. 1285 (474): "[l]'usufruit s'éteignant par la mort de l'usufruitier, les choses alors doivent être restituées; tandis que le prêt ne devient pas exigibles par la mort de l'emprunteur, si l'on n'en a pas fait l'époque de la restitution, ce qui serait terme, quoique incertain"; PROUDHON, *Trattato di dritti...*, op. cit., pág. 52, n. 69, 4º; TROPLONG, *Commentaire de prêt...*, op. cit., pág. 154, n. 219; DELSOL, *Explication élémentaire...*, op. cit., pág. 475, n. 821, afirma que en el mutuo "son droit ne s'était pas nécessairement avec sa vie", en el usufructo de cosas consumibles "son droit est intransmissible à ses héritiers"; BAUDRY-LACANTINIERE, y CHAUVEAU, *Trité théorique...*, op. cit., pág. 379, n. 581; HUMBERT, *Essai sur la fungibilité...*, op. cit., pág. 69. En Bélgica, VAN ARENBERGH, *Traité de l'usufruit...*, op. cit., col. 297, n. 998. En Italia, PACIFICI-MAZZONI, *Il Codice civile...*, op. cit., comentario a los arts. 477 y 478, pág. 320, n. 310. En Alemania, LAHOVARI, *De usufructu...*, op. cit., § 19, pág. 56: "[q]uartum, quod mutuum omni tempore repeti potest; usufructus bonorum non nisi certis modis extinguitur"; HANAUSEK, *Die Lehre vom uneigentlichen...*, op. cit., Beilage (DE DE LLEIDA 3); Quasiusufructus und ihm verwandte Contracte...), pág. 162, n. 3; FRANK, *Ueber den uneigentlichen...*, op. cit., § 2-2, pág. 10.



art. 1753 Cc, se adquiere la propiedad de las cosas fungibles prestadas, con la obligación de devolver otro tanto de la misma especie y calidad; en el usufructo de cosas consumibles se adquiere únicamente el derecho de servirse de las cosas consumibles ajenas, estableciendo el art. 482 Cc un régimen de restitución con sensibles variantes¹⁵⁰. Pero tal diferencia en el contenido del mutuo no es, en ningún caso, un obstáculo que impida realizar la función atribuida al *casi usufructo*.

Por tanto, no era obligado crear un supuesto específico de usufructo para que tuviera cobertura legal la cesión del disfrute de los bienes consumibles, cuando esa cesión ya recibía tutela jurídica en el marco del mutuo que, a diferencia del comodato, conlleva no sólo la facultad de uso sino también la disposición de los bienes.

La opción del legislador al regular expresamente el disfrute de los bienes consumibles en forma de usufructo persigue otras finalidades más allá de la mera permisión de tal disfrute. En primer lugar está la trascendencia de la posición del usufructuario, en cuanto titular de un derecho real, frente al carácter obligacional de la relación de los sujetos en el mutuo. Pero sobre todo, hay que tener presente que el usufructo de cosas consumibles surgió para solucionar los supuestos en que en un usufructo de un patrimonio existían cosas consumibles. Incluso hay que recordar aquel criterio doctrinal tan difundido de considerar que el usufructo de cosas consumibles sólo existía cuando el usufructo se hubiera constituido *mortis causa* o recayera sobre una universalidad, pues, en otro caso, se trataría de un mutuo.

Este criterio, aunque equivocado por poner unos límites que el legislador no estableció, es lógico en cuanto que en esos supuestos es en los que la figura que estudiamos tiene plena virtualidad, al cumplir una función que podemos llamar de comodidad, unidad jurídica o, incluso, economía jurídica.

¹⁵⁰ En este sentido se expresa JORDANO BAREA, "El cuasi-usufructo...", *loc. cit.*, pág. 1018.

Y es así, porque si no existiera la disposición del art. 482 Cc, cuando se constituye un usufructo sobre todo un patrimonio en el cual existan bienes consumibles, estos tendrían que seguir necesariamente el régimen del mutuo, obligando al constituyente a establecer diversos títulos de cesión en función de la naturaleza de los bienes. Además, ante la falta de tal previsión, se plantearían a menudo serios problemas de interpretación de su voluntad, siendo obligado que tales bienes quedasen fuera del usufructo y se correría el riesgo de que quedasen improductivos. En el mejor de los casos, supondría que el disfrute de un patrimonio tendría que realizarse bajo diversos títulos (usufructuario respecto de algunos bienes, mutuario respecto de los consumibles), con la consiguiente dualidad de regímenes jurídicos, que introduciría una inevitable inseguridad.

En todo caso, aparte de estar justificada la admisión del usufructo sobre cosas consumibles, defendemos su distinción con el mutuo, sobre todo, porque el objeto sobre el que recaen esos derechos son distintos, como ya se apuntó y veremos en el próximo capítulo con más detalle.

4.4. El usufructo con facultad de disponer extraordinaria y el usufructo de cosas consumibles

Otra de las figuras con las que el usufructo de cosas consumibles puede compararse, en cierto modo, es con el usufructo con facultad de disposición. En éste, normalmente, en previsión de que las facultades ordinarias que integran el usufructo no sean suficientes para cumplir su función, es decir, proporcionar los recursos suficientes para atender a una subsistencia decorosa del usufructuario, sin privar a los descendientes de la propiedad de los bienes que integran el patrimonio, se concede al usufructuario la facultad extraordinaria de disponer de los

bienes¹⁵¹. Este poder de disposición puede someterse a límite, por ejemplo, en casos de necesidad, para los negocios *inter vivos*, etc.¹⁵²

LATOUR BROTONS afirma que "[e]l titular de este derecho híbrido, por su carácter potestativo, puede anular el derecho del nudo propietario, que se convierte en una expectativa residual al disfrute y propiedad de los bienes de que no haya dispuesto el usufructuario dentro de las condiciones marcadas por el testamento"¹⁵³.

Se trata de una institución de origen consuetudinario, desconocida en las fuentes del Derecho romano y sin precepto en el Código civil que la reconozca, a pesar de estar reconocida por la jurisprudencia anterior al Código, en particular por la de la Dirección General de Registros y del Notariado¹⁵⁴. Sin embargo, en virtud de los arts. 467 *i.f.* y del 470 Cc, halla cabida en sede de usufructo¹⁵⁵.

El problema de este usufructo es delimitar su naturaleza jurídica: para unos, con la facultad dispositiva se desnaturaliza el derecho de usufructo, de forma que el

¹⁵¹ SÁNCHEZ CALERO, "El usufructo...", *loc. cit.*, pág. 216; RIVAS TORRALBA, Rafael A., "Notas sobre el usufructo con facultad de disponer", *RCDI*, enero-febrero, 1976, págs. 343 ss.

¹⁵² DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema...*, *op. cit.*, III, pág. 402; SÁNCHEZ CALERO, "El usufructo...", *loc. cit.*, págs. 225 y 226, advierte, sin embargo, que "sólo encuentro como supuesto que encaje en el marco del propio usufructo de disposición, aquel en que se legitima al usufructuario para disponer en caso de necesidad". En un sentido similar, en las notas de Fairén a OURLIAC, Paul, y MALAFOSSE, J. de, *Derecho romano y francés histórico*, traducción al español y anotaciones de Manuel Fairén, tomo II, Barcelona, 1963, pág. 661, se afirma que "la doctrina más autorizada mira con malos ojos al usufructo sin obligación de respetar la forma y la sustancia. A tal efecto se exige para admitir el usufructo con facultad de disposición que se trate de una facultad reconocida sólo en caso de necesidad y relativa en todo caso a disposiciones a título oneroso, nunca gratuito".

¹⁵³ LATOUR BROTONS, "Estudio del usufructo", *loc. cit.*, págs. 591 y 592.

¹⁵⁴ LATOUR BROTONS, "Estudio del usufructo", *loc. cit.*, pág. 591.

¹⁵⁵ En Cataluña (art. 304-3 CS) y en Navarra (leyes 250 y 264) sí se reconoce expresamente este usufructo.

usufructuario se convierte en propietario¹⁵⁶; para otros se trata de un derecho real distinto¹⁵⁷; según otra opinión, la mayoritaria, se trata de un usufructo en el que hay una yuxtaposición de un poder dispositivo¹⁵⁸.

Además, es una institución que, cuando se constituye por disposición testamentaria, se acerca bastante a un

¹⁵⁶ VENEZIAN, *Usufructo, uso...*, op. cit., I, págs. 276 y 326: "si se atribuye al legatario del usufructo facultad para enajenar y no se le impone al terminar el usufructo la obligación de restituir el valor de las cosas recibidas, hay que reconocer que se le fué legada la propiedad"; entre nuestra doctrina actual, CARRASCO PERERA, Ángel, *Derecho civil*, (Introducción. Derecho de la persona. Derecho subjetivo. Derecho de propiedad), Madrid, 1996, pág. 276: "[e]ste usufructo con facultad de disposición es muy común como disposición testamentaria en favor del viudo, y en mi opinión pierde la naturaleza de usufructo para transformarse en un derecho de propiedad temporalmente limitado".

En todo caso, hay argumentos para rechazar que se convierta en derecho de propiedad: en caso que el usufructuario no utilice o agote la facultad dispositiva, al fallecer, los bienes no van a pasar a los herederos, sino al nudo propietario; y normalmente, aunque el usufructuario disponga de los bienes, en el momento de la extinción del usufructo tendrá que devolver el valor de esos bienes, o al menos lo restante no consumido.

¹⁵⁷ BELTRÁN DE HEREDIA CASTAÑO, José, "Usufructo sobre usufructo en la legislación española", *RDP*, mayo-1941, pág. 298: "esta facultad concedida al usufructuario no quita a la institución su naturaleza de usufructo, no en el sentido de que, a pesar de esta atribución, el usufructo continúa siendo el mismo: sino que el usufructo, que es el normal, se ve aumentado con aquellas facultades extrañas a su esencia, a la que no afectan para nada. Por eso no puede decirse que este poder de disposición de las cosas sea una consecuencia de la atribución del derecho de usufructo (...), sino una facultad más que el propietario, en el caso de muerte (...) permite al usufructuario, además de su derecho de disfrute, aquella otra facultad de enajenar algunos bienes. Se constituye entonces no un derecho de usufructo, sino un derecho real distinto en virtud del principio de *numeros apertus* que nuestra legislación admite en la constitución de los derechos reales"; MARÍN PÉREZ, *Derecho civil*, op. cit., vol. III, pág. 141: "se trata de un derecho real independiente".

¹⁵⁸ CLEMENTE MEORO, en LÓPEZ LÓPEZ, y MONTÉS PENADÉS, *Derechos reales...*, op. cit., pág. 465: "[e]sta figura se entiende, pues, concibiéndola como un usufructo al que se ha yuxtapuesto una facultad de disponer, una especial y extraordinaria legitimación para realizar un negocio dispositivo con influencia en la esfera jurídica ajena"; LASARTE, *Principios...*, op. cit., tomo cuarto, primera parte, pág. 331: "estaríamos frente a un usufructo al que se le agrega una especial legitimación para disponer en la medida, manera, modo y condiciones que se estatuyan en el título de constitución del usufructo"; Díez-Picazo y Gullón Ballesteros, *Sistema...*, op. cit., III, pág. 402: "en realidad es un derecho al que se le ha añadido una especial y extraordinaria legitimación para realizar un negocio dispositivo con influencia en la esfera jurídica ajena".

fideicomiso de residuo, aunque existen razones suficientes para distinguirlas¹⁵⁹.

Pero lo que a nosotros nos interesa de esta figura es su posible relación con el usufructo de cosas consumibles. Ambas figuras suponen una excepción al principio de conservar la sustancia y la forma de la cosa, y las dos se amparan para su reconocimiento en los arts. 467 *i.f.* y 470 Cc. Establecer una similitud con el usufructo de cosas consumibles supone centrar la atención en la facultad de disponer de los bienes. Para ello es preciso partir de qué se entiende por disposición. Como pone de manifiesto ALONSO PÉREZ, hay disposición cuando se transmite, grava, modifica

¹⁵⁹ En torno al tema, CARRASCO PERERA, "Usufructo de disposición en caso de necesidad exenta de justificación (Comentario a la sentencia de 4 de mayo de 1987)", *Poder Judicial (PJ)*, n. 7, septiembre 1987, pág. 129, afirma que "el usufructo con facultad de disponer y el fideicomiso de residuo constituyen dos instituciones que se solapan en cuanto a sus efectos empíricos (también fiscales)" y añade en la pág. 131 lo siguiente: "[y]o creo que un usufructo de disposición no condicionado a la necesidad, o si ésta no requiere ser probada, es simplemente un fideicomiso de residuo, siempre que el producto de la venta no deba ser restituido -una especie de casi usufructo alternativo- al segundo llamado destinatario definitivo de los bienes"; SÁNCHEZ CALERO, "El usufructo...", *loc. cit.*, pág. 217 afirma que la finalidad que persigue el testador es distinta en uno y otro caso, pues afirma que a veces "la voluntad del testador es la de conceder el dominio al instituido, pero introduciendo una limitación en las facultades dispositivas de éste, en el sentido de designar un sustituto que habrá de sucederle en los bienes de que no hubiera dispuesto por actos entre vivos", en este caso se está ante un fideicomiso de residuo; RIVERO HERNÁNDEZ, en LACRUZ BERDEJO y otros autores, *Elementos...*, *op. cit.*, III, vol. segundo, pág. 98; CLEMENTE MEORO, en LÓPEZ LÓPEZ, y MONTÉS PENADÉS, *Derechos reales...*, *op. cit.*, pág. 466.

La STS de 9 de diciembre de 1970 (RA 5440) pone de manifiesto que "no se puede identificar el usufructo con facultad de disposición, con el fideicomiso de residuo, cualesquiera que sean sus analogías, porque en dicho usufructo, el titular tiene un derecho en la cosa ajena, mientras que al fiduciario corresponde el pleno dominio sobre los bienes, limitado por la prohibición de disponer *mortis causa* y además porque cuando el testador desmembre el usufructo y la nuda propiedad, no hace un doble llamamiento, directo e indirecto respecto de la misma cosa, sino que distribuye entre distintas personas de modo inmediato, las facultades integrantes del dominio"; en un sentido similar, la STS 9 de octubre 1986 (RA 5335) admite que "la posibilidad de conceder al usufructuario la facultad de disponer, permitida en el art. 467 que en relación con el art. 470 autoriza la derogación voluntaria de la característica obligación de conservar la forma y la sustancia de la cosa usufructuada, asimila la institución al fideicomiso de residuo, si bien la doctrina de esta Sala (...) ha puntualizado que no cabe identificar ambas figuras", y reproduce los mismos motivos alegados en la sentencia mencionada anteriormente. Además aborda la extensión y límites de la facultad de disponer "por causa de necesidad", junto a la prohibición de abuso en su ejercicio.

o extingue un derecho, lo que implica una transformación sustancial del contenido económico-jurídico de un bien integrante de un patrimonio o de éste en su totalidad¹⁶⁰.

En una primera aproximación nos percatamos ya de sus diferencias. En primer lugar, porque la facultad dispositiva es extraordinaria y requiere que se haya pactado expresamente en el título constitutivo¹⁶¹. Además, observamos que el usufructuario de cosas consumibles tiene el derecho a disfrutar de unos bienes ajenos, pero con la especialidad de que la naturaleza de los bienes conlleva la facultad de consumirlos, facultad que encuentra su límite en el propio ejercicio del derecho de disfrute. Es una modalidad del usufructo impuesta por la naturaleza de los objetos del mismo. En cambio, el usufructo con facultad de disponer es una modalidad del usufructo por razón del fin perseguido. El usufructuario con facultad de disposición ejercita dicha facultad en las situaciones excepcionales que se prevén en el título constitutivo, y de ello se deduce que "mientras el cuasi-usufructuario está obligado a restituir un equivalente de los bienes consumidos (*tantumdem* o valor), el usufructuario con facultades dispositivas puede aplicar el importe de los bienes enajenados en su propio interés, sin obligación de restituir equivalente alguno, salvo el sobrante en su caso"¹⁶².

Podemos decir que mientras que el usufructuario de cosas consumibles lo único que hace -como usufructuario que es-, es ejercer su facultad de disfrute de unos bienes inherente al derecho de usufructo; el usufructuario con facultad de disposición recibe una facultad extraordinaria que no es esencial al usufructo, que excede el derecho de

¹⁶⁰ ALONSO PÉREZ, Mariano, "El patrimonio de los hijos sometidos a la patria potestad", *RDP*, enero-1973, pág. 21.

¹⁶¹ Como pone de manifiesto CUADRADO IGLESIAS, "La gestión en el Código civil", *AAMN*, tomo XXXII, 1993, pág. 399, "para que un tercero pueda realizar actos dispositivos sobre bienes o derechos que no le pertenecen, es preciso que se le hayan atribuido tales facultades".

¹⁶² SÁNCHEZ CALERO, "El usufructo...", *loc. cit.*, pág. 221.

disfrute y sólo existe si ha sido establecida expresamente por un acto de voluntad añadido al título constitutivo del usufructo. El ejercicio de esta facultad le permitirá enajenar unos bienes y disfrutar de lo obtenido por la enajenación, que más que frutos, ha de ser considerado como adquisición de parte del capital.

Sin embargo, ambas figuras no están muy alejadas. Desde el punto de vista del objeto, tratándose de consumibles, para disfrutarlos hay que consumirlos, es decir, destruirlos. Además, el art. 482 Cc faculta para servirse de tales bienes con la única obligación de restituir un equivalente, por lo tanto, si sólo debe restituir el *tantundem* o el valor, tiene una gran amplitud de goce sobre el objeto. Y éste ilimitado goce del usufructuario de cosas consumibles, como veremos, puede incluso facultarle para enajenar los bienes. Sin embargo, la diferencia primordial siempre estará en la restitución: mientras que el usufructuario con facultad de disponer sólo restituye el sobrante, el usufructuario de cosas consumibles siempre debe restituir el equivalente de los bienes entregados.

Esta diferencia se desvanece en los supuestos en que el constituyente establece que habrá de restituirse el valor de los bienes enajenados, surgiendo el problema de si se devuelve sólo el sobrante o no, en los casos en que nada se haya establecido.

4.5. El usufructo de cosas consumibles frente al arrendamiento

Aunque el parentesco entre la figura que estudiamos y el arrendamiento sea más lejano, se trata de otra figura típica de cesión del goce y uso de bienes, y no puede soslayarse el análisis de si existe alguna relación entre ambas figuras desde el punto de vista del objeto sobre el que pueden recaer.

En este aspecto, en materia de arrendamiento, el Código es tajante. El art. 1545 Cc manifiesta: "[l]os bienes fungibles que se consumen con el uso no pueden ser materia de este contrato".

No es fácil explicar, *a priori*, el porqué de la exclusión de estos objetos en el arrendamiento y la admisión en el usufructo. Como pone de manifiesto MUCIUS SCAEVOLA, "[l]a fragilidad de este criterio se demuestra con fijarse en que si el legislador admite el usufructo de cosas fungibles a virtud de una veneración demasiado respetuosa hacia el sentido histórico de la institución"¹⁶³.

Se explica la exclusión de los bienes fungibles y consumibles en el arrendamiento, en primer lugar, como consecuencia derivada del régimen jurídico de éste. El que los bienes desaparezcan con su primera utilización no permite su goce o uso continuado por el tiempo de duración del arrendamiento (art. 1543 Cc)¹⁶⁴. Además, al igual que el comodato, el arrendamiento exige la necesaria individualización en lo que se devuelve¹⁶⁵. Por otra parte,

¹⁶³ MUCIUS SCAEVOLA, Comentario a los arts. 1542 a 1545 Cc, en *Código civil*, op. cit., tomo XXIX, primera parte, edición revisada y puesta al día por Lino Rodríguez-Arias Bustamante, Madrid, 1952, pág. 411, el autor se pregunta más adelante (págs. 411 y 412): "¿[t]endría explicación racional que esta ficción del *quasi usufructu* se instaurara en el arrendamiento, creando un *quasi arrendamiento* sin más vitalidad que el nombre, porque por su propia sustancia refluiría en mutuo, y de admitirse la estimación previa y la restitución del valor de las cosas consumibles *quasi arrendadas*, sería una compraventa con precio aplazado? ¿A qué complicar la función jurídica con nuevos mecanismos innecesarios?".

¹⁶⁴ Así, LUCAS FERNÁNDEZ, Francisco, en Comentario al art. 1545, en *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, tomo II, Madrid, 1991, pág. 1061. En todo caso, admite que será posible objeto de arrendamiento la cosa consumible "cuando se entregue para uso distinto al normal en el comercio o usos sociales conforme a su destino económico, si con este uso distinto la cosa no se destruye, no desaparece ni absoluta ni relativamente como, por ejemplo, si se entrega *ad pompam vel ostentationem*. Con tal que se determine en estos casos el referido uso concreto. También puede entrar como objeto de arrendamiento formando parte de un conjunto superior cuyo goce o uso se cede en virtud de éste negocio jurídico". *Idem* en Comentario al art. 1545 Cc, en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales...*, op. cit., tercera edición, tomo XX, vol. 1º-A, Madrid, 1997, págs. 234 y 235.

¹⁶⁵ Así señala GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios...*, op. cit., al comentar el art. 1474 del proyecto de

el arrendamiento está sometido a un principio similar al *salva rerum substantia* del usufructo común, en cuanto el arrendatario debe devolver la misma cosa y en las mismas circunstancias y condiciones en que la recibiere. Así se deduce del art. 1561 que, aunque hable de finca, se considera aplicable a cualquier arrendamiento.

En segundo lugar, tampoco la estructura del arrendamiento de cosas viene a admitir la presencia de cosas consumibles como objeto del mismo. Como contrato de uso de cosas implica únicamente la transmisión de la posesión sobre las mismas y la producción de efectos estrictamente obligacionales, excluyendo la posible adquisición de un derecho real¹⁶⁶. Mientras, parece que la naturaleza de derecho real del usufructo ofrece una mayor legitimación para el ejercicio de la facultad de consumo de los bienes disfrutados.

Además, incorporar las cosas consumibles al arrendamiento supondría hacer inaplicable una de las obligaciones esenciales del arrendador "mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por todo el tiempo del contrato" (art. 1554-3 Cc). Estos argumentos son especialmente eficaces si se acepta el criterio doctrinal de que sólo puede consumir el propietario, pues la esencia del arrendamiento no admite la adquisición de la propiedad por el arrendatario, a diferencia de lo que ocurre en el mutuo (art. 1753 Cc)¹⁶⁷.

1851 -idéntico al art. 1545- que "no pueden ser materia del arriendo estas cosas por la misma razón que no pueden serlo del comodato (art. 1631): en uno y otro ha de restituirse la cosa recibida, y esto no es posible en las que no podemos usar sin consumirlas o destruirlas". Sobre ello también GETE-ALONSO y CALERA, M^a Carmen, *Estructura y función del tipo contractual*, Barcelona, 1979, pág. 385.

¹⁶⁶ Apunta la idea GETE-ALONSO y CALERO, *Estructura y función...*, op. cit., pág. 386.

¹⁶⁷ Decía POTHIER, *Traité de constitution de rente, du contrat de change, du contrat de louage et du supplement au contrat de louage*, en *Oeuvres*, tomo IV, Paris, 1871, pág. 288, que es de la naturaleza del contrato de arrendamiento que el arrendador conserve la propiedad de la cosa, de la que no concede el arrendatario más que el goce y el uso, y que en consecuencia el arrendatario contrae la obligación de devolverla después de expirado el tiempo por el cual se ha concedido el uso. Entonces es evidente que esto no puede ocurrir

Como pone de manifiesto GETE-ALONSO, "un contrato de arrendamiento concluido sobre cosas fungibles, se convertiría en un préstamo de mutuo oneroso o con interés, dado que, en este supuesto concreto, habrían desaparecido por completo, los caracteres que son inherentes al contrato de arrendamiento, por extinción de la obligación principal del arrendador -art. 1553, núm. 3-: a cargo del arrendatario-mutuuario, se darían las dos obligaciones que surgen del mismo: pagar el precio -que equivaldría a los intereses- y devolver"¹⁶⁸.

5. Utilidad del usufructo de cosas consumibles desde un planteamiento actual

El hecho de que el usufructo de cosas consumibles haya sido una figura que ha pasado de puntillas por la historia jurídica sin despertar gran interés, no significa que sea una figura carente de utilidad.

Que el art. 482 Cc se haya mantenido intacto desde su redacción, tampoco es un dato significativo puesto que la institución del usufructo, como el conjunto de los derechos reales, ha sufrido escasas modificaciones desde la promulgación del Código.

La casi nula existencia de decisiones jurisprudenciales relativas a este tema no es un dato del que pueda extraerse ninguna conclusión. La función del art. 482 Cc es precisamente resolver la duda que se planteó históricamente, y que si no se hubiera establecido este precepto se seguiría planteando, sobre qué sucedía cuando se constituía un usufructo sobre un patrimonio en el cuál se encontraban cosas consumibles.

con las cosas que se consumen totalmente por el uso que de ellas se hace, por tanto, no son susceptibles del contrato de arrendamiento.

¹⁶⁸ GETE-ALONSO y CALERA, *Estructura y función...*, op. cit., pág. 387. Concluye que la cosa consumible en el contrato de arrendamiento "se excluye por sí misma sin necesidad de que exista un precepto expreso, como lo es el art. 1545".

Como ya hemos visto, la utilidad de la existencia de esta figura está en que hace posible el usufructo sobre la globalidad de un patrimonio, manteniendo la unidad en la forma de atribución del disfrute, aunque existan cosas consumibles. Con ello se evita que el constituyente tenga que recurrir a diversas fórmulas de atribución en función de la naturaleza de los bienes, y que sea necesario interpretar su voluntad o que hubiera que disgregar el patrimonio al no poder ser recibidos los consumibles por el usufructuario.

En este sentido, no puede negarse que la admisión de este usufructo además de facilitar y dar seguridad al tráfico jurídico de bienes, al menos en lo relativo a la cesión del disfrute, probablemente evita la litigiosidad en este aspecto. Y no puede objetarse que el supuesto de hecho en el que se basa la aplicación de la figura es insólito, pues la mayoría de los usufructos que se constituyen en la práctica es a través de actos *mortis causa*, predominando el usufructo universal de herencia, siendo en definitiva usufructos de una globalidad. Y lo mismo sucede con el usufructo del cónyuge viudo sobre una cuota de la herencia.

Además de esta función que ha desempeñado tradicionalmente el *casi usufructo*, pudiera ser una figura llamada a adquirir un mayor protagonismo en el moderno Derecho de los negocios. Así, tiene gran interés la iniciativa preconizada en los últimos años por la doctrina francesa que trata de "redescubrir" el usufructo de cosas consumibles aplicado, en concreto, a las formas de gestión de los nuevos productos financieros.

Aventuró esta posibilidad BAC al tratar de aplicar el régimen jurídico del usufructo de cosas consumibles a bienes que con los criterios estrictos no encajan en la definición de cosas consumibles: "*valeurs mobilières, des parts de fons communs de placement, des SICAV monétaires ou encore des bons de capitalisation*"; y es consciente de ello, pues afirma que "*en étend-elle l'application à des*

choses qui ne répondent pas nécessairement à ce critère"¹⁶⁹. En la misma línea, AULAGNIER niega que el usufructo de cosas consumibles puede aplicarse a valores mobiliarios de capitalización, pero considera que hay una solución, pues "il est admis tant par la doctrine que par la jurisprudence, que le régime propre au quasi-usufruit puisse être volontairement étendu à des biens corporels non consommables, par exemple à des SICAV de capitalisation. Le quasi-usufruit peut être «conventionnel»"¹⁷⁰.

Lo que se pretende es que sobre este tipo de bienes se establezca, para evitar las dificultades de gestión que se pueden originar, un *casi usufructo* o una sociedad civil, apostando por el usufructo, pues con ello se evitarían muchos problemas ya que se otorgaría al usufructuario durante todo el tiempo que dura el usufructo una total libertad de gestión de los títulos o valores mobiliarios puesto actuaría como si fuera propietario, y además no se sacrificarían los derechos del nudo propietario ya que al final del usufructo se le restituiría el equivalente y las ganancias correspondientes.

Así, la figura puede encontrar un amplio espacio de aplicación en las nuevas formas de administración y gestión de productos financieros donde el gestor necesita una libertad de actuación mayor de la que proporcionan los mecanismos clásicos de representación, mientras que el nudo propietario está totalmente desinteresado en la gestión del capital y sólo persigue un aumento del mismo.

De todas formas, la iniciativa presenta también inconvenientes, pues, los valores mobiliarios o las inversiones de capital, ¿son realmente bienes consumibles?;

¹⁶⁹ BAC, "Le quasi-usufruit...", *loc. cit.*, pág. 432; en un sentido similar BRAULT, Jean-Claude, "Une convention de quasi-usufruit généralisée après le décès?", *RND*, 15-I-1997, art. 36455, pág. 4, manifiesta que "[l]es stratégies modernes de gestion d'un patrimoine, et plus spécialement d'un portefeuille de valeurs mobilières, à effet civil et plus encore fiscal, ont conduit à remettre le quasi-usufruit à l'ordre du jour, notamment à l'occasion d'une donation de titres, ou encore d'un remploi faisant suite à l'aliénation d'un bien démembré".

¹⁷⁰ AULAGNIER, Jean, *Usufruit et nue-propriété dans la gestion de Patrimoine*, Paris, 1994, pág.44.

si no lo son ¿puede la voluntad de las partes someter al régimen del art. 482 Cc objetos que por naturaleza no tienen la consideración de consumibles? Para aplicar el régimen del usufructo de cosas consumibles es conveniente precisar a qué tipo de bienes va dirigido ese régimen, y eso es precisamente lo que pretendemos analizar en el siguiente capítulo, para poder determinar de este modo cuándo estamos ante este tipo de usufructo denominado por los romanos *quasi usufructus*. Evidentemente las partes pueden pactar la aplicación del régimen jurídico del usufructo de cosas consumibles a otro tipo de bienes, pero no estaremos ante un usufructo de cosas consumibles sino ante un contrato o derecho real atípico fruto de la libertad de pacto entre las partes.

Aplicar el régimen del art. 482 Cc sobre esta clase de bienes supone ampliar el ámbito de aplicación inicialmente previsto para este tipo de usufructo; supone alejarse de la institución en sí misma considerada, pensemos que se trata de una figura que nace para solucionar los problemas que planteaba el hecho de constituir un usufructo sobre un patrimonio en el que se hallaban cosas que se consumen por el uso, y ésta es precisamente la utilidad del usufructo de cosas consumibles, utilidad que persiste en la actualidad. Es por ello que debe mantenerse en vigor el usufructo de cosas consumibles.

En cambio los nuevos tipos de bienes, fruto de una sociedad moderna y lejos del carácter bucólico y agrario del Código civil, nos demuestran las lagunas del régimen legal del usufructo. O se amplía el objeto sobre el que recae el actual usufructo de cosas consumibles, o se busca una institución en la que tengan un mejor encaje, por ejemplo el mutuo, o será necesario elaborar un nuevo régimen jurídico en torno a los mismos.

Capítulo II

El objeto

"Si el usufructo comprendiera cosas que no se puedan usar sin consumirlas"

1. Aproximación al objeto del usufructo de cosas consumibles

El objeto del usufructo de cosas consumibles ya queda reflejado en la misma expresión: las cosas consumibles. Sin embargo, observaremos que pese a esa evidencia, el tema encierra una gran problemática al no existir unanimidad en la concepción y caracterización de estos bienes. Será preciso, por lo tanto, delimitar qué se entiende por bienes consumibles, qué particularidades ofrecen, para poder aplicar, a partir de ahí, el régimen jurídico que establece el art. 482 Cc para el usufructo de este tipo de bienes.

1.1. Cosas consumibles: *"neque naturali ratione, neque civili recipiunt usufructum"*

El hecho de que el objeto de una relación jurídica consista en cosas consumibles distorsiona ciertas instituciones del Cc, en el sentido de que la especialidad de este objeto dificulta la aplicación del régimen jurídico de las mismas, ya que se trata de bienes que tienden a desaparecer o destruirse con el uso.

Así ocurre en aquellas instituciones que se basan en la concesión de un derecho temporal sobre unos bienes, (no de la titularidad), como el depósito, usufructo, arrendamiento, préstamo, etc. De todas formas, no puede asimilarse el efecto que sobre estas instituciones produce la peculiar naturaleza de los bienes consumibles, ya que la finalidad de cada una de ellas es diversa:

-en la prenda y el depósito, en general, hay un desplazamiento de la posesión pero sin derecho de uso. La "irregularidad" que comporta la prenda o depósito de bienes consumibles se ocasiona, no sólo por la naturaleza del bien, sino porque atribuye la facultad de uso y disfrute,

que en principio es contraria al fin de dichas instituciones¹⁷¹.

-en el usufructo, al contrario, el derecho sobre los bienes, es precisamente a usarlos y disfrutarlos. La "irregularidad" cuando recae sobre cosas consumibles, consiste en que no es posible disfrutarlos sin infringir uno de los límites básicos de ese disfrute: *salva rerum substantia*. Por una razón similar se impide el arrendamiento sobre estos bienes (art. 1545 Cc).

-en el préstamo, en función de la naturaleza de los bienes, se determina una diversidad de figuras y regímenes jurídicos (comodato y simple préstamo).

Así pues, el usufructo se ha visto afectado por el elemento desfigurativo de la consumibilidad dando lugar al usufructo de cosas consumibles regulado, a título de excepción o especialidad, en el art. 482 Cc. Hemos tenido ocasión de ver que la inserción del precepto en el Código no gozó de una aceptación unánime por parte de la doctrina,

¹⁷¹ La doctrina ha añadido tanto al depósito como a la prenda el calificativo de "irregular" para referirse no sólo a la peculiaridad del objeto sobre el que recaen, sino también al contenido del derecho (derecho de usar y disfrutar). Tanto el "depósito irregular" como la "prenda irregular" se configuran como figuras autónomas, constitutivas de negocios irregulares. El Código, sin embargo, no tiene un reconocimiento expreso de estas figuras. En el Derecho civil catalán, si lo hay por lo que respecta a la prenda irregular, pues la Ley 22/1991, de 29 de noviembre, de garantías posesorias sobre cosa mueble, en su art. 12 expone que "[s]i s'hagués pactat així expressament, el deutor pot substituir la totalitat o una part de les coses fungibles donades en penyora". Y en el párrafo tercero de su Preámbulo, manifiesta que "es regula la penyora de coses fungibles. Aquesta figura té com a base el pas del concepte de «penyora d'objecte» al de «penyora de valor». Això significa la possibilitat de substituir la totalitat o una part de les coses donades en penyora per d'altres de la mateixa espècie i qualitat, sempre que s'hagués pactat expressament, la qual cosa implica el manteniment de la garantia".

Para un estudio de la prenda irregular, sirva para todos, CRUZ MORENO, María, *La prenda irregular*, Madrid, 1995. En cuanto al depósito irregular, puede consultarse por todos, OZCÁRIZ MARCO, Florencio, *El contrato de depósito. Estudio de la obligación de guarda*, Barcelona, 1997, especialmente, págs. 33 ss., 105 ss.; HERAS HERNÁNDEZ, María del Mar, *Los sujetos en el contrato de depósito*, Barcelona, 1997, especialmente págs. 181 ss.

y la razón no era otra que el objeto sobre el que recaía este usufructo: "las cosas¹⁷² consumibles".

Fue a raíz de la afirmación de las Instituciones, lib. II, tit. IV (De usufructu), § 2 (Constituitur) - "[c]onstituitur usufructus non tantum in fundo et aedibus, verum etiam in servis et iumentis et ceteris rebus, exceptis iis, quae ipso usu consumuntur. Nam haec res neque naturali ratione, neque civili recipiunt usufructum: quo numero sunt vinum, oleum, frumentum, vestimenta: quibus proxima est pecunia numerata; namque in ipso usu assidua permutatione quodammodo extinguuntur"- , lo que llevó a la doctrina del *ius commune* a considerar que la "razón natural" y la "razón civil" impedían la admisión del usufructo de cosas consumibles¹⁷³.

Es MAYANS quien nos proporciona una explicación más amplia del texto de las Instituciones y afirma que la

¹⁷² En la Codificación se utiliza indistintamente la palabra "cosa" o "bien" como si fueran lo mismo: arts. 333, 335, 346 (cosas i bienes); 1271, 1864 (cosas); 1874 (bienes); etc. Con anterioridad al Código civil, MAIANSIUS, *Disputationes iuris...*, op. cit., n. 3, pág. 306 manifestó que "(b)ona & res promiscuae sunt".

Pero siguiendo a MIRAMBELL ABANCÓ, Antoni, *L'administració de patrimoni en el dret civil: l'activitat d'administració i la legitimació per a administrar (l'estatut jurídic d'administrador)*, Barcelona, 1993, inédito, el término "bien" no designa un concepto unívoco sino que puede distinguirse una categoría específica, que hace referencia al objeto de un derecho subjetivo, dando lugar a dos acepciones, una restringida ("bien" como sinónimo de cosa), y otra amplia ("bien" como objeto de un derecho subjetivo y todo aquello que pueda ser objeto de titularidad); y una categoría genérica, haciéndose referencia en estos casos a la idea de patrimonio.

Prescindiremos de este problema terminológico por alejarse del objetivo del presente estudio y utilizaremos los términos como sinónimos.

¹⁷³ La mayoría de los autores del *ius commune* se mantienen a lo largo del tiempo fieles a las palabras de las Instituciones; así, y a título de ejemplo, en el siglo XV, ARETINUS, *Commentaria, seu lectura...*, op. cit., "De usufructus", fol. 70, en la glosa a las Inst., lib. II, tit. IV (de usufructu), § 2 (Constituitur); en el siglo XVI, DONELLUS, *Commentarius...*, op. cit., lib. X, cap. IV "De usufructu rerum fungibilium", § 6, págs. 32 y 33; en el siglo XVII, BORCHOLTEN, *Ad Instituta iustiniani...*, op. cit., De usufructu, § II Quibus in rebus, pág. 127; entre el siglo XVII y XVIII, el racionalista VINNIUS, *In quatuor Libros institutionum...*, op. cit., Inst., lib. II, tit. IV ("De usufructus"), comentario al texto "Quibus in rebus constituitur", n. 1, pág. 249; en el siglo XVIII MAIANSIUS, *Disputationes iuris...*, op. cit., n. 6, pág. 307; posteriormente, SCHRADER, Eduardus, *Imperatoris iustiniani institutionum*, lib. IV, tit. quartus "De usufructus", Berolini, 1832, pág. 236.

"razón natural" no permite constituir un usufructo sobre cosas consumibles porque en la naturaleza de las cosas "non patitur, inveniri in eodem subjecto usus & abusus eiusdem rem", añadiendo que si se abusa de la cosa no es posible que ésta se conserve al mismo tiempo. Continúa diciendo que la "razón civil" tampoco acepta el usufructo sobre cosas "quae ipso iure consumuntur", pues al ser un derecho en cosa ajena, "abusus non est permissus, nisi in rebus propriis"¹⁷⁴.

Pero con la Codificación, el Código civil en su artículo 482 demuestra que "razones" prácticas (como el hecho, por ejemplo, de que en un usufructo de patrimonio haya bienes consumibles) han sustituido la "razón civil" y la "razón natural", admitiéndose el usufructo de cosas consumibles. Por lo tanto, aunque los bienes consumibles son "perecederos", el Código civil, con su regulación en el art. 482, ha perpetuado esta modalidad de usufructo.

Si la consumción enturbia las instituciones del Cc, y sus perfiles configurativos no se han caracterizado, precisamente, como tendremos ocasión de ver, por la claridad y perspicuidad, es conveniente estudiar las cosas consumibles -aunque siendo fieles a la terminología del Cc tendríamos que decir "las cosas que no se pueden usar sin consumirlas"- . El propósito es descubrir, a partir del significado o definición que nos proporciona el art. 482 Cc ("[s]i el usufructo comprendiera cosas que no se puedan usar sin consumirlas"), el significante o término que realmente quiere darnos el legislador, y si este es el de cosas consumibles. Así pues, el precepto nos proporciona un significado al que debemos adjuntar un significante desconocido, por el momento, en el Código civil.

¹⁷⁴ MAIANSIUS, *Disputationes iuris...*, op. cit., n. 6 y 7, págs. 307-308. Observamos que el autor fundamenta su teoría a partir del *abusus*; abuso que será estudiado *infra*.

1.2. El significado de un significante desconocido

El inicio del art. 482 Cc es confuso y a la vez sorprendente: "[s]i el usufructo comprendiera cosas que no se puedan usar sin consumirlas". Confuso, por no saber qué significante ampara realmente esta definición, es decir, a qué tipo de bienes se refiere; además el art. 337 Cc, en sede de clasificación de los bienes no solamente no soluciona la cuestión, sino que más bien la empeora. Resulta sorprendente, porque el art. 482 Cc puede ser una solución al dilema del art. 337 Cc, al hallarse en él la definición de las cosas consumibles.

Si el art. 482 Cc se refiere a las "cosas que no se puedan usar sin consumirlas" -por lo tanto, aporta una definición o significado-, nos conecta inmediatamente con el art. 337 Cc, según el cual "[l]os bienes muebles son fungibles o no fungibles. A la primera especie pertenecen aquellos de que no puede hacerse el uso adecuado a su naturaleza sin que se consuman; a la segunda especie corresponden los demás"¹⁷⁵. La solución parece evidente: el art. 482 Cc (significado) se refiere a las cosas fungibles (significante).

Pero la solución no es tan fácil. El art. 337 Cc destaca por su error terminológico¹⁷⁶: confunde la

¹⁷⁵ LATOUR BROTÓNS, "Estudio del usufructo", *loc. cit.*, pág. 628, considera que "esta clasificación es netamente jurídica, concretamente usufructuaria, cuyo objeto es separar los objetos que caen dentro de cada una de las dos vertientes del disfrute de las cosas ajenas: usufructo o cuasi usufructo".

¹⁷⁶ La doctrina es prácticamente unánime en considerar que el art. 337 Cc llama fungible a lo que realmente es consumible. El precepto refleja el pensar del legislador del siglo XIX: que las cosas fungibles son a la vez consumibles. Así lo ponen de manifiesto, por ejemplo, VALVERDE, *Tratado de Derecho...*, *op. cit.*, tomo I, Valladolid-Madrid, 1909, pág. 390; CLEMENTE DE DIEGO, Felipe, *Instituciones de Derecho civil español*, tomo I, Madrid, 1959, pág. 259; BORRELL y SOLER, Antonio M., *Derecho civil español*, tomo I, Barcelona, 1955, pág. 281; COSSÍO y CORRAL, Alfonso de, *Instituciones de Derecho civil*, 1 (Parte General. Derecho de obligaciones), Madrid, 1977, pág. 138; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil...*, *op. cit.*, tomo primero, vol. II, reimpresión de la decimocuarta edición revisada y puesta al día por José Luis de los Mozos, Madrid, 1987, pág. 591; MARÍN PÉREZ, Pascual, voz "bienes", en *Nueva Enciclopedia Jurídica (NEJ)*, tomo III, Barcelona, 1978, pág. 356; CASTRO Y BRAVO, Federico

consumibilidad con la fungibilidad¹⁷⁷, al definir las cosas fungibles como consumibles.

Por lo tanto, si el art. 482 Cc nos da un significado que no corresponde con el significante descrito en el art. 337 Cc (cosas fungibles), será necesario establecer criterios distintivos de estas dos categorías de cosas confundidas en el art. 337 Cc como son la consumibilidad (cuyo significado también se nos da en el art. 482 Cc sin su correspondiente significante) y la fungibilidad (significante que nos proporciona el art. 337 Cc sin su correspondiente significado).

1.3. La condición y las negaciones del art. 482 Cc

Antes de considerar con más detalle la relación de los arts. 482 Cc y 337 Cc, para así configurar las nociones de cosas consumibles y fungibles y, en particular, el objeto del usufructo de cosas consumibles, conviene destacar la terminología utilizada por el legislador en el art. 482 Cc¹⁷⁸.

de, *Temas de Derecho civil*, s.f., pág. 51; ESPÍN, *Manual de Derecho civil...*, op. cit., vol. I, octava edición, Madrid, 1982, pág. 482; GARCÍA VALDECASAS, Guillermo, *Parte general del derecho civil español*, Madrid, 1983, pág. 288; LACRUZ BERDEJO, y otros, *Elementos...*, op. cit., I, vol. tercero (Parte General del Derecho civil), Barcelona, 1990, pág. 38; TORRES LANA, José Ángel, comentario al art. 337 Cc, en ALBÁCAR LÓPEZ, José Luis, y TORRES LANA, José Antonio, en *Código civil, doctrina y jurisprudencia*, tomo II, Madrid, 1995, pág. 23; CLAVERÍA GOSÁLVEZ, Luis-Humberto, Comentario al art. 337 Cc, en Ministerio de Justicia, *Comentario del Código civil*, tomo I, Madrid, 1991, pág. 933; MONTÉS PENADÉS, Vicente Luis, en LÓPEZ LÓPEZ, y MONTÉS PENADÉS, *Derecho civil, Parte General*, Valencia, 1992, pág. 448; ALBALADEJO, *Derecho civil I, Introducción y Parte General*, volumen segundo, decimocuarta edición, Barcelona, 1996, pág. 97.

¹⁷⁷ Según CLAVERÍA, Comentario al artículo 337 Cc, en Ministerio de Justicia, *Comentario...*, op. cit., pág. 933, "el legislador de 1889, afortunadamente, no extrae consecuencias efectuales de la declaración que hace ahí [refiriéndose al art. 337 Cc] de modo que podría pensarse que llama fungibilidad a la consumibilidad con alguna intención, lo que sería peor, al trastocar clasificaciones clásicas y útiles: es mejor que se equivoque asépticamente que se altere perjudicialmente".

¹⁷⁸ Las legislaciones latinas, especialmente el Code civil francés y el Codice civile italiano, utilizan una expresión similar; así, el art. 587 del Code manifiesta que "[s]i l'usufruit comprend des choses dont on ne peut faire usage sans les consommer"; el art. 995 del

El precepto se inicia con una partícula y un verbo condicional: "[s]i el usufructo comprendiera", lo que ha permitido considerar a una parte de la doctrina que la especialidad que recoge el art. 482 Cc sólo se aplica cuando estas "cosas que no se puedan usar sin consumirlas" forman parte de un patrimonio, por lo cual, no es concebible un usufructo que recaiga de forma individual sobre este tipo de cosas¹⁷⁹.

actual Codice postula que "[s]e l'usufrutto comprende cose consumibili", aunque el art. 443 del Codice de 1865 era más parecido a nuestra expresión afirmando que "[s]e l'usufrutto comprende cose delle quali non si possa far uso senza consumirle", con lo que en Italia se ha pasado de la definición al término.

¹⁷⁹ Ya tuvimos ocasión de ver en el capítulo primero, la vinculación del usufructo de cosas consumibles con el usufructo de una universalidad, o mejor dicho, con el usufructo de un patrimonio o una herencia, ya que forman parte de él bienes de muy diversa naturaleza, entre los cuales pueden existir bienes consumibles.

En cuanto a la autonomía o no del usufructo de cosas consumibles, entre nosotros, JORDANO BAREA, "El cuasi-usufructo...", *loc. cit.*, pág. 988, considera que "normalmente, el cuasi-usufructo no es objeto de una constitución autónoma y específica, sino que por lo común resulta del usufructo sobre un complejo de cosas, alguna de las cuales por su especial naturaleza reclaman una regulación propia". En Francia, entre otros, destacan PLANIOL, *Traité élémentaire...*, *op. cit.*, tome premier, pág. 554, § 1630, que afirma que "le quasisufruit ne se rencontre jamais à l'état isolé. Il est toujours l'accessoire d'un droit d'usufruit plus étendu, établi à titre universel sur un ensemble de biens. Le droit de l'usufruitier universel se transforme alors en quasisufruit, mais pour certaines choses seulement"; BEUDANT, *Cours de Droit civil...*, *op. cit.*, n. 421, pág. 463: "[l]e quasi usufruit n'a de raison d'être qu'à titre d'accessoire d'un usufruit proprement dit". En Italia, entre la doctrina del Codice de 1865, NICOLÒ, y GIORGIANNI, voz "usufrutto (diritto civile)", en *Nuov. Dig. It.*, *op. cit.*, pág. 782, n. 5, refiriéndose al inicio del art. 483 del Codice de 1865, dice que "[q]ueste considerazioni ci inducono a ritenere che la figura del quasi-usufrutto sia rilevante solo nell'ipotesi in cui tra i beni formanti parte di un complesso di cose, sul quale sia costituito, sia tra vivi che mortis causa, l'usufrutto, si trovino dei beni di cosiddetta utilità semplice"; CICU, Antonio, y BASSANELLI, Enrico, *Corso di Diritto Agrario*, Milano, 1940, págs. 185 y 186: "si avverta che l'usufrutto di cose consumabili praticamente non sarà mai costituito separatamente, ma sorgerà in quanto cose consumabili si trovino comprese nell'insieme di beni che si danno in usufrutto"; entre la doctrina del Codice de 1942, BUTERA, *Il Codice civile italiano commentato...*, *op. cit.*, art. 185 proyecto, pág. 439, expresa que "[l]'espressione "se l'usufrutto comprende cose delle quali non si possa fare uso senza consumarle", rende palese che le cose consumabili non entrano come oggetto principale ed unico dell'usufrutto; ma sono un accessorio".

Pero una interpretación como ésta quizás sea demasiado restrictiva. El verbo "comprender"¹⁸⁰ no parece utilizarse con intención de excluir el usufructo constituido exclusivamente sobre cosas consumibles, aunque dada la especialidad del usufructo, su infrecuente uso y sobre todo, como tuvimos ocasión de ver, por sus orígenes históricos, el legislador ha preferido utilizar esta terminología. Lo más habitual es que este usufructo de cosas consumibles esté englobado en un usufructo más general, como, por ejemplo, el usufructo de un patrimonio, pero no por ello se excluye la posibilidad de constituir un usufructo exclusivo sobre este tipo de bienes¹⁸¹.

¹⁸⁰ El verbo "comprender" según *La Enciclopedia Universal Ilustrada*, tomo XIV, Espasa-Calpe, Madrid, 1988, pág. 832, etimológicamente procede del latín "comprehendere", formado de "cum", con, y "prehendere", coger, y su significado es "contener, incluir, alcanzar", añadiendo que en buen castellano se ciñó a las acepciones de "abarcarse, ceñir, rodear". Por tanto, el significado del verbo no es que ayude mucho al sentido que pretendemos proporcionar.

La solución quizás nos la dé el propio Código civil, pues éste cuando regula un usufructo especial, y como tal excepcional, utiliza el mismo verbo, como en el art. 481 Cc: "[s]i el usufructo comprendiera cosas que sin consumirse se deteriorasen poco a poco"; o prescinde de tal inicio, como en el art. 483 Cc "[e]l usufructuario de viñas, olivares u otros árboles", o en el art. 485 Cc: "[e]l usufructuario de un monte", sin pretender en estos últimos supuestos encajar tal usufructo en una universalidad; por tanto, si el art. 482 usa esa expresión es porque en la mayoría de casos el usufructo de cosas consumibles está sometido a un usufructo patrimonial, pero nada impide que se pueda constituir un usufructo sólo sobre estos tipos de bienes. Si hubiera utilizado la expresión "el usufructo sobre cosas que no puedan usarse sin consumirse", podría dar a entender que este tipo de usufructo quedaba limitado al usufructo exclusivo de esos bienes. Así pues, "si el usufructo comprendiera" parece ser una expresión más extensa. Cfr. SIRINELLI, "Le quasi-usufruit (1er partie)", *loc. cit.*, pág. 35, n. 18 y 19, dada la similitud entre los preceptos español y frances.

¹⁸¹ La mayoría de la doctrina considera que nada obsta a que pueda constituirse aisladamente un usufructo de cosas consumibles, es decir, sin necesidad de que se trate de cosas que pertenecen a una universalidad, aunque éste es el supuesto normal o más habitual. Así, entre nosotros JORDANO BAREA, "El cuasi usufructo...", *loc. cit.*, pág. 988 y en especial la nota 26 de la pág. 989: "[s]in duda que el art. 482 admite una extensión a este supuesto [refiriéndose a la posibilidad de constituir un usufructo sólo de cosas consumibles] que por ser poco frecuente no se tuvo en cuenta en el momento de dictar el precepto". En Francia, entre la doctrina clásica, ya DOMAT, *Les lois civiles...*, *op. cit.*, livre I, titre XI, section III, pr., pág. 358: "[c]et usufruit s'acquiert en deux manières, ou par un titre particulier, (...), o par un titre général, si elles se trouvent comprises dans une totalité de biens"; posteriormente, HUC, *Commentaire théorique...*, *op. cit.*, pág. 229: "l'hypothèse prévue n'exclut pas celle d'un usufruit

Si la condición parece ser el inicio del precepto, a continuación destaca la negación con que se construye el objeto del usufructo de cosas consumibles: "cosas que no se puedan usar *sin* consumirlas". Por tanto, la única utilización de tales cosas parece ser que consiste en el consumo -se tratará de ver en qué consiste realmente el consumo: si incluye tanto el consumo físico cuanto el civil o sólo el primero-. Sin embargo, relacionando este precepto con el art. 1545 Cc, relativo al objeto del arrendamiento, que señala que "[l]os bienes fungibles que se consumen por el uso", y que, por consiguiente, considera las cosas consumibles como una clase de las fungibles, parece dar a entender que hay cosas fungibles que no se consumen con el uso. De este modo, la negación del art. 482 Cc nos podrá ayudar a delimitar conceptos presentados como sinónimos en el art. 337 Cc: la consumibilidad y la fungibilidad.

Así pues, el Código regula tres preceptos en que los conceptos de fungibilidad y consumibilidad se presentan de forma distinta. En el art. 337 Cc, cosas consumibles son iguales a las cosas fungibles. En el art. 1545 Cc, las cosas fungibles parecen clasificarse a la vez en cosas consumibles y no consumibles. Y el art. 482 Cc se limita a afirmar que hay cosas que no pueden usarse sin consumirse. La confusión parece evidente.

directement constitué à titre particulier sur des choses consommables". En Italia, entre la doctrina del Codice civile de 1865, PACIFICI-MAZZONI, Comentario al art. 483 del Codice, en *Il Codice civile...*, op. cit., pág. 395, al comentar el inicio del precepto, indica que "non si deduca da essa che tali cose non possano lasciarsi in quasi-usufrutto, se non accompagnate con altre, sulle quali possa competere il vero; perocchè la disposizione generale dell'art. 478, capoverso 2° permette senza restrizione l'usufrutto sopra qualunque specie di beni mobili od immobili"; entre la doctrina del Codice de 1942, NICOLÒ, comentario al art. 185 (cose consumabili) del proyecto, en *Codice civile...*, op. cit., pág. 637, a diferencia de lo que decía en otras obras, advierte que "[l]a ipotesi del quasi usufrutto viene in considerazione quando le cose consumabili fanno parte di un complesso di cose (...), e può venire in considerazione nel caso di legato di usufrutto di sole cose consumabili"; PESCATORE, Gabriele - ALBANO, Raffaele - GRECO, Francesco, Comentario al art. 995 del Codice civile, en *Commentario del Codice civile*, libro III, tomo secondo, Torino, 1958; pág. 140: "non si capisce perchè non debba applicarsi lo schema del quasi usufrutto (invece di quello del mutuo) quando l'usufrutto venga costituito solo su cose consumabili".

2. El significante fungibilidad y el significado del art. 482 Cc

Aludíamos anteriormente a la vinculación del art. 337 Cc y el art. 482 Cc, en el sentido de que las cosas que "no se puedan usar sin consumirlas" son las llamadas cosas fungibles, a tenor de tales preceptos. El problema es que el art. 337 Cc confunde la categoría de cosas fungibles con las consumibles, confusión que, como veremos, queda reflejada en un conjunto de preceptos del Código. Por lo tanto, significante y significado no guardan una relación correlativa. Descubrir el objeto al que realmente se refiere el art. 482 Cc nos traslada inevitablemente a la clasificación de los bienes, en especial de las cosas consumibles y fungibles¹⁸².

¹⁸² La técnica de definir categorías esenciales en Derecho ha conllevado desde siempre una notoria controversia acerca de si tal ejercicio incumbe al legislador o encaja más en el quehacer didáctico y doctrinal. Lo que está claro siguiendo a DURANTON, *Cours de droit français...*, op. cit., tomo IV, Paris, 1844, pág. 5, es que sin distinciones precisas todo no sería sino confusión y desorden. Distintas son en este sentido las palabras de BENDERSKY, Mario J., "El concepto de fungibilidad: su relevancia ante el negocio jurídico incumplido", en *Revista argentina de Derecho procesal (RADP)*, 1959, pág. 572: "[l]as clasificaciones -y hasta la misma nomenclatura empleada- resultarán parcial o totalmente inidóneas para satisfacer los fines perseguidos al consagrarlas, a menos que se vayan efectuando las interpretaciones correctoras necesarias para adaptar las normas respectivas, y hacerlas eficazmente aplicables a una realidad, en constante evolución".

Por otra parte, en Italia, PUGLIATTI, Salvatore, "La distinzione tra beni mobili ed immobili", *Estratto dagli annali dell'Istituto di scienze giuridiche, economiche, politiche e sociali della Università di Messina*, IV, (1929-1930), en *Beni immobili e beni mobili*, Milano, 1967, pág. 35, tras considerar que un Código sólo debe comprender normas dirigidas a gobernar y disciplinar la conducta del hombre, añade, en relación a las normas que meramente definen conceptos, que "l'effetto ulteriore è che le norme di legge che hanno relazione coll'istituto del quale il legislatore ha dato la definizione, in tanto potranno essere richiamate ed applicate, in quanto esistano gli elementi essenziali del concetto, quali risultano dalla stessa definizione del legislatore".

El problema es que el art. 337 Cc no recoge los elementos esenciales necesarios del art. 482 Cc. Entre nuestra doctrina, por citar sólo un nombre, GETE-ALONSO y CALERA, *Estructura y función...*, op. cit., pág. 358 tras afirmar que las nociones de cosas fungibles-no fungibles y consumibles-no consumibles no se describen "de una manera adecuada o clara en el momento de formular su noción", añade en la nota 1 que la "labor de un Código, ciertamente, no es la de dar definiciones".

2.1. El art. 337 Cc y su aplicación en el art. 482 Cc

En repetidas ocasiones hemos manifestado que el objeto del usufructo del art. 482 Cc son las "cosas que no se puedan usar sin consumirlas". El problema es delimitar qué significante esconde esta expresión; expresión, por otra parte, utilizada ya en las fuentes romanas¹⁸³.

"Cosas que no se puedan usar sin consumirlas" (art. 482 Cc) y cosas "que no puede hacerse el uso adecuado a su naturaleza sin que se consuman" (art. 337 Cc), son los significados que dan respuesta, como veremos, al significante de cosas consumibles. Sin embargo, la dificultad radica en que el art. 337 Cc considera a estas cosas como fungibles, es decir, en una primera aproximación, cosas intercambiables unas por otras. La solución a primera vista sería la siguiente: o consumibilidad y fungibilidad son términos sinónimos, o nos

Sin embargo, a veces resulta oportuno y necesario que el legislador defina las categorías de bienes, sobre todo la fungibilidad y consumibilidad, pues la acepción jurídico-social de "consumible" no es clara. Además, el Código civil utiliza la clasificación de los bienes en materia de obligaciones y derechos reales para dar distintos regímenes jurídicos (en transmisión de riesgos, compraventa, obligaciones del usufructuario, etc.). En este sentido, OURLIAC y MALAFOSSE, *Derecho romano...*, op. cit., pág. 30, afirman que "[e]n realidad toda clasificación repercute sobre el fondo del derecho. No es una simple especulación, sino que lleva en sí resultados precisos. Así, nuestro derecho moderno, al inmovilizar ciertos bienes muebles trata en realidad de sustraerlos a las reglas que normalmente los regulan".

¹⁸³ HELD, *Die Lehre vom "Ususfructus earum rerum..."*, op. cit., pág. 37, al analizar el objeto del *quasi-ususfructus* y afirmar que se encuentra en "quantitäten solcher Sachen, welche durch den von ihnen zu machenden Gebrauch verbraucht oder doch verringert werden", añade que "[s]ie werden in den Quellen unter verschiedenen Bezeichnungen aufgeführt, welche dazu dienen, das Wesen dieser Sachen genauer zu bestimmen" citando a continuación tales denominaciones. Ya con anterioridad al citado autor, SCHRADER, *Imperatoris iustiniani...*, op. cit., tit. quartus: De usufructus, § 2 (Ulpian. XXIV, 26. 27. D.h.l. 3, § 1; VII, 5, l. 2 § 1), pág. 236, en sus comentarios a las palabras "*usu cunsumuntur*", recoge también las acepciones utilizadas en el Derecho romano añadiendo que "qui loci nequaquam inter se pugnare, sed alter accuratius rem definire videntur".

Pero las cosas que no se pueden usar sin consumirlas no tienen en el Derecho romano una ubicación sistemática en sede de clasificación de las cosas; así, LOMONACO, Giovanni, *Della distinzione dei beni e del possesso*, Napoli, 1907, pág. 15, manifiesta que "Giustiniano, nelle Istituzioni, sotto il titolo de rerum divisione, non si arresta intorno a questa distinzione; vi accenna, per incidenza, nel governare la teoria dell'usufrutto".

hallamos ante un significante -el de fungibilidad- y un significado -el de consumibilidad- que destacan por su falta de correlatividad.

Anteriormente ya hemos descartado la primera solución al anunciar que el art. 337 Cc confunde ambas categorías de bienes, adelantando que consumibilidad y fungibilidad son conceptos distintos. Pero será conveniente analizar los motivos por los cuales se equiparan estas categorías de bienes en el art. 337 Cc.

Los precedentes legislativos del art. 337 Cc demuestran que la confusión entre las cosas fungibles y consumibles estaba presente a lo largo del proceso codificador, pues el actual art. 337 Cc apenas sufrió modificaciones desde su primer antecedente, al art. 614 del Proyecto de Cc de 1836¹⁸⁴. Y esta equiparación se refleja también en algún antecedente legislativo del art. 482 Cc, en particular en el Proyecto de 1851, cuyo art. 444 manifiesta que "[e]l usufructuario de bienes fungibles puede usar libremente de ellos y consumirlos"¹⁸⁵. Asimismo, buena parte de la

¹⁸⁴ El Proyecto de Cc de 1836 (art. 614), sin variar el sentido del actual precepto, manifiesta que "[d]e los bienes muebles no semovientes, unos se llaman fungibles, de los cuales no puede hacerse uso sin consumirlos, y comunmente se aprecian por número, peso o medida; no fungibles son todos los demas". En cambio, el Proyecto de Cc. de 1851 (art. 383) y el Anteproyecto de Cc de 1882 (art. 339), recogen literalmente el actual art. 337 Cc, con la única variante de cambiar las actuales palabras "uso adecuado" por "uso conveniente".

El proyecto privado de GOROSÁBEL, *Redacción del Código civil...*, op. cit., también confunde ambas categorías al expresar en su art. 177 que "[l]as muebles inanimadas se dividen también en fungibles y no fungibles: fungibles son aquellas que se acostumbran vender á peso, número ò medida, y no son útiles sino en cuanto se consumen. Tales son el trigo, vino, y también el dinero en cuanto se consume su valor: no fungibles son todas las demas".

¹⁸⁵ En los comentarios de GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios...*, op. cit., la equiparación entre la fungibilidad y la consumibilidad es muy clara. Aparte del precepto transcrito arriba, en el art. 383 (antecedente del actual 337 Cc) manifiesta que las cosas fungibles son aquellas "que se consumen por el simple uso, de modo que no es posible usar de ellas sin destruirlas" y "que no están en el comercio sinó en razón de su peso, número ó medida"; y más contundente es en el art. 1630 (antecedente del actual 1740 Cc) donde manifiesta que "en las cosas fungibles es imposible separar el uso del consumo".

Respecto al art. 482 Cc, en cambio, el Proyecto de Cc de 1836, en su art. 818, afirmaba que "[e]l usufructo se constituye sobre toda cosa no fungible que pueda dar fruto u otra utilidad (...). [e]n las cosas que se consumen con el uso, sólo hay usufructo impropio o cuasi-

doctrina española del siglo pasado no es ajena a esta equiparación dado que confunde abiertamente los bienes fungibles con los consumibles¹⁸⁶.

usufructo"; mientras en el art. 824 dice "(e)n cuanto a las cosas de que no pueda hacerse uso sin consumirlas". Observamos pues que a las cosas que se consumen por el uso no las denomina fungibles en contraposición a las no fungibles.

El proyecto privado de GOROSÁBEL, *Redacción del Código civil...*, op. cit., no regula el usufructo de cosas consumibles, pero en su art. 234 manifiesta que el usufructo se constituye sobre cualquier cosa "con tal que no sea de las fungibles".

¹⁸⁶ El problema es que esta deducción (la equiparación de las cosas consumibles con las fungibles) a veces debe hacerse complementando el estudio que hacen los autores de la clasificación de los bienes y del usufructo, es decir, si no estudian la clasificación de los bienes, es en sede de usufructo donde se habla de las cosas fungibles y consumibles; en otras ocasiones, aunque estudien la clasificación de los bienes no queda claro el pensar del autor y es en sede de usufructo, entre otras, donde vislumbra la equiparación. Destacaremos a continuación los principales autores.

En las ediciones del FEBRERO queda reflejada la equiparación entre cosas fungibles y consumibles en el estudio del usufructo pues en el lib. II, tít. I, *De las cosas o bienes, sus divisiones, y modos de adquirir*, no se regulan dichas categorías de bienes: MARCOS GUTIÉRREZ, *Librería de escribanos...*, op. cit., pág. 251, n. 3, manifiesta que cosas consumibles "son tales por su naturaleza que unas hacen las veces de otras, por manera que parezca haberse devuelto la propia que se recibió entregando otra del mismo género", describiendo el elemento de la sustituibilidad, característico de las cosas fungibles como observaremos, como propio de la consumibilidad; TAPIA, Eugenio de, *Febrero novísimo o librería de jueces, abogados, escribanos y médicos legistas*, tomo I, 1837, pág. 556, n. 15, afirma que los bienes que se consumen con el propio uso son los que consisten en "número, peso ó medida", cualidades estas típicas de las cosas fungibles como también tendremos oportunidad de analizar; GARCÍA GOYENA, y AGUIRRE, en *Febrero, ó librería...*, op. cit., segunda edición, pág. 190, n. 860, manifiestan que "[p]uede también constituirse el usufructo en las cosas que se consumen por el uso, y se llaman fungibles" (en idéntico sentido se expresa la cuarta edición reformada por José de Vicente y Caravantes, Madrid 1852, pág. 281); o en *Febrero, arreglado á la legislación y práctica vigentes por una sociedad de abogados*, tomo II, Barcelona, 1849, pág. 148, se considera que puede constituirse el usufructo en cosas "fungibles, como dinero, vino, aceite, trigo y otras cosas semejantes, bien que el usufructo de cosas fungibles se llama cuasi-usufructo"; ROMERO GINZO, *Sala novísimo...*, op. cit., tomo I, pág. 213: "usufructo sobre cosas fungibles, esto es, que se consumen del todo usándolas"; MARTÍ DE EIXALÁ, Ramon, *Tratado elemental del Derecho civil romano y español*, tomo II, Barcelona, 1838, pág. 20: "[a]un en los fungibles podrá recaer un cuasi usufructo, recibíéndolas el usufructuario para consumirlas"; ÁLVAREZ MARTÍNEZ, *Instituciones...*, op. cit., pág. 104, considera que el usufructo "no podrá tener lugar en las cosas fungibles, como que estas se consumen en el momento que hacemos uso de ellas"; J.A.E. [José Antonio Elías] y E. de F. [Esteban de Ferrater], *Manual del Derecho civil vigente en Cataluña*, tomo I, Barcelona, 1842, pág. 199, inician el art. 909 de su apéndice de la siguiente forma: "[s]i este [refiriéndose al usufructo] comprende cosas fungibles", confirmándose la misma idea en el art. 317 de su apéndice al definir las cosas fungibles como aquellas que su uso consiste en la

consumción; ELÍAS, José Antonio, *Derecho civil general y foral de España ó sea resumen ordenado de las leyes vigentes en los varios territorios que forman la monarquía española y de las decisiones del Tribunal Supremo que establecen jurisprudencia con un apéndice sobre las disposiciones de derecho civil que rigen en las provincias de Ultramar*, tomo I, Madrid-Barcelona, 1875, pág. 277, art. 2571 de su apéndice: "[s]i este [refiriéndose al usufructo] comprende cosas fungibles"; SEOANE, *Jurisprudencia civil...*, op. cit., pág. 569: "[p]ueden ser objeto de usufructo todas las cosas, excepto las que llaman fungibles, así tituladas por no poder usarse sin que se consuman por el que las usa"; DOMINGO DE MORATÓ, Domingo Ramón, *El Derecho civil español con las correspondencias del romano de Juan Sala*, tomo I, Valladolid, 1863, pág. 359, en sede de usufructo: "el disfrute de una cosa fungible exige su consumción"; GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Códigos ó estudios fundamentales...*, op. cit., pág. 619, utiliza la expresión "usufructo de cosas fungibles" al referirse al denominado "cuasi-usufructo", añadiendo que "las cosas fungibles no estan bien clasificadas", no por equipararlas a las consumibles sino por hacerlo con las cosas deteriorables; sin embargo, el autor al hablar de las cosas fungibles y no fungibles en la pág. 10 y 11, las equipara a las genéricas y específicas; SÁNCHEZ DE MOLINA BLANCO, José, *El Derecho civil español (en forma de Código)*, Madrid, 1871, pág. 115, en el su art. 488-2: "[t]ambien se constituye [refiriéndose al usufructo] en cosas que aunque se consumen por el uso (fungibles) hacen unas las veces de otras"; FALGUERA, Félix M^a, *Apuntes de Notaría*, Barcelona, 1871, pág. 69: sobre las cosas "fungibles se constituye un cuasi-usufructo"; ESCRICHE, Joaquín, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, edición reformada y aumentada por José Vicente y Caravantes, y Leon Galindo y de Vera, tomo IV, Madrid, 1876, pág. 1187, voz "usufructuario": "si el usufructo comprende cosas fungibles, esto es, cosas de que no puede hacerse uso sin consumirlas"; NAVARRO AMANDI, *Código civil...*, op. cit., tomo I, pág. 352, en su art. 745, tras aceptar el usufructo en cosas fungibles, añade que "[e]n cuanto a las cosas fungibles, conviene distinguir entre aquellas que tardan bastante en destruirse y las que se consumen inmediatamente con el uso", el autor confunde las cosas fungibles no sólo con las consumibles sino también con las deteriorables; y más contundente es en sede de préstamo en el tomo II, pág. 347, donde manifiesta que "las cosas que se consumen con el uso reciben el nombre de cosas fungibles"; ALCALDE PRIETO, Domingo, *Curso teórico-práctico, sinóptico-bibliográfico de Derecho civil español, común y foral*, Valladolid, 1880, pág. 9, en el esquema que reproduce sobre el usufructo presenta el "cuasi-usufructo" como el referente al consumo de las cosas fungibles; ABELLA, *Novísimo Código civil...*, op. cit., pág. 175, comenta los preceptos 481 Cc y 482 Cc, apoyándose en García Goyena, por lo que se refleja también la equiparación de cosas consumibles y fungibles; VISO, Salvador del, *Lecciones elementales de Derecho civil*, sexta edición revisada y arreglada al nuevo Código y legislación vigente por Salvador Salom y Puig, tomo II, Valencia, 1889, pág. 77: "[e]l nuevo Código, art. 482, admite el usufructo de las cosas fungibles"; MARCO TULLIO, *Compendio del Derecho civil de España, ajustado al nuevo Código*, Madrid, 1893, pág. 230, define el usufructo de cosas fungibles como el usufructo de cosas que no se pueden usar sin consumirlas; SÁNCHEZ ROMÁN, *Derecho civil español...*, op. cit., tomo III, pág. 568, se refiere a "las cosas que se consumen por el uso -fungibles-", añadiendo después que "[e]l supuesto del art. 482 es claramente el de un llamado usufructo en cosas fungibles, según las define el art. 337 del Código" (la obra del autor es de año 1900 pero hemos considerado oportuno incorporarla en la doctrina del siglo XIX). Lo curioso en este autor es que en su obra *Estudios de Derecho civil*, tomo II, Madrid, 1889-90 (anterior a la obra citada antes),

En todo caso, el motivo por el cual se equiparan las cosas fungibles a las consumibles es el hecho de que se consideran sinónimos. En este sentido, las cosas que se destruyen por el uso son a la vez cosas que pueden reemplazarse unas por otras. Así, según esta postura, la característica de los bienes consumibles y fungibles basada en la sustitución de una cosa por la otra, se aplica también en sede de conceptos: el concepto de fungibilidad puede sustituirse por el concepto de consumibilidad por tratarse de lo mismo.

Pero presentar estas dos categorías de bienes como sinónimas no parece que sea lo más adecuado, pues ambos conceptos, aunque muy cercanos entre ellos, no encierran las mismas características. Fungibilidad y consumibilidad se caracterizan por su similitud, pero no por su equiparación, pues no se trata de lo mismo.

Por lo tanto, nos queda por ver la otra solución posible entre el art. 337 Cc y 482 Cc: delimitar los significantes y significados de las cosas fungibles y consumibles. Sin embargo, antes de proceder a tal estudio parece conveniente hacer un breve análisis del origen de la confusión entre ambas categorías de bienes.

2.2. El motivo de la sinonimia. El origen de la confusión

Hemos afirmado anteriormente que la gran mayoría de autores del siglo XIX, así como en los Proyectos y en el propio Código civil, equiparan la fungibilidad a la

comenta el Derecho anterior al Código civil (art. I, págs. 472 ss.) y el Código civil (art. II, págs. 495 ss.), y en la página 507, al analizar el Código civil afirma que el art. 337 Cc reproduce la distinción entre cosas fungibles y no fungibles, "pero al determinar su concepto (...) confunde la cualidad jurídica de fungible, con la que es más bien económica, de consumible", por lo tanto, el autor distingue ambas categorías de cosas y se corrige al decir que "merece tan atraso y erróneo concepto [refiriéndose al hecho de confundir ambas clases de cosas] que le demos aquí por opuestos los razonamientos consignados en otro lugar"; este "otro lugar" al que se refiere el autor es la pág. 490, n. 15 de su obra, relativo al estudio del Derecho anterior al Código civil.

consumibilidad tratándolos como sinónimos, cuando en realidad se trata de conceptos distintos. Pero la cuestión nos sumerge en una duda: cuál es el origen de la confusión.

Si el Código civil en su art. 337 confunde ambas categorías de bienes, debemos preguntarnos por el origen del precepto, su fuente originaria. La cuestión no es pacífica ni clara. Entre los antecedentes que menciona GARCÍA GOYENA al art. 383 del Proyecto de 1851 (el actual art. 337 Cc), cita el art. 1892 del Code francés, en sede de "prêt de consommation"¹⁸⁷. Así pues, el legislador español confecciona el art. 337 Cc a partir de los arts. 1892 y 1874 del Código napoleónico que confunden ambas categorías de bienes, cuando nuestro Código, y en la misma sede que el Code -siguiendo a PUIG FERRIOL-, le facilitaba la solución correcta en los arts. 1740, 1753 y 1754-2 Cc, pues el art. 1740 Cc "habla de préstamo de cosas fungibles en el sentido de intercambiables, de manera que cuando se redacta el art. 337 Cc sobre distinción de cosas fungibles y no fungibles, se hace con la vista puesta en los arts. 1874 y 1892 del Código napoleónico que aluden a la distinción entre préstamo de cosas que se destruyen o no se destruyen por el uso, cuando en realidad tenía que haberse referido a la distinción que aparece en el art. 1740 Cc entre cosas fungibles o intercambiables y cosas no fungibles. Que por otra parte es el que adoptaba el derecho histórico, pues con base a lo dispuesto en la Partida 5,1,1 se entendía por bienes fungibles aquéllos que se pueden contar, pesar o medir, y por no fungibles todos los demás"¹⁸⁸.

Observamos, pues, que el afán del legislador de seguir el Code francés unido, quizás, a la poca confianza en sí

¹⁸⁷ GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios...*, op. cit., art. 383, pág. 205. El art. 1892 Code manifiesta: "[l]e prêt de consommation est un contrat par lequel l'une de les parties livre à l'autre une certaine quantité de choses qui se consomment par l'usage, à la charge par cette dernière de lui en rendre autant de la même espèce et qualité".

¹⁸⁸ PUIG FERRIOL, *Fundamentos de Derecho civil*, tomo I, vol. I, segunda parte, en PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, Barcelona, 1979, pág. 779 y 780.

mismo, ha supuesto el origen de una de las más clásicas confusiones insertas en el Cc: la de las cosas consumibles con las fungibles, poco perdonable cuando el propio Código recogía la solución.

Por lo tanto, la confusión procede del Code napoleónico, Código, por otra parte, que no contiene un capítulo relativo a la clasificación de las cosas sino que la distinción de ciertos bienes se estudia en diversas instituciones como el préstamo o el usufructo, por ejemplo.

Según SIRINELLI, la confusión del Code napoleónico puede encontrar su origen en la comunicación oficial hecha al tribunato el 25 de enero de 1804 por PERREAU al presentar el art. 587 del Code¹⁸⁹.

Sin embargo, el error no se inicia con el Code napoleónico sino que este cuerpo legal es una continuación del pensar anterior. Así, en las obras de DOMAT¹⁹⁰ y POTHIER¹⁹¹ queda ya reflejada la confusión¹⁹².

¹⁸⁹ SIRINELLI, "Le quasi-usufruit (1re partie)", *loc. cit.*, pág. 36, n. 22. La comunicación prescribía lo siguiente: "[q]uoi que les choses fungibles, qui se consomment par l'usage qu'on en fait, paraissent au premier aspect ne pouvoir être l'objet de l'usufruit puisque dans la réalité on ne peut en jouir sans en détruire la substance, cependant on les reconnaît susceptibles de ce droit" [cfr. FENET, *Recueil complet...*, *op. cit.*, tome XI, pág. 220]. SIRINELLI considera que "le virgole après le mot «fungibles» a pu laisser croire que la preposition qui lui succède introduite par le «qui» n'est faite que pour éclairer le sens de la notion précédente, celle de choses fungibles".

A pesar de ello, JAUBERT, Pierre, "Deux notions du droit des biens: la consomptibilité et la fungibilité", *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1945, pág. 77, considera que el Code francés "distingue, en effet, ces deux notions, en faisant allusion à l'une ou à l'autre dans des domaines différents".

¹⁹⁰ DOMAT, *Les lois civiles...*, *op. cit.*, tome second, livre I, titre VI, section I, n. I (en sede de préstamo), pág. 123: "[l]e prêt est une convention par laquelle l'un donne à l'autre une certaine quantité de ces sortes des choses qui se donnent au nombre, au poids ou à la mesure, comme sont l'argent monnayé, le blé, le vin et les autres semblables, à condition que, comme on cesse d'avoir ces choses quand on en use, celui qui emprunte rendra, non la même chose, mais autant de la même espèce et de pareille qualité". Quizás el autor, dada su autoridad, más que confundir ambas categorías de cosas, estaba pensando en cosas que reúnen ambas características.

¹⁹¹ POTHIER, "Traité des obligations", en *Oeuvres de Pothier*, tome premier, Paris, 1825, pág. 96, n. 624, trata las cosas fungibles en sede de compensación: "[l]es dettes susceptibles de compensation sont les dettes d'une certaine somme d'argent, d'une certaine quantité de blé, de vin, et unes autres choses fungibles", quedando más clara la

Otros Códigos de aquella época, como el Código prusiano de 1794 y el Código civil austriaco de 1811, a diferencia del francés, contienen preceptos relativos a la clasificación de las cosas. Así, el Código General Territorial de Prusia considera en el § 120 que las cosas consumibles son aquellas que no pueden ser utilizadas sin destruirse o perderse totalmente según el uso acostumbrado, y el § 121 manifiesta que cuando se concede una cosa

confusión en "Traité du contrat de prêt de consommation" en *Oeuvres de Pothier*, tome cinquième, Paris, 1825, pág. 325, n. 25: "[t]outes ces choses qui se consomment par l'usage qu'on en fait, sont aussi connues sous le nom de choses *quae pondere, numero et mensura constant*, c'est-à-dire, de choses à l'égard desquelles on considère plutôt une certaine quantité de poids, de nombre ou de mesure, que les individus dont cette quantité est composé".

192 Así, MARCADÉ, [Victor Napoléon], *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, tome deuxième, Paris, 1852, liv. II, tit. I, chapitre II, art. 536, n. 391, pág. 379, tras manifestar que consumibilidad y fungibilidad son cualidades distintas, continúa diciendo que "[l]es anciens auteurs, notamment Pothier (*Obligations*, n. 624), et plusieurs auteurs modernes, notamment Toullier (VI, 143), sur l'inexactitude duquel les notes de Jean Baptiste Duvergier gardent le silence, définissent les choses fongibles, celles qui se consomment par le premier usage qu'on en fait; et les rédacteurs du Code ont accepté cette même idée, d'après Pothier (art. 587, 1892)". En idéntico sentido se manifiesta DEMOLOMBE, *Traité de la distinction...*, op. cit., tome premier, liv. II, titre I, chapitre I, n. 45, pág. 23-24, al decir que "[o]n a dit que les choses fongibles sont celles qui se consomment par l'usage; et cette doctrine, enseignée par Pothier (*des obligat.*, n. 624) et par Domat (*Lois civiles*, livre I, titre VI, sect. I), a même été suivie par les rédacteurs du Code Napoléon (comp. art. 1874, 1875, 1892; ajout. aussi Toullier, t. VI, n. 143)", considerando el autor que se trata de un error. (Ambos autores citan a Toullier, entre los autores que continúan la confusión de ambas categorías de bienes y, ciertamente, éste en su obra *Le Droit civil...*, op. cit., tome troisième, Bruxelles, 1847, pág. 292, n. 143, en sede "Des choses indéterminées", manifiesta que "[t]elles sont les choses fongibles, c'est-à-dire qui se consomment par l'usage, et qui se donnent au poids, au nombre, à la mesure").

Autores posteriores continúan explicando la confusión a partir de DOMAT y POTHIER; así, a título de ejemplo, BIANCHI, Francesco Saverio, *Corso di Codice civile italiano*, vol. nono, parte I, Torino, 1895, pág. 59: "teoria insegnata dal Pothier, e seguita ancora da qualcuno dei primi interpreti dello stesso codice Francese, secondo la quale ogni cosa que si consumasi coll'uso, si considerava come fungibile"; HUMBERT, *Essai sur la fongibilité...*, op. cit., pág. 47, "[d]éjà Domat enseignait que les choses fongibles sont celles qui se consomment par l'usage et en tirait les conséquences. Pothier, à son tour, professait le même doctrine, et de nombreux auteurs modernes l'ont suivi dans cette voie"; GENZMER, Erich, "Pondere, numero, mensura", en *Archives d'Histoire du Droit Oriental [1952-53 combinado con RIDA] (AHDO-RIDA)*, tome I, 1952, pág. 491: "[t]out cela s'explique par le fait que depuis l'époque de Pothier et au commencement du 19e siècle encore, on avait accoutumé de rendre l'expression technique, en elle-même inintelligible, de «res fungibles» par le terme «choses de consommation»".

consumible es necesario restituir otro tanto del mismo género y calidad¹⁹³. El Código civil austriaco de 1811, en su art. 301, considera que las cosas consumibles son aquellas que no conceden un uso ordinario sin destruirse o consumirse, y las no consumibles son aquellas de naturaleza opuesta¹⁹⁴.

¹⁹³ Los §§ 120 y 121 del Código de Prusia, *Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794 (ALR)*, edición de HATTENHAUER, H. y BERNERT, G., Neuwied, Kriftel, Berlin, febrero de 1996, expresan respectivamente: "[s]achen, welche ohne ihre Zerstörung oder gänzlichen Verlust den gewöhnlichen Nutzen nicht gewähren können, werden verbrauchbar genannt", y "[w]enn verbrauchbare Sachen jemanden zum Verbrauch vergönnt worden, so geschieht die Wiedererstattung in Sachen von gleicher Gattung und Güte".

¹⁹⁴ *Das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch (ABGB)*, herausgegeben von Hans KAPFER, en *Manzsche Ausgabe der Österreichischen Gesetze*, Wien, 1972, art. 301: "[s]achen, welche ohne ihre Zerstörung oder Verzehrerung den gewöhnlichen Nutzen nicht gewähren, heißen verbrauchbare; die von entgegengesetzter Beschaffenheit aber, unverbrauchbare Sachen".

El problema que nos hemos encontrado con el Código austriaco es que algunos autores consideran que la confusión entre ambas categorías de bienes se encuentra en el precepto transcrito, sin embargo, nos parece que el error no está en este artículo, sino en las traducciones que se han elaborado de este código. Así la traducción al francés de dicho cuerpo legal traduce "verbrauchbare" por "fungibles". Esto ha repercutido en las obras de algunos autores que han elaborado sus tesis a partir de las traducciones. Así, por ejemplo, MANRESA y NAVARRO, Comentario al art. 482 Cc, en *Comentarios al Código civil...*, op. cit., tomo III, séptima edición revisada y puesta al día por Julio Calvillo Martínez de Arenaza, Madrid, 1952, pág. 74, manifiesta que "no es aventurado suponer" que el art. 337 Cc toma como base el art. 301 austriaco "pues los términos empleados por éste [refiriéndose al art. 337 Cc] son casi los mismos que aquel [refiriéndose al art. 301 del Código austriaco] emplea". Sin embargo, como hemos visto el art. 301 del Código austriaco habla de cosas consumibles, no de cosas fungibles.

Este error de traducir las cosas consumibles por fungibles también se pone de manifiesto en algunas traducciones de obras jurídicas elaboradas por la doctrina. Así, HANAUSEK, *Die Lehre vom uneigentlichen...*, op. cit., pág. 10, § 2, afirma que "[d]ie ganze ältere Literatur hatte in fortwährender Confundirung der beiden Sacheigenschaften der Vertretbarkeit und der Verbrauchbarkeit vom Quasiususfructus als einem Ususfructus an Fungibilien gesprochen (statt Aller vgl. Glück IX S. 172) und noch Keller bezieht, obwol er den Unterschied zwischen Verbrauchbarkeit und Vertretbarkeit kennt, den Quasiususfructus «auf die verzehrlichen oder fungibles Sachen»"; PAMPALONI, "Sull'oggetto...", loc. cit., pág. 104 afirma también que "[g]li antichi scrittori (...) adoperavano la parola fungibile in luogo di consumabile; e ne abbiamo un esempio relativamente recente nel Glück". El mismo problema encontramos que se produce en las traducciones de la obra de ZACHARIAE, pues en la primera traducción italiana de Vincenzo de Matteis a la obra *Corso di diritto civile francese di K. S. Zachariae*, volume secondo, Napoli, 1862, pág. 90, § 306, se manifiesta que "[l]'usufrutto si divide in usufrutto propriamente detto ed in usufrutto impropriamente detto, o quasi

Aunque ambos textos contienen normas relativas a las cosas consumibles, se confunden las cosas consumibles con las fungibles¹⁹⁵. Las definiciones son correctas, sin embargo al establecer su régimen jurídico caen en el error. En el Código prusiano tras definirse correctamente las cosas consumibles en el § 120, al regular su régimen jurídico en el § 121, considera que debe restituirse otro tanto del mismo género y calidad. De esto se deduce que todas las cosas consumibles son fungibles, es decir, de cada cosa consumible existe un equivalente que es precisamente el que ha de restituirse, sin prever que pueda haber cosas consumibles que no sean fungibles. No hay propiamente confusión, sino que el legislador olvida que no todas las cosas consumibles son fungibles o solamente pretende regular ese caso específico.

En el Código austriaco el error tampoco se produce al definir las cosas consumibles. Debemos trasladarnos a la institución del préstamo para percibir el error del legislador. Así, en el § 971 se define el comodato como aquel contrato por el que una persona entrega a otra,

usufrutto. L'usufrutto propriamente detto ha per oggetto cose non fungibili; il secondo, cose fungibili"; en cambio, en la traducción que realiza Ludovico Barassi al *Manuale del Diritto civile francese di Zachariae von Lingenthal rimaneggiato da Carlo Crome*, volume primo, Milano, 1907, pág. 587, § 207, se afirma que "[l]'usufrutto è proprio e improprio (*Usuf. verus, quasi-usufructus*). Il primo ha per oggetto cose non consumabile, il secondo cose consumabili".

¹⁹⁵ Esta confusión ya la puso en evidencia WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts...*, op. cit., pág. 703, § 141, al manifestar en la nota 5 que "(s)ie (refiriéndose a la confusión) findet sich noch in dem preußischen (I. 2 §§ 120, 121), österreichischen (Art. 971. 983) und französischen (art. 1874) Gesetzbuch"; también GENZMER, "Pondere, numero, ...", loc. cit., pág. 491: "(l)e Code prussien de 1794 confond la fongibilité et la consomptibilité et ne parle ainsi que des choses consommables (verbrauchbare Sachen). Ensuite c'est le Code civil austrichen de 1811 qui identifie les choses fongibles et les choses de consommation".

La práctica unanimidad de la doctrina es partidaria de que también el anterior Código neerlandés, publicado en 1838, en su art. 561 confundía la consumibilidad con la fungibilidad, sin embargo, al traducir el precepto, nos hemos dado cuenta que lo que recoge es la definición de la consumibilidad: "[r]oerende zaken zijn Verbruikbaar of onverbruikbaar; verbruikbaar zijn de zoodanige die door gebruik verloren gaan" [La traducción sería la siguiente: "las cosas muebles son consumibles o no consumibles; las consumibles son las que se pierden a través del uso"]. Consideramos que la confusión, al igual que en el art. 301 del Código austriaco, se debió originar en la traducción del precepto.

durante un cierto tiempo y a título gratuito una cosa "no consumible"¹⁹⁶, cuando en realidad, por la naturaleza del comodato, el objeto debe ser infungible y no consumible, ya que debe restituirse la misma cosa. En el § 983 persiste la confusión, puesto que se define el préstamo como aquel contrato en que se entregan "cosas consumibles", para que se disponga libremente de ellas con la condición de restituir al cabo de un cierto tiempo una cantidad igual del mismo género y bondad¹⁹⁷. En este caso ocurre lo mismo que en el Código prusiano. Se olvidan también de que no todas las cosas consumibles son fungibles, a no ser que lo único que quisieran regular fuera el préstamo de cosas consumibles y fungibles.

Por lo tanto, la confusión de ambas categorías de bienes es general en todos los cuerpos legales de la época.

Por otra parte, LOMONACO manifiesta que la confusión recogida en el Código civil austriaco de 1811 (aunque él considera que la confusión se encuentra en el art. 301), se halla también "nella classica Dissertazione di Cristiano Tomasio, *De rerum differentiis*; una delle più complete e dotte monografie sulla dottrina della distinzione dei beni"¹⁹⁸.

¹⁹⁶ § 971 ABGB: "Wenn jemanden eine unverbrauchbare Sache bloß zum unentgeltlichen Gebrauche auf eine bestimmte Zeit übergeben wird; so entsteht ein Leihvertrag. Der Vertrag, wodurch man jemanden eine Sache zu leihen verspricht, ohne sie zu übergeben, ist zwar verbindlich, aber noch kein Leihvertrag".

En la primera nota que se realiza en este párrafo transcrito (pág. 952), se considera que también puede ser objeto de este contrato una cosa fungible (vertretbare).

¹⁹⁷ § 983 ABGB: "Wenn jemanden verbrauchbare Sachen unter der Bedingung übergeben werden, daß er zwar willkürlich darüber verfügen könne, aber nach einer gewissen Zeit ebensoviel von derselben Gattung und Güte zurückgeben soll; so entsteht ein Darlehensvertrag. Er ist mit dem, obgleich ebenfalls verbindlichen Verträge (§ 936), ein Darlehen künftig zu geben, nicht zu verwechseln".

¹⁹⁸ LOMONACO, *Della distinzione...*, op. cit., pág. 19, reproduce la Dissertatio CXXII, § LIX de THOMASIIUS de su *Dissertationum academicarum*, y dada la imposibilidad de consultar esta obra por nuestra parte, extraemos el fragmento recogido por el autor: "(r)es mobiles sunt partim fungibiles, partim non fungibiles. Illae sunt, quibus uti non possumus sine abusu, i. e. sine deminutione, immutatione, consumptione, fruitione, vel alienatione. Hae, quarum usus esse potest sine abusu, etsi una magis apta sit ad diuturnionem usum,

Observamos, pues, que tres autores como DOMAT, THOMASIVS y POTHIER, confunden la consumibilidad con la fungibilidad. Antes de ellos habían incurrido en la misma confusión DONELLUS¹⁹⁹, ALTHUSIVS²⁰⁰, ZOESIVS²⁰¹, VINNIUS²⁰² o VOET²⁰³, entre otros.

Sin embargo, la duda del origen de la confusión aún está latente. Nos atrevemos a afirmar con Jerónimo GONZÁLEZ que esta confusión tuvo su origen "(a)l ingresar en el acervo jurídico la palabra *fungible*"²⁰⁴.

El vocablo *fungible* lo crea el humanista Udalricus ZASIVS, quien afirma que "[r]ectius vero res fungibiles

quam altera, quae scilicet corruptioni aut detritioni facilius est obnoxia". En similar sentido se manifiesta GONZÁLEZ MARTÍNEZ, "Cosas fungibles (I)", *RCDI*, n. 37, 1928, pág. 16: "en una notable memoria de Thomasio sobre las diferencias y clasificación de las cosas, hallamos ya un error que los Códigos europeos habían de perpetuar"; y siguiendo a este autor PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho...*, op. cit., tomo I, vol. II, Madrid, 1958, pág. 307.

¹⁹⁹ DONELLUS, *Commentarius...*, op. cit., lib. X, cap. IV "De usufructu rerum fungibilium", § 11, pág. 35, expone que las "res usu consumuntur, sunt eadem illae, quae pondere, numero, mensurae constant (...) [u]nde dicuntur Paulo functionem recipere in suo genere per solutionem magis".

²⁰⁰ ALTHUSIVS, Joannes, *Dicaeologicae, Libri III, Totum et Universum Jus quo utimur methodicè complectentes*, Frankfurt, 1649, (ed. anastática 1967), libri I, cap. XXIV, n. 34, pág. 94, tras manifestar que el "quasi-usufructus" recae en cosas consumibles "quarum usus consistit in abusus & consumptionem", añade que "talís est usufructus rerum fungibilium".

²⁰¹ ZOESIVS, *Commentarius in Codicem justinianum*, Coloniae, 1737, libri III ad tit. 33: "De usufructus & Habitationem & ministerio servorum", pág. 148, manifiesta que el usufructo se da en cosas "quae usu non consumuntur, secundum definitionem, quae salva sequuntur substantiam, salva autem esse nequit in rebus fungibilibus, quarum usu in abusu est"; y en *Commentarius ad institutionum...*, op. cit., lib. II, tit. IV (De usufructus), § Constituitur, n. 4, pág. 198, considera que "constitui nequat in rebus fungibilibus, uti vino, oleo, frumento, vestimentis, pecunia, quorum rerum usus est in abusu".

²⁰² VINNIUS, *In quatuor libros Institutionum...*, op. cit., Inst., lib. II, tit. IV (De usufructu), pág. 248, advierte que "res, quas utendo consumi necesse est, cuius modi sunt, vinum, oleum, frumentum, caeteraque res, quae pondere, numero, mensura constare, & in genere suo functionem recipere dicuntur".

²⁰³ VOET, Joannes, *Commentariorum ad pandectas (libri quinquaginta)*, tomus primus, Venetiis, 1827, lib. VII, tit. V, n. 1, pág. 169: "[c]um in rebus fungibilibus verus non posset usufructus constitui, dum usu consumuntur nec salva post usum esse potest earum substantia".

²⁰⁴ GONZÁLEZ MARTÍNEZ, "Cosas fungibles (I)", loc. cit., pág. 16.

novo nostro vocabulo nominari possunt, quod ex communicabili natura functionem in mutuo, & aliquando in aliis dispositionibus commucationem recipiant"²⁰⁵, incorporándose a partir de ahí al lenguaje jurídico. El jurisconsulto afirma que "[f]ungibiles res dicimus, quae

²⁰⁵ ZASIUS, Udalricus/Ulrich, *Singularia responsa, sive intellectus iuris Singulares*, Basileae, 1541, liber I ("Iuris consulti, singularium responsorum"), cap. I ("Genus quatuor modis accipi, aliter quam Bartolus, communiter Doctores sunt opinati"), pág. 4, n. 22.

SAVAGNONE, Guglielmo, "La categoria delle res fungibiles", en *BIDR*, nuova serie-vol. XIV-XV, volume LV-LVI della Collezione, Milano, 1952, pág. 33, al estudiar cuando entró en el lenguaje jurídico el término "res fungibiles", considera que es mérito de WINDSCHEID "la determinazione de la prima comparsa del vocablo. Il Windscheid, sull'autorità dello Stintzing, lo attribuisce a Zasio, giuresconsulto tedesco. Zasio, discepolo del milanese Paolo Cittadini, visse dal 1465 al 1530, ed attraverso l'insegnamento del Cittadini si reannoda alla gloriosa scuola umanistica del diritto inaugurata da Alciato (1492-1550)". Cfr. WINDSCHEID, *Lehrbuch ...*, op. cit., pág. 702, § 141, nota 3, y STINTZING, R., *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, Erst Abtheilung, München & Leipzig, 1880, pág. 166, en el capítulo V relativo a Ulrich Zasius, comenta su obra *Intellectus singulares* de 1526 manifestando que "[h]ier ist nun auch der Ursprung des der spätern Theorie und Praxis unentbehrlich gewordenen Terminus *res fungibiles*, den Zasius als *novum nostrum vocabulum* in die Wissenschaft einführt". Además de STINTZING, WINDSCHEID, en su obra citada, se basa también en SAVIGNY para atribuir el vocablo a Zasius, puesto que SAVIGNY, Friedrich Karl von, *System des heutigen römischen Rechts*, sechster Band, Berlín, 1847, reimpresión de 1974, pág. 123, § 268, nota a), afirma que "[e]s scheint, daß der Ausdruck *res fungibiles* eingeführt worden ist von Zasius in § 30 l. de actionibus N. 17. 18".

Debemos hacer una precisión a las palabras de SAVAGNONE, quien afirma que Zasius es un jurisconsulto alemán. SCHROEDER, Klaus-Peter, "Ulrich Zasius (1461-1535)- Ein deutscher Rechtsgelehrter im Zeitalter des Humanismus", en *Jus*, 1995-2, págs. 97 ss., afirma que Zasius nació en Constanza en 1461 (pág. 97) y murió el 24 de noviembre de 1535 a la edad de 74 años, recibiendo sepultura en la Catedral de Freiburg (pág. 102), manifestando en la pág. 97 que como resultado de la llamada "guerra Suiza" (1499), Constanza debía abandonar definitivamente la Confederación, emplazándose desde ese momento en la periferia del Derecho alemán. Por lo tanto, según el autor, Zasius nació en Constanza cuando aún era Suiza; sin embargo, su carrera jurídica la desarrolló en Alemania.

Otros autores que asignan a Zasius la paternidad del vocablo *fungible* son, a título de ejemplo, ROGUIN, Ernest, "Des choses fongibles et des choses de consommation", *Revue de l'Universite de Lausanne (RUL)*, 1872, pág. 134, nota 2; SOHM, Rodolfo, *Instituciones de derecho privado romano*, trad. de Wenceslao Roces, México, 1951, pág. 143, nota 9; BENSÀ, Paolo Emilio, "Sul concetto di cose fungibili nel diritto italiano", *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda pel XXV anno del suo insegnamento*, vol. II, Napoli, 1906, pág. 354; STOLFI, Nicola, *Diritto civile*, vol I, parte II, Torino, 1931, pág. 491-492 (hay que advertir que este autor atribuye la palabra a Zasius indirectamente a partir de Stintzing); BARASSI, I *diritti reali...*, op. cit., pág. 205; GENZMER, "Pondere, numero...", loc. cit., pág. 472; MARÍN PÉREZ, voz "Bienes", op. cit., pág. 356 y en *Derecho civil*, vol. I, Madrid, 1983, pág. 179.

consistunt en numero, pondere, & mensura: sicut pecunia, frumentum, vinum, oleum: istae dicuntur res fungibiles. Caetera corpora in universum omnia, omnes aliae species, dicuntur res non fungibiles"²⁰⁶. Por lo tanto, ZASIUS establece un término y lo define, y todo parece indicar que la confusión se desarrolla a partir de las obras del autor²⁰⁷.

Sin embargo, no faltan autores que hallen en el Derecho romano un antecedente inmediato de la palabra *fungibles*, en concreto en el comentario de Paulo en el libro XXVIII al edicto, D. 12, 1 (De rebus creditis), 2 (l. Mutuum damus), § 1 (Mutui datio): "Mutui datio consistit in his rebus, quae pondere numero mensura consistunt, quoniam in eorum datione possumus in creditum ire, quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem quam specie"²⁰⁸, siendo

²⁰⁶ ZASIUS, *In tit. Institutionum de Actionibus enarratio, nunc denuò, accurata locorum quorundam castigatione, aedita*, Basileae, s.f., tit. Inst. de Actionibus, § In personam, fol. 81, n. 2; en el mismo tit., § In bonae fidei, folio 224, en el n. 17 añade que "[d]icuntur autem esse res fungibiles, quae propter naturae vel certis similitudinem recipiunt promiscuum usum, id est, functionem: ut frumentum cum frumento, oleum cum oleo, vinum cum vino, ferrum cum ferro, & ita de aliis: quamvis Doct. communiter nominent eas res etiam quantitatem, sed malè & barbarè: sola enim quanta quaequod res sit aestimant".

²⁰⁷ Esto explica que el término "fungible" se haya calificado por ORTOLÁN, *Explicación histórica...*, op. cit., tomo I, pág. 83, como "barbarismo que no pertenece ni al derecho ni a la lengua de los romanos". Esta idea de la no pertenencia de la palabra *fungible* al Derecho Romano la comparten la práctica unanimidad de la doctrina europea: en España, por ejemplo, SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho...*, op. cit., pág. 490; FALCÓN, *Exposición doctrinal...*, op. cit., tomo II, segunda edición, Salamanca, 1882, pág. 1; en Francia, entre otros, DEMOLOMBE, *Traité de la distinction...*, op. cit., pág. 23, n. 44; GIRARD, *Manuel élémentaire...*, op. cit., pág. 256, nota quinta; en Italia, BORSARI, Luigi, *Commentario del Codice civile italiano*, vol. II, Torino, 1872, lib. II, tit. I, art. 406, § 769, pág. 14; 2; SAVAGNONE, "La categoria delle...", op. cit., pág. 18; o en Alemania, HELD, *Die Lehre vom ususfructus earum rerum...*, op. cit., pág. 12-13.

²⁰⁸ Aunque es este comentario de Paulo al edicto el que se cita como antecedente inmediato por la mayoría de la doctrina, hay que advertir con GRENZMER, "Pondere, numero...", loc. cit., pág. 475: "la définition des choses fongibles, en tant que res, quae pondere numero mensura constant (ou: continentur) se trouve chez Sabinus et Cassius; il est certain qu'elle se trouve chez Maecianus, Gaius, Papinien, Ulpian, Paul, Licinnius Rufinus et dans l'Épitome Ulpian"; en similar sentido se manifestó con anterioridad, ROGUIN, "Des choses

la palabra *functionem* la considerada como antecedente de la actual *fungibles*²⁰⁹.

Lo que realmente sucedió es que fue en el Derecho romano donde se inspiró ZASIUS para crear la palabra "fungible", precisamente en el fragmento del Digesto transcrito²¹⁰. Por lo tanto, aunque el vocablo se crea en el siglo XVI, su significado era ya conocido²¹¹.

fungibles...", *loc. cit.*, pág. 135. Por ello encontramos ciertos autores, por ejemplo, ALONSO PÉREZ, Mariano, *El riesgo en el contrato de compraventa*, Madrid, 1972, pág. 202, que citan otras fuentes: Gayo en el D. 18, 1, 35, 5; C. 4, 18, 2; etc., que recogían ya esta expresión.

²⁰⁹ HANAUSEK, *Die Lehre vom uneigentlichen...*, *op. cit.*, § 2, pág. 11, se expresa de la siguiente manera al presentar las cosas fungibles: "[v]ertretbare Sachen (res fungibiles nach L. 2. § 1 D. de R. C. 12. 1.)"; MAYNZ, *Curso de Derecho romano*, *op. cit.*, pág. 479, nota 1: "[e]s un pasaje de Paulo que ha dado origen a la palabra *fungibilis*"; WENDT, Otto, *Lehrbuch der Pandekten*, Jena, 1888, pág. 71, nota 3: "diese Stelle hat auch den Anlaß zur Bildung des Wortes *fungibilien* gebildet"; GLÜCK, *Commentario alle pandette...*, *op. cit.*, traducido por Filippo Serafini, Libro XII, Milano, 1905, pág. 12, al comentar el objeto del mutuo manifiesta que se llaman "*cose fungibili*, perchè i giuresconsulti romani usano l'espressione *fungi* o *functionem recipere*", añadiendo en la nota 30 que "(1) a parola *fungi* propriamente corrisponde a *vicem aliquam sustinere* o *locum subire s. implere*".

En cambio, POTHIER, *Traité du contrat de prêt de consommation*, en *Oeuvres...*, *op. cit.*, pág. 395, considera que la palabra "fungibles" procede "du mot latin *fungibiles*, parce que *earum natura est ut aliae aliarum eiusdem generis rerum vice fungatur*".

²¹⁰ Muchos son los autores que consideran que en el Derecho romano se encontraba la distinción entre cosas fungibles y no fungibles en sede de cosas genéricas y específicas, con el peligro, como veremos posteriormente, de confundir -algunos autores- ambas categorías de bienes: GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Códigos o estudios fundamentales...*, *op. cit.*, pág. 10; SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho...*, *op. cit.*, 490; FALCÓN, *Exposición doctrinal...*, *op. cit.*, pág. 12; SAVAGNONE, "La categoria...", *op. cit.*, pág. 18, entre otros. Aunque ROGUIN, "Des choses fungibles...", *loc. cit.*, pág. 139, afirme que "les juristes de l'Empire n'ont nulle part fourni une théorie complète et claire de ce que les modernes appellent *fungibilité* ou *non-fungibilité*".

Que el comentario de Paulo es el que dió ocasión a Zasius para inventar la palabra *fungible*, es reconocido por: GONZÁLEZ MARTÍNEZ, "Cosas fungibles (I)", *loc. cit.*, pág. 14, o entre los romanistas BONFANTE, *Corso...*, *op. cit.*, vol. II, parte I, Milano, 1966, pág. 108; IGLESIAS, *Derecho romano...*, *op. cit.*, pág. 213; en Italia y Francia o Alemania tampoco faltan defensores de esta idea: BENSA, "Sul concetto...", *loc. cit.*, pág. 354; BARASSI, *I diritto reali...*, *op. cit.*, pág. 205; JAUBERT, "Deux notions du droit des biens...", *loc. cit.*, pág. 76; ARNDTS RITTER V. ARNESBERG, Ludwig, *Lehrbuch der Pandekten*, Stuttgart, 1872, pág. 58, § 51, nota 1.

²¹¹ Discutir sobre la existencia de la fungibilidad en el Derecho romano, en sede de préstamo, excede de nuestros propósitos, que se reducen a delimitar los conceptos de fungibilidad y consumibilidad

La equiparación de los conceptos de fungibilidad y consumibilidad podemos afirmar que se debe a que ambas categorías de bienes se solapan en muchas ocasiones. Es decir, las cosas fungibles pueden ser a veces consumibles y viceversa. Una y otra categoría no se repelen sino que se atraen²¹².

En el Derecho alemán, donde se encuentran diferenciadas ambas categorías de bienes, como tendremos oportunidad de observar, WENDT pone de manifiesto que los manuales del siglo XVI estaban repletos de la incomprensible y bárbara palabra "fongibilien", que el Code napoleónico llamó "choses fongibles", y que en Alemania, a principios del siglo XIX, "wenn eine Uebersetzung versucht wurde, noch das Wort der verbrauchbaren Sachen üblich, obwohl damit eine handgreifliche Verwechslung mit einer zweiten Gruppe von Sachen geschah", aunque "[d]och hat die Theorie noch bis in die Mitte des vorigen Jahrhunderts mit der Trennung der beiden Gruppen zu tun gehabt"²¹³.

para encontrar el verdadero objeto del usufructo de cosas consumibles, aunque es necesario para ello hallar el origen de la confusión de ambas categorías para poder distinguirlas. Confusión, que por lo que hemos visto parece tener su punto de partida en Zasius al crear la palabra *fungible*.

No faltan autores, sin embargo, que sitúan la confusión en el Derecho romano: JAUBERT, "Deux notions du droit des biens...", *loc. cit.*, pág. 76: "(1) la consomptibilité et la fongibilité s'identifient à Rome et existent ainsi en fonction des caractères spécifiques de la chose"; SIRINELLI, "Le quasi-usufruit (1re partie)", *loc. cit.*, pág. 36, n. 22, nota 97: "l'erreur provient peut-être de ce que la consomptibilité et la fongibilité paraissent s'identifier à Rome".

²¹² Explicar la confusión de ambas categorías de bienes por el hecho de que, a menudo, una cosa pueda ser a la vez consumible y fungible, parece ser el argumento más evidente y quizás el más sencillo para dar una explicación a la cuestión. Entre otros, PLANIOL, *Traité élémentaire...*, *op. cit.*, tome I, Paris, 1915, pág. 661 manifiesta que: "[l]e plus souvent, les mêmes choses qui sont consomptibles par le premier usage sont en même temps fongibles entre elles. (...) Aussi beaucoup d'autres confondent ils deux distinctions", o GENZMER, "Pondere, numero...", *loc. cit.*, pág. 491 que considera que esta traducción de cosas fungibles por consumibles "a été adopté, puisque les choses de consommation sont presque toujours fongibles, tandis que les choses fongibles (...) sont fréquemment consommables".

²¹³ WENDT, "Wie etwas heißt und was es ist! Warnung vor falschen Schlußfolgerungen aus Namen und Bezeichnung", *Archiv für der civilistische Praxis (AcP)*, 103. Band, 1908, pág. 441-442. Y continúa diciendo el autor, que "[a]nscheinend zuerst von K. S. ZACHARIAE (in seinem Lehrbuch des französischen Civilrechts, 1. Auflage 1808 I § 65, Anm. S. 99) sind die choses fongibles als vertretbare Sachen

3. La fungibilidad como significante. Búsqueda de su significado

En el Código civil no tenemos una definición legal de cosa fungible. El art. 337 Cc, con la intención de definir la fungibilidad lo que hace es proporcionar la definición de las cosas consumibles, por lo que el precepto lo único que nos aporta es el significante, el término *fungible*.

Puesto que el BGB recoge una definición legal de las cosas fungibles, consideramos conveniente iniciarnos en el estudio de la fungibilidad a partir de este cuerpo legal. En el § 91 BGB se considera que son *vertretbare Sachen* aquellas cosas muebles que se determinan en el tráfico atendiendo a su número, medida o peso²¹⁴.

wiedergegeben"; añadiendo que la palabra continuó utilizándose por otros autores. Sin embargo, se tradujo la palabra "fungible" por "vertretbare" y "nun ist es also durch das BGB vollends legalisiert". "Der Name "vertretbare" Sachen ist jetzt ungefähr ein Jahrhundert alt", por tanto es de principios del siglo XIX.

Ya con anterioridad a WENDT, ARDNTS, *Lehrbuch...*, op. cit., pág. 58, recogía en la nota 1 del § 51 que la expresión *vertretbare Sachen* "nach Zachariae fast allgemein geborden" añadiendo que "wird vermieden von PUCHTA § 36, mißbilligt von SAVIGNY VI, welcher dafür den Ausdruck *quantitäten* setzt; statt dessen WINDSCHEID § 143 *quantitätssachen*".

Evidentemente SAVIGNY, *System des heutigen...*, op. cit., § 268, pág. 123, denomina cosas de cantidad a las cosas fungibles, rechazando esta última expresión por considerarla una palabra bárbara, manifestando que "[i]ch werde dafür den Ausdruck *Quantitäten* gebrauchen, der die entschiedene Autorität der Römischen Juristen für sich hat", añadiendo que aunque la palabra "quantitas" suele significar grandeza o extensión, "so wird er doch auch in mehreren unzweifelhaften Stellen geradezu gebraucht um die hier erwähnte besondere Art von Sachen zu bezeichnen, also Sachen die nach Zahl, Maß oder Gewicht einer bestimmten Gattung, nicht nach ihrer Individualität, als Gegenstände von Rechtsverhältnissen behandelt zu werden pflegen". El autor, además de proponer esta nueva terminología, critica la expresión "vertretbare Sachen" puesto que "ist ohne hinzugefügte Erklärung kaum verstandlich, da auch alle andere Sachen einer Betretung (durch Geldentschädigung) empfänglich find".

En castellano la traducción de "vertretbare" sería cosas representables, reemplazables o sustituibles.

²¹⁴ El § 91 BGB, expresa: "[v]ertretbare Sachen im Sinne des Gesetzes sind bewegliche Sachen, die im Verkehre nach Zahl, Maß oder Gewicht bestimmt zu werden pflegen".

En el Protocolo 176 (*Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band III, Berlin, 1899, pág. 2), se recogen las discusiones sobre el actual § 91. En el proyecto era el § 779 el relativo a las "vertretbare Sachen". Se propuso suprimir el precepto o, eventualmente, el fragmento transcrito entendiéndolo incorporado en el § 547: "[w]er Geld oder anderen bewegliche Sachen, die im Verkehre regelmäßig nach Zahl, Maß oder

Si ésta es la definición de las cosas fungibles, la Ley 1, Título 1, de la Partida 5ª, ya conocía esta categoría de bienes, puesto que en sede de "empréstito", al definir las cosas sometidas a éste, manifestaba que existen dos maneras de "empréstanos": "[l]a una es mas natural que la otra, e esta es como quando emprestan unos a otros, alguna delas cosas que son acostumbradas a contar, pesar o medir"²¹⁵. Parece ser que las Partidas nos proporcionan el significado sin el significante, al revés de lo que nos aporta hoy el art. 337 Cc.

La definición alemana no ha carecido de críticas puesto que lo que nos aporta esta definición es un criterio para reconocer en la práctica las cosas fungibles²¹⁶. Lo que nos proporciona el parágrafo es una de las características de la fungibilidad -no una definición completa-, y una inmensa fidelidad al Derecho romano²¹⁷.

Gewicht bestimmt werden (vertretbare Sachen), als Darlehen empfangen hat", fundamentándose en el hecho que la definición de "[v]ertretbare Sachen" ya estaba clara y, por lo tanto, no era necesaria una definición legal pues ésta sería superflua. Esta propuesta se rechazó porque se consideró inevitable mantener una definición legal dado que la expresión "vertretbare Sachen" era artificial y poco corriente.

WENDT, "Wie etwas heißt...", *loc. cit.*, pág. 442-443, comentando este párrafo, manifiesta que "[w]ährend nun aber das Handelsgesetzbuch den Ausdruck (refiriéndose al término "fungible") ohne jede weitere Beschreibung gebrauchte, den Begriff selbst als bekannt voraussetze und deshalb den Kommentaren freie Hand zu lassen schien, hat jetzt das Bürgerliche Gesetzbuch es an einer Legaldefinition, nicht fehlen lassen, auf deren Handhabung die heutige Wissenschaft angewiesen ist".

²¹⁵ *Las siete Partidas...*, *op. cit.*, Partida 5ª, fol. 2. La glosa de Gregorio López "A contar", no nos aporta mucha ayuda al tema puesto que considera que no siempre constituye préstamo de mutuo la entrega de una cosa al peso o por cantidad, sino que "in mutuo enim est inspicienda natura, consuetudo, & aptitudo, quae naturae coaptantur".

²¹⁶ Han criticado el § 91 BGB, entre otros, PLANIOL, *Traité élémentaire...*, *op. cit.*, tome I, pág. 661; PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges, *Traité pratique de Droit civil français*, con concordancias de Picard, tome III, Paris, 1926, pág. 62; HUMBERT, *Essai sur la fungibilité...*, *op. cit.*, pág. 16 y 19; o entre nosotros VALVERDE, *Tratado de Derecho...*, *op. cit.*, tomo I, pág. 391.

²¹⁷ Ya en los *Motive zu dem Entwurfe...*, *op. cit.*, pág. 33, § 779, tras anunciar que las cosas se toman en consideración a su individualidad o género, añade que "[i]n dem letzteren Falle sprechen die römischen Quellen von Sachen, quae pondere, numero, mensura constant. Die neuere Wissenschaft hat hierfür die Ausdrücke *fungibile Sachen, vertretbare Sachen*".

El § 91 del BGB obedece a la fórmula romana del D. 12, 1 (De rebus creditis), 2 (l. Mutuum damus), § 1 (Mutui datio), y se consideran las cosas fungibles como aquéllas que se numeran, pesan o miden porque, frente a otras cosas iguales, no muestran ninguna característica individual pronunciada, por lo que la opinión común es que se reemplacen unas por otras²¹⁸. Por lo tanto, ya aparecen dos caracteres relativos a la fungibilidad: la identidad y el reemplazamiento o sustitución entre las cosas.

Según esto, las cosas fungibles serían aquéllas intercambiables entre ellas dada su homogeneidad, pudiéndose determinar por su número, peso o medida.

Sin embargo, estas características atribuidas a la fungibilidad las podemos encontrar en el Código civil español. Hemos partido de la base que el art. 337 Cc recoge ambas categorías de bienes (fungibles y consumibles) confundidas, por lo cual, se enuncia la fungibilidad como significante en su primer párrafo: "[l]os bienes muebles son fungibles o no fungibles", y la consumibilidad como significado en el segundo: "[a] la primera especie pertenecen aquellos de que no puede hacerse el uso adecuado

²¹⁸ DILCHER, Hermann, Comentario al § 91 BGB, en *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Erstes Buch, Berlin, 1995, pág. 560: "[v]ertretbar sind die im Verkehr nach Zahl, Maß oder Gewicht bestimmten Sachen deshalb, weil sie gegenüber anderen Sachen derselben Art keine ausgeprägten Individualisierungsmerkmale aufweisen, also nach der regelmäßigen Anschauung diese ersetzen oder von ihnen ersetzt werden können".

Estas características que aporta DILCHER, las recogen otros comentaristas del § 91 BGB, basándose en una sentencia del OLG de Dresden, según la cual "die gegenüber anderen der gleichen Gattung ausgeprägter Individualisierung entbehren und deshalb nach der regelmäßigen Verkehrsanschauung von anderen Sachen der nämlichen Art ersetzt werden können"; la citan, por ejemplo, HOLCH, Georg, Comentario al § 91 BGB, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band I, 3. Auflage, München, 1993, pág. 715; BAUR, Comentario al § 91 BGB en SOERGEL, Th., y SIEBERT, W., *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetzen und Nebengesetzen Kohlhammer-Kommentar*, Band I, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1967, pág. 374. También se encuentran recogidas estas características en una sentencia del Tribunal Supremo federal (BGH, 66, 2307; 71, 1794): "[v]ertrebar ist eine Sache, wenn sie sich von and der gleichen Art nicht durch ausgeprägte Individualisierungsmerkmale abhebt und daher ohne weiteres austauschbar ist", citada por HEINRICHS, Helmut, Comentario al § 91 BGB, en PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 54. neubearbeitete, München, 1995, pág. 59.

a su naturaleza sin que se consuman; a la segunda especie corresponden los demás". La solución a la confusión será encontrar un significado a las cosas fungibles y un significante correlativo al significado expresado en el segundo párrafo.

En el art. 337 Cc las cosas fungibles simplemente se nos anuncian. Su definición, sin embargo, no es desconocida por el Cc. El problema es que este significado (o, para ser más precisos, sus características definitorias, pues no hay ningún precepto que recoja las cosas fungibles como definición) se encuentra disperso por el cuerpo legal, y es a partir de esta dispersión como intentaremos definirlas.

El Derecho alemán nos aportaba tres características: la identidad entre las cosas, su determinación por el peso, número y medida y su sustituibilidad. Será con el análisis de estas cualidades como definiremos las cosas fungibles en el Derecho español a partir de los preceptos del propio cuerpo legal.

3.1. El requisito de la identidad entre las cosas fungibles

A lo largo de este breve análisis de las cosas fungibles hemos hablado de "identidad"²¹⁹ o de "homogeneidad"²²⁰ entre dichas cosas. Esto supone que entre dos cosas no pueden existir diferencias relevantes para que

²¹⁹ La identidad entre las cosas fungibles queda reflejada por ciertos autores, por ejemplo, LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos...I*, op. cit., vol. III, pág. 39: "[l]a fungibilidad representa, en suma, la identidad de un bien con un número grande e indefinido de otros".

²²⁰ En relación a la homogeneidad entre las cosas, FERRARA, Francesco, *Trattato di diritto civile italiano*, vol. I, parte I, Roma, 1931, pág. 830, por ejemplo, define la fungibilidad de la siguiente forma: "[f]ungibili sono le cose che sono valutate in commercio per la loro massa quantitativa, come cose omogenee, indifferenti ed equivalenti".

Estas cualidades de "identidad" y "homogeneidad" pueden observarse desde otro criterio: la individualización o no de la cosa (JAUBERT, "Deux notions du droit des biens...", loc. cit., pág. 78).

puedan considerarse fungibles²²¹, se trata de cosas iguales o similares por lo que se consideran indiferentes en su individualidad²²². Esto no excluye que entre las diversas individualidades haya elementos que las diferencien entre ellas; sin embargo, estas peculiaridades se consideran irrelevantes²²³, por lo que el *tantumdem est idem*.

Para determinar la homogeneidad entre las cosas fungibles es imprescindible el elemento de la comparación²²⁴ entre las diversas individualidades para poder establecer, de este modo, una relación de equivalencia entre ellas²²⁵.

²²¹ KARLOWA, "Über den Begriff der fungibilen Sachen und die Anwendung desselben bei den verschiedenen Rechtsverhältnissen und Rechts geschäften des Römischen Rechts", *Grünhut's Zeitschrift (Grünhuz)*, XVI, 1888, pág. 408, considera que "die einzelnen zu derselben Gattung gehörigen Stücke ganz gleicher Beschaffenheit sind und individuelle Verschiedenheiten zwischen ihnen wenig wahrnehmbar sind, und es trifft in Folge dessen auch zu, dass sie von der Verkehrsanschauung einander gleich geachtet werden"; ALLARA, Mario, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, Torino, 1953, pág. 334: "noi distinguiamo anzitutto tra differenze rilevanti e differenze irrilevanti tra le cose"; FERRINI, Contardo, *Manuale di pandette*, quarta edizione curata e integrata di Giuseppe Grosso, Milano, 1953, pág. 213, se refiere a cosas que "non hanno fra loro differenze apprezzabili".

²²² HANAUSEK, *Die Lehre von uneigentlichen...*, op. cit., § 2, pág. 11: "[v]ertretbare Sachen sind solche, deren Individualität der Verkehr für gleichgiltig erachtet".

²²³ JAUBERT, "Deux notions du droits des biens...", loc. cit., pág. 88: "des chose peuvent être équivalentes par leurs qualités intrinsèques tout en ayant certains signes distinctifs".

²²⁴ PLANIOL y RIPERT, *Traité pratique...*, op. cit., pág. 62, n. 58, consideran que "[l]a fongibilité est donc un rapport d'équivalence entre deux choses (...), la fongibilité s'apprécie toujours par voie de comparaison entre deux choses". El mismo criterio siguió HUMBERT, *Essai sur la fongibilité...*, op. cit., pág. 13; en España VALVERDE, *Tratado de Derecho...*, op. cit., tomo I, pág. 391; en Italia BENSA, "Sul concetto...", loc. cit., pág. 357.

²²⁵ Entre otros, hablan de equivalencia, BONET CORREA, José, "El dinero como bien jurídico", en *Estudios de Derecho civil en honor del prof. Castán Tobeñas*, IV, Pamplona, 1969, pág. 127, y en *Código civil con concordancias, jurisprudencia y doctrina*, tomo II, Madrid, 1987, pág. 33, en el comentario al art. 337 Cc; en Francia, BONNECASE, Julien, *Elementos de Derecho civil*, traducido por Jose M. Cajica jr., tomo I, México, 1945, pág. 628; MARTY-RAYNAUD, *Droit civil*, tome I, Sirey, 1972, pág. 480; en Italia, entre los autores del Codice italiano de 1865 destacan CHIRONI, Gian Pietro, y ABELLO, Luigi, *Trattato di diritto civile italiano*, vol. I, Torino, 1904, pág. 310; COVIELLO, Nicola, *Manuale di diritto civile italiano*, vol. I, Milano, 1910, pág. 253; y entre los autores del Codice de 1942, MESSINEO,

Comparación, equivalencia, identidad o similitud, nos sugieren que la fungibilidad supone la existencia de una cantidad de cosas, la presencia de más de una unidad con unas cualidades semejantes²²⁶.

En el art. 1196-2 Cc español, por ejemplo, parece reflejarse esta idea de identidad o similitud entre las cosas fungibles. El precepto estipula que para que proceda la compensación es necesario "[q]ue ambas deudas consistan en una cantidad de dinero, o, siendo fungibles las cosas debidas, sean de la misma especie y también de la misma calidad, si ésta se hubiese designado"²²⁷. El hecho de que las cosas fungibles sean de la misma especie y calidad marca ya una equivalencia entre las cosas, una similitud o puntos en común entre varias cosas. La similitud se origina en un doble grado: no basta que las cosas sean de la misma especie sino que dentro de ésta han de tener la misma calidad, ya sea mayor o menor. No hay una preferencia por una calidad superior o inferior, sino que sea la calidad que sea, las cosas presentadas como fungibles han de tener la misma.

Francesco, *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol I, Milano, 1952, pág. 378, entre otros.

²²⁶ Por ello también se denominan a las cosas fungibles "cosas de cantidad": WENDT, *Lehrbuch der ...*, op. cit., pág. 71; WINDSCHEID, *Diritto delle...*, op. cit., tomo I, pág. 485, nota 2; SIMONCELLI, *Istituzioni di diritto privato italiano*, op. cit., pág. 140-141; SANTOS BRIZ, Jaime, Comentario al art. 337 Cc en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales...*, op. cit., tomo V, vol I, Jaén, 1980, pág. 44.

Destacamos por su importancia a SAVIGNY, *Le droit des obligations*, traduit de l'allemand par C. Gérardin et P. Jozon, Paris, 1863, tome premier, § 39, pág. 432, al manifiestar lo siguiente: "[n]ous appelons quantités des choses qui, renfermées dans les limites d'une classe déterminée, n'ont aucune valeur individuelle, si bien que, pour elles, toute la valeur ne se détermine que par le nombre, la mesure ou le poids; c'est pourquoi il est absolument indifférent de distinguer les choses individuellement".

Entre nosotros, no se conforma en anunciar las cosas de cantidad, sino que nos aporta una explicación de este tipo de cosas, GARCÍA VALDECASAS, *Parte general...*, op. cit., pág. 287 al considerar que se llaman cosas de cantidad "porque en el tráfico jurídico suelen determinarse por su peso, número o medida". Podemos observar que la idea de "cosas de cantidad" está íntimamente relacionada con la propiedad de la fungibilidad de contarse, pesarse o medirse que pasaremos a analizar a continuación.

²²⁷ También utilizan la expresión "la misma especie y calidad" los arts. 1740, 1753 y 1754 Cc.

3.2. Cosas determinadas por su peso, número o medida

ALONSO PÉREZ observa que "las cosas fungibles tienen como dato constante el viejo esquema que le fijaron las fuentes romanas (*in his quae pondere numero mensurave constant*: Gayo, D. 18, 1, 35, 5 pr.) y su pertenencia a la categoría más amplia de las cosas genéricas"²²⁸. El autor nos aporta dos grandes ideas, que son precisamente las que han atribuido a la fungibilidad, junto a la similitud con las cosas consumibles, la complejidad con la que actualmente se caracteriza. Analizaremos a continuación la determinación de la fungibilidad por su peso, número y medida, y dejaremos para un epígrafe posterior el estudio de la fungibilidad frente a la genericidad.

Ya dijimos con anterioridad que ZASIUS, al crear la palabra *fungible*, se basó en la expresión latina *res, quae numero, pondere mensura constant*, y también tuvimos ocasión de observar cómo el BGB alemán fundamentaba su § 91 en este fragmento del Digesto; vimos, además, cómo el art. 614 del Proyecto de Código civil de 1836 definía las cosas fungibles amparándose en estas tres cualidades. Por lo tanto, la relevancia de este trío de vocablos parece evidente²²⁹. Pero conviene saber si realmente su significado es tan elocuente.

²²⁸ ALONSO PÉREZ, *El riesgo...*, op. cit., pág. 202.

²²⁹ Numerosos son los autores que definen las cosas fungibles basándose en el peso, número y medida. Entre los autores del *ius commune* podemos citar a CUIACIUS, Jacobus, *Praelectiones in institutiones justiniani*, Claromontii, 1824, titulus II (De rebus corporalibus et incorporalibus), pág. 116, [r]es mobiles, aliae consistunt in genere et quantitate, quae pondere, numero et mensura constat; ut vinum, frumentum, pecunia numerata; fungibiles dicuntur quia una alterius vice fungi potest".

En España destacan, entre otros, FALCÓN, *Exposición doctrinal...*, op. cit., pág. 14; NAVARRO AMANDI, *Código civil...*, op. cit., tomo I, comentario al art. 380, pág. 231; FERNÁNDEZ ELÍAS, *Novísimo tratado...*, op. cit., pág. 83; MUCIUS SCAEVOLA, Comentario al art. 337 Cc, en *Código civil ...*, op. cit., tomo VI, comentado y concordado extensamente y totalmente revisado y puesto al día por Francisco Ortega Lorca, 5ª edición, Madrid, 1949, pág. 281; CLEMENTE DE DIEGO, *Institutiones...*, op. cit., pág. 259; BORRELL Y SOLER, *Derecho civil...*, op. cit., pág. 281; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil...*, op. cit., tomo primero, vol. II, pág. 589; SANTOS BRIZ, *Derecho civil. Teoría y práctica*, tomo I, Madrid, 1978, pág. 545;

Definir las cosas fungibles por su commensurabilidad precisa una primera aclaración. Todas las cosas pueden medirse, contarse o pesarse, por lo tanto, desde este punto de vista todas las cosas serían fungibles. Sin embargo, el sentido que tiene la commensurabilidad no es éste. Las cosas fungibles suelen contarse, pesarse o medirse por ser éste el modo de determinarse en el tráfico jurídico, ser objeto del mismo, y comercializar con ellas (dinero, alimentos o telas, por ejemplo). Sin embargo, esta concepción de la fungibilidad puede plantearnos dudas.

HUMBERT²³⁰ considera que todas las cosas que se cuentan, pesan o miden son fungibles con las otras cosas de la misma naturaleza que se cuentan, pesan y miden. Pero esta afirmación no parece tan evidente. Para demostrarlo pone como ejemplo un automóvil²³¹, el cual, a primera vista, no parece que pueda venderse por su peso, número o medida. El autor afirma al respecto que "[l]a notion de fongibilité

ESPÍN, *Manual de Derecho civil...*, op. cit., vol. I, pág. 482; GARCÍA VALDECASAS, *Parte general...*, op. cit., pág. 287; MONTÉS, en LÓPEZ LÓPEZ y MONTÉS PENADÉS, *Derecho civil...*, op. cit., pág. 448; ALBALADEJO, *Derecho civil*, op. cit., I, vol. II, pág. 99, entre otros.

En Francia, en el siglo XIX, el exégeta DEMOLOMBE, *Traité de la distinction...*, op. cit., pág. 24; posteriormente PLANIOL-RIPERT, *Traité pratique...*, op. cit., pág. 62; MARTY-RAYNAUD, *Droit...*, op. cit., tome I, pág. 480; etc.

En Italia, entre la doctrina del Codice de 1865, COVIELLO, *Manuale di diritto...*, op. cit., pág. 253; RUGGIERO, *Istituzioni...*, op. cit., pág. 436; FERRARA, *Trattato...*, op. cit., pág. 830; o entre la doctrina del Codice del 1942, PINO, Augusto, "Contributo alla teoria giuridica dei beni" en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile (RTDPC)*, 1948, pág. 848, nota 126; FERRINI, *Manuale...*, op. cit., pág. 213; DUSI, *Istituzioni...*, op. cit., pág. 175; etc.

²³⁰ HUMBERT, *Essai sur la fongibilité...*, op. cit., pág. 16-17.

²³¹ Automóviles que han de ser nuevos, con las mismas características, pues cuando se trata de coches de segunda mano dejan de tener la cualidad de fungibles; por lo tanto, esto significa que los productos en serie, como cosas nuevas, son fungibles: para DILCHER, Comentario al § 91 BGB, en *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen...*, op. cit., pág. 560, que las cosas sean fungibles por determinarse por su peso, número y medida, significa, "daß bei vielen Serienprodukten die neue Sache eine vertretbare ist, die schon gebrauchte Sache hingegen nicht mehr", y como ejemplo dice que "Neuwagen meist vertretbare Sachen, Gebrauchtwagen nicht Vertretbare Sachen sind"; BAUR, Comentario al § 91 BGB en *Soergel y Siebert Bürgerliches...*, op. cit., pág. 375: "[n]eue, modell und typenmäßig bestimmte Kraftfahrzeuge sin vertretbare Sachen, Gebrauchtwagen hingegen grundsätzlich nicht".

[se refiere a la definición que aporta el § 91 BGB] n'intervient, en effet, qu'en vue de certaines opérations particulières, pour lesquelles, précisément, apparait la possibilité d'une numération, d'une pesée ou d'une mensuration". Es por ello que, en cuanto al ejemplo del automóvil que propone, afirma que se trata de una venta de un coche (fungible con otros de la misma serie), es decir, que la venta no recae sobre un coche en particular e individual sino sobre una unidad²³² considerada en la serie; por lo tanto "une seule question importe: étant donnée une série de voitures présentant toutes, par hypothèse, telles et telles caractéristiques, quel est le nombre d'unité qui fera l'object de la transaction? Achètera-t-on, mettra-t-on en gage une ou plusieurs de ces voitures? La question de numération se présente aussitôt; elle est inséparable de la notion de fongibilité"²³³.

Pero como pone de manifiesto ALONSO PÉREZ²³⁴, "[a] veces res quae numerantur -un rebaño, una biblioteca, etc.- no son entre sí fungibles: unos libros no pueden subrogarse por otros, ni ovejas de una raza por las de otras que

²³² Hay que advertir que el autor en la definición de cosas fungibles incorpora el concepto de *unité* en el sentido de que "[s]i la fongibilité est un certain rapport entre deux choses considérées abstraitement et sous l'angle de leur valeur d'échange, il y a un moyen de traduire concrètement l'effet de ce rapport: ces deux choses, en effet, doivent pouvoir être désignées par une même unité, ou par un multiple ou une fraction d'une même unité", y concluye diciendo "que deux choses sont fongibles entre elles lorsqu'il est possible de les ramener toutes deux à la même unité, en évaluant chacune d'elles au moyen du même multiple ou de la même fraction de cette unité". HUMBERT, *Essai sur la fongibilité...*, op. cit., pág. 15-16 y 18, respectivamente.

²³³ A la argumentación de HUMBERT se opondría SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de derecho...*, op. cit., pág. 490, quien considera que no es un criterio de distinción entre las cosas fungibles el hecho que éstas sean susceptibles de peso, número y medida, pues "los trabajos mecánicos de un jornalero son susceptibles de ser fungibles", y no es posible contarlos, pesarlos o medirlos. También PUIG PEÑA, *Tratado de derecho...*, op. cit., tomo I, vol. II, pág. 306, considera que la fungibilidad "no sólo se aplica a los objetos materiales, sino también a los hechos del hombre"; o en Italia, RUGGIERO, Roberto de, y MAROI, Fluvio, *Istituzioni di diritto civile*, vol. primo, Milano, 1965, pág. 537: "[l]a distinzione in esame [refiriéndose a las cosas fungibles] si applica anche alle opere, ai servigi, ai fatti dell'uomo".

²³⁴ ALONSO PÉREZ, *El riesgo...*, op. cit., pág. 202.



integran el *genus*. También las partes pueden determinar la fungibilidad y su grado", y esto "[p]orque no sólo las cosas sometidas a concreción por peso, número o medida vienen determinadas por los usos del tráfico y los criterios de la comercialización de los bienes, aunque así sea frecuentemente".

Este criterio consistente en definir las cosas fungibles a partir de su peso, número y medida, tomado aisladamente como hace, por ejemplo, el BGB alemán, no consideramos que sea suficiente para determinar la fungibilidad²³⁵. Además, no toda determinación cuantitativa determina fungibilidad²³⁶. Hay que añadir la característica de tratarse de cosas semejantes y poderse intercambiar entre ellas teniendo el mismo valor liberatorio como veremos posteriormente²³⁷. La cualidad de ciertos bienes de expresarse por su peso, número y medida, es un criterio

²³⁵ WIEACKER, Franz, "Sachbegriff, Sacheinheit und Sachzuordnung", *AcP*, 148. Band, 1943, pág. 71: "In jedem Falle wäre die Fassung des § 91 BGB preiszugeben. Die aus den Pandekten übernommene Beschreibung des § 91 BGB. (Maß, Zahl oder Gewicht) ist nur in Symptom dieser Doppelfunktion und nicht einmal immer richtig: so werden Inpengeräte, wie Fahrräder, Krastwagen oder Klaviere wolh im Großhandel, aber keineswegs im Verhältnis zum Verbraucher nach der Zahl bestimmt. Richtiger ist daher die vertretbare Sache durch die fehlende Individualisierung des Stücks der Gattung zu bestimmen («Sachen, bei denen der Verkehr von der Besonderheit eines Stückes der Gattung absieht»). Aber freilich wäre dies nur eine entbehrliche Wiederholung des knappen und treffenden Begriffs «vertretbar»".

²³⁶ SÁNCHEZ CALERO, "Las obligaciones genéricas", *RDP*, 1980, pág. 648, añade que "[l]a aplicación del criterio de la determinación cuantitativa, a la distinción de las cosas fungibles e infungibles, no es idóneo por su imprecisión, ya que, sin duda, también pueden ser determinadas cuantitativamente cosas no fungibles. Se trata simplemente de un hecho, y, como tal, no puede predeterminar un concepto, que, por lo demás, es más propio de la determinación genérica, por la necesaria contraposición, que en ésta debe existir, de la parte al todo".

²³⁷ En un sentido similar se expresa BENSA, "Sul concetto...", *loc. cit.*, pág. 377: "[n]on è infine requisito essenziale ed intrinseco della fungibilità di una cosa, che essa venga abitualmente dedotta nel comune commercio per qualità e per quantità (numero, peso e misura)"; JAUBERT, "Deux notions du droits des biens...", *loc. cit.*, pág. 84: "[m]ais dire seulement que les choses fongibles sont les choses qui se comptent, se pèsent ou se mesurent ne fait que bien mal apparaître la raison d'être de la fongibilité et n'explique nullement pourquoi ces diverses choses sont fongibles. Dire qu'une chose se pèse, se compte ou se mesure, s'est envisager une qualité de la chose en elle-même".

orientativo pero no determinante para definir la fungibilidad.

El Cc no desconoce esta cualidad o característica de la fungibilidad: la de recaer en cosas que suelen pesarse, medirse o numerarse. El art. 1452 Cc, en sede de compraventa, estipula en su segundo párrafo que "[e]sta regla se aplicará a la venta de cosas fungibles hecha aisladamente y por un solo precio, o sin consideración de su peso, número o medida", y en su párrafo tercero que "[s]i las cosas fungibles se vendieren por un precio fijado con relación al peso, número o medida...".

Además, el art. 1448 Cc nos aporta ejemplos de cosas fungibles: "[t]ambién se tendrá por cierto el precio en la venta de valores, granos, líquidos y demás cosas fungibles".

3.3. La sustituibilidad

La consecuencia de la equivalencia entre las cosas fungibles es que el *tantundem est idem*. Dos cosas serán fungibles si son igualmente aptas para tener el mismo rol o para desempeñar la misma función entre ellas²³⁸. Su similitud comporta la indiferencia entre cada individualidad, por lo tanto, entregar una u otra es lo mismo.

La doctrina expresa esta característica de la fungibilidad con distintas palabras: sustitución²³⁹, representación²⁴⁰, reemplazamiento²⁴¹, intercambiabilidad²⁴²,

²³⁸ HUMBERT, "Essai sur la fungibilité...", *loc. cit.*, pág. 15.

²³⁹ Entre otros y a título de ejemplo, en España, SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de...*, *op. cit.*, pág. 490; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil...*, *op. cit.*, tomo primero, vol. II, pág. 589; MALUQUER DE MOTES, *Los conceptos de "sustancia", "forma" y "destino"...*, *op. cit.*, pág. 77; o en Italia, entre los comentarios al Codice civile de 1865, LOMONACO, *Della distinzione...*, *op. cit.*, pág. 17; y al Codice de 1942, ALLARA, *Le nozioni fondamentali...*, *op. cit.*, pág. 333; etc.

²⁴⁰ Entre otros, en España, MANRESA y NAVARRO, *Comentarios al Código...*, *op. cit.*, tomo III, pág. 76; en Francia, DURANTON, *Cours de*

etc. Pero todas estas palabras nos sugieren la existencia de una obligación de restituir²⁴³, y será en este momento en el que la fungibilidad atribuirá a una cosa el mismo poder liberatorio²⁴⁴. Así pues el carácter fundamental de la fungibilidad se da en Derecho de obligaciones: el deudor podrá liberarse restituyendo una cosa fungible en lugar de la entregada y el acreedor deberá aceptarla en pago. La fungibilidad, pues, permite no restituir la misma cosa que se entregó en el contrato.

El mismo "rol" y "función" existente entre las cosas fungibles del que hablábamos anteriormente es precisamente éste: la función liberatoria, pues es en el momento del cumplimiento cuando la fungibilidad adquiere importancia²⁴⁵.

El Cc tampoco desconoce esta característica de la fungibilidad. Básicamente es en los artículos referentes al préstamo: 1740, 1753 y 1754 Cc, donde queda reflejado con más claridad el concepto de fungibilidad.

En el primer artículo se distinguen las cosas fungibles de las no fungibles. Respecto a estas últimas, hay que devolver la misma cosa tras usarla (comodato), en cambio,

droit français..., op. cit., pág. 249, n. 823 (12); o el alemán GLÜCK, *Commentario alle pandette...*, op. cit., libro XII, pág. 12.

²⁴¹ LAURENT, *Principes de droit...*, op. cit., tome dix-huitième, Bruxelles-Paris, 1887, pág. 411; BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, tome premier, Paris, 1902, pág. 749, n. 1410, como más destacados.

²⁴² GETE-ALONSO y CALERA, *Estructura y función*, op. cit., pág. 360; MARTY-RAYNAUD, *Droit...*, op. cit., tome I, pág. 480.

²⁴³ AUBRY y RAU, *Cours de droit civil...*, op. cit., pág. 41, afirman que "[c]ette distinction ne repose pas sur un caractère absolu, résultant des propriétés naturelles et constitutives des choses, mais sur une qualité accidentelle et relative, qu'elles revêtent seulement en tant qu'on les envisage comme formant l'objet d'une obligation de restitution"; en similar sentido se expresan BIANCHI, *Corso di codice...*, op. cit., pág. 57; FERRARA, *Trattato...*, op. cit., pág. 832, entre otros.

²⁴⁴ JAUBERT, "Deux notions du droit des biens...", loc. cit., pág. 37.

²⁴⁵ GONZÁLEZ MARTÍNEZ, "Cosas fungibles (I)", loc. cit., pág. 32. El autor concluye la primera parte de su estudio sobre las cosas fungibles definiéndolas como aquellas cosas "que por la igualdad de sus propiedades características desempeñan en el comercio las mismas funciones liberatorias".

cuando se trata de cosas fungibles hay que "devolver otro tanto de la misma especie y calidad" (préstamo).

Los arts. 1753 Cc y 1754 Cc, ya en sede de simple préstamo, recogen la misma regla. El primero de ellos preceptúa que "[e]l que recibe en préstamo dinero u otra cosa fungible, adquiere su propiedad, y está obligado a devolver al acreedor otro tanto de la misma especie y calidad". En este artículo se añade una nueva característica de las cosas fungibles: la adquisición de su propiedad y se incide en la característica de restituir otro tanto de la misma especie y calidad; "la misma especie y calidad" que la cosa entregada en préstamo, lo que supone que han de tratarse de objetos equivalentes, característica como vimos de las cosas fungibles. El artículo, pues, recoge con mucha precisión las características que definen a las cosas fungibles: identidad de objetos, sustitución y transmisión de la propiedad. Por tanto, este precepto recoge la fungibilidad con más exactitud que el BGB alemán. En concreto, el § 91 BGB define la fungibilidad a partir de su cualidad de determinarse por su peso, número y medida, una de las propiedades que hemos analizado de las cosas fungibles pero criticable al no ser un requisito esencial e intrínseco de la fungibilidad, sino meramente orientativo; en cambio, el Cc recoge la fungibilidad en su sentido más correcto.

El art. 1754-2 Cc dispone: "[s]i lo prestado es otra cosa fungible, o una cantidad de metal no amonedado, el deudor debe una cantidad igual a la recibida y de la misma especie y calidad, aunque sufra alteraciones en su precio". Dada la similitud con el anterior precepto reiteramos lo dicho.

Así pues, el BGB recoge una ecuación (§ 91) con ciertas incógnitas que aún es preciso descubrir (la restitución y la equivalencia), mientras que el Cc resuelve todas las incógnitas pero le falta el resultado, al carecer de un precepto no erróneo que defina la fungibilidad.

Cabe hacer una precisión a la determinación de las cosas fungibles por su peso, número y medida, y la

referencia a "la misma especie y calidad", según el Código civil. Las cosas fungibles que se determinan por peso, número o medida, han de ser, además, de la misma especie y calidad (ya sea superior o inferior, no importa). En cambio, pueden existir cosas fungibles de la misma especie y calidad pero que no se determinan en el tráfico jurídico por su peso, número y calidad. La equivalencia entre las cosas fungibles adquirirá una mayor identidad entre las individualidades añadiendo la pertenencia de éstas a la misma especie y calidad.

El legislador catalán en el art. 12-1 de la Ley 22/1991, nos aporta una definición de cosas fungibles: "[s]on cosas fungibles aquellas que es poden substituir per d'altres de la mateixa espècie i qualitat". La definición, como podemos observar, es la que más acorde se muestra con la idea de fungibilidad.

Para concluir podemos afirmar que el Código civil no desconoce las cosas fungibles, lo que ocurre es que las define mal por el empeño en guiarse por el Code, pero no desconoce su verdadero significado. En el art. 337 Cc, utilizando términos negociales, lo que en principio podía parecer un "error vicio", pues el legislador entiende mal la fungibilidad al asimilarla conscientemente (al menos en el siglo XIX) con la consumibilidad, quizás es un típico ejemplo de "error obstativo", ya que el legislador conoce la fungibilidad en su sentido más correcto si nos atenemos a los preceptos anteriormente citados del Código; por lo tanto, su "voluntad" no estaría viciada, pero sí su "declaración".

3.4. La fungibilidad y la genericidad

Antes de finalizar el estudio de las cosas fungibles, es preciso que abordemos el tema relativo a la relación de la fungibilidad con la genericidad. En anteriores epígrafes dejamos constancia de esta relación que nos aportaba ALONSO PÉREZ: la pertenencia de las cosas fungibles a la categoría

más amplia de las cosas genéricas. Sin embargo, el mismo autor señala que "no es posible identificar las cosas genéricas y las cosas fungibles"²⁴⁶. El estudio de las cosas genéricas y fungibles escapa de los límites que nos hemos propuesto pero no podemos hablar de las cosas fungibles sin hacer una pequeña reseña a su relación con las cosas genéricas. Las cosas fungibles no sólo se han confundido con las cosas consumibles, sino también con las cosas genéricas, considerándolas como términos sinónimos²⁴⁷. Parece ser que la fungibilidad ha estado condenada a equipararse a otras categorías de bienes por su poca identidad reconocida.

La doctrina jurídica incluye las cosas fungibles en las genéricas²⁴⁸, considerando la fungibilidad como una unidad en el género²⁴⁹.

²⁴⁶ ALONSO PÉREZ, *El riesgo...*, op. cit., pág. 202; en la pág. 314, nota 327, observa que "[l]a fungibilidad debe considerarse como cualidad específica que tienen determinadas cosas, según la general consideración social. Se trata de cosas caracterizadas por una identidad económico-social y de la que derivaría su nota de poderse reemplazar o sustituir entre sí. (...) No pueden identificarse con las cosas genéricas". Esta no identificación de las cosas fungibles y genéricas, es defendida por una gran parte de la doctrina; valgan para todos, PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, op. cit., tomo I, vol. II, Barcelona, 1976, pág. 235; CAFFARENA LAPORTA, Jorge, "El requisito de identidad del pago en las obligaciones genéricas", *ADC*, 1985-IV, pág. 913.

²⁴⁷ No han faltado autores que han identificado ambas categorías. Así, según BARASSI, *La teoria generale della obbligazione*, vol. I, 2ª edizione, Milano, 1948, págs. 247 ss, si el criterio determinante de la fungibilidad es la aptitud de las cosas de ser sustituidas por otras, parece ser que fungibilidad y genericidad son sinónimos.

²⁴⁸ En el siglo XIX en España ésta era la mentalidad común entre la doctrina y fundamentaban la distinción entre cosas fungibles y no fungibles en la de cosas genéricas y específicas: entre otros, GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Códigos o estudios fundamentales ...*, op. cit., pág. 11; SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho...*, op. cit., pág. 490; FALCÓN, *Exposición...*, op. cit., pág. 12; FERNÁNDEZ ELÍAS, *Novísimo tratado...*, op. cit., pág. 83.

En la actualidad, destaca CARRASCO PERERA, *Derecho civil*, op. cit., pág. 225, quien afirma que "[u]na cosa es fungible cuando es sustituible por otra dentro del mismo género, proporcionando al poseedor una satisfacción equivalente por tratarse de bienes pertenecientes a una clase cuyos componentes son todos iguales".

²⁴⁹ JAUBERT, "Deux notions du droit des biens...", loc. cit., pág. 85.

A raíz del comentario de PAULO en el libro XXVIII al edicto, D. 12, 1 (De rebus creditis), 2 (1. Mutuum damus), § 1 (Mutui datio), se afirma que aquello que califica el *genus* es la recíproca fungibilidad de las unidades que la componen, siendo fungibles las cosas que se determinan por su peso, número y medida²⁵⁰.

Así parece hacerlo el BGB alemán. En los Motivos del proyecto del Código alemán (§ 779) se afirma que las cosas se toman en consideración en su individualidad o en su género; "[i]n dem letzteren Falle sprechen die römischen Quellen von Sachen, quae pondere, numero mensura constant. Die neuere Wissenschaft hat hier für die Ausdrücke, fungibilen Sachen, Vertretbare Sachen"²⁵¹. Parece ser, por lo tanto, que las cosas genéricas y las cosas fungibles son lo mismo. Sin embargo, la doctrina actual diferencia ambas categorías de bienes²⁵².

²⁵⁰ BENZA, "Sul concetto...", *loc. cit.*, pág. 361.

²⁵¹ Motive zu dem Entwurfe..., *op. cit.*, § 779, pág. 33.

²⁵² HOLCH, Comentario al § 91 BGB, en *Münchener Kommentar...*, *op. cit.*, pág. 716: "von den vertretbaren Sachen sind diejenigen Sachen zu unterscheiden, die nur der Gattung nach bestimmt sind; sie sind Gegenstand der Gattungsschuld"; HEINRICHS, Comentario al § 91 BGB, en *Palandt Bürgerliches...*, *op. cit.*, pág. 59: "[d]as unterscheidet sie [refiriéndose a las vertretbare Sachen] von den der Gattung nach bestimmt Sachen (§ 243), für deren Abgrenzung der Parteiwille maßgebend ist"; BAUR, Comentario al § 91 BGB, en *Soergel y Siebert Bürgerliches...*, *op. cit.*, pág. 375: "[v]on der vertretbaren Sachen zu unterscheiden ist die Gattungssachen".

DILCHER, Comentario al § 91 BGB en *Staudingers Kommentar...*, *op. cit.*, pág. 561, tras afirmar que "[b]ei vertretbaren Sachen wird es sich regelmäßig um solche handeln, die im wirtschaftlichen Verkehr als *Mengensachen* und nicht als Einzelstücke hervortreten", considera, sin embargo, que es errónea la opinión de WENT al considerar que el criterio decisivo para observar la fungibilidad es la contraposición entre las cosas de cantidad y las específicas. Efectivamente WENDT, "Wie etwas heißt...", *loc. cit.*, pág. 451-452, con base en una consideración del Tribunal Imperial a causa de un conflicto surgido por un contrato celebrado entre el "Stettiner Vulkan" y la Oficina Imperial de la Marina sobre la fabricación de acorazados, manifestó que "jene Mengen von Sachen sind also als mit den vertretbaren Sachen identisch behandelt, und so dient die Begründung umgekehrt auch zur Beschreibung der letzteren (...), [a]lso Mengen und Einzelsachen, um diesen Gegensatz handelt es sich, und nur die Mengen sind solche, die nach Zahl, Maß oder Gewicht bestimmt werden im Verkehr".

Entre nosotros, COSSÍO Y CORRAL, "La transmisión de la propiedad y de los riesgos en la compraventa de cosas genéricas", *ADC*, 1953, págs. 612 ss., afirma que ambos conceptos, cosa genérica y cosa

Además, en el tráfico jurídico es frecuente que las obligaciones genéricas tengan como objeto una cosa fungible y esta coincidencia en la vida real contribuye a difundir y remachar la confusión teórica²⁵³. Observamos, pues, que la pertenencia de las cosas fungibles a las genéricas ha contribuido a identificar ambas figuras.

Aunque, las cosas fungibles son aquéllas en que se tiene presente las cualidades del género, no individuales, no hay que confundirlas con las genéricas. No pueden tratarse como sinónimas ambas categorías de bienes, aunque resulta innegable que media entre ambas un estrecho vínculo²⁵⁴.

Así, como primer criterio distintivo podemos afirmar con ALONSO PÉREZ, que el *genus* no es una categoría óntica (no responde a un modo particular de ser las cosas) sino racional. Y es por esto que se afirma que en las cosas genéricas es decisiva la voluntad de las partes, su noción está a ella sometida; en cambio, en las cosas fungibles es

fungible, no coinciden y considera que el concepto de cosa fungible se restringe "a aquellas cosas que además de ser genéricas, *pondere, numero mensura constant*, lo que las convierte en una especie particular dentro del concepto más amplio de cosas genéricas". En sentido similar, catalogando las cosas fungibles como un subcaso de las cosas genéricas, se expresa MESSINEO, *Manuale di diritto...*, pág. 378.

Es por ello que DUSI, *Istituzioni...*, *op. cit.*, pág. 175 afirma que las cosas fungibles son siempre genéricas pero no a la inversa, "perché non tutte hanno uguale capacità di sostituirsi senz'altro a vicenda".

²⁵³ GARCÍA VALDECASAS, Alfonso, "Sentencias anotadas. Obligaciones genéricas y cosas fungibles (Sent. 2 de Julio de 1948)", *ADC*, I-4, 1948, pág. 1560.

²⁵⁴ BENDERSKY, "El concepto de fungibilidad...", *loc. cit.*, pág. 574, añade que esta similitud se debe a que "la fungibilidad vendría a resultar la sustituibilidad propia de las cosas determinadas por su género". Pero el autor las distingue y lo hace partiendo de la idea de que "a veces las cosas que constan de peso, número o medida, más que cosas de género son consideradas como cantidades (de cosas). Las obligaciones de género tendrían por objeto otra categoría de cosas inciertas, pero no fungibles", si bien considera que esta distinción no responde a una verdadera diferenciación para fines jurídicos, y cita a BIBILONI, J.A., *Anteproyecto de reformas al Cód. civil argentino*, Buenos Aires, 1929, tomo II, pág. 96 ss., según el cual "la indeterminación recae sobre la identidad de las cosas, y tanto da que sean fungibles, como que no lo sean. Esa indeterminación cesa de la misma manera. El peso o medida corresponden a la ejecución: es el modo de ejecutar la separación que también hay que realizar en las cosas no fungibles".

decisivo el uso general del tráfico, tienen un fundamento objetivo, es una noción sujeta a la naturaleza de las cosas²⁵⁵.

En torno a la autonomía de la voluntad, SÁNCHEZ CALERO, advierte que "si bien la autonomía privada puede considerar

²⁵⁵ ALONSO PÉREZ, *El riesgo...*, op. cit., pág. 201. La importancia de la autonomía de la voluntad en las "cosa genéricas" es un criterio muy arraigado en la doctrina que distingue las cosas genéricas de las fungibles. Entre nosotros, destacan entre otros: GARCÍA VALDECASAS, "Sentencias anotadas...", loc. cit., pág. 1561; PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, op. cit., tomo I, vol. II, págs. 235 y 236; HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *Derecho de obligaciones*, en *Obras completas*, tomo III, Madrid, 1988, pág. 80; CAFFARENA LAPORTA, "El requisito de identidad...", loc. cit., pág. 913, nota 15: "Mientras que la primera [refiriéndose a la fungibilidad] aparece como una cualidad de las cosas independientemente de la manera en que formen parte de las relaciones jurídicas, la genericidad y la especificidad son referidas a modos en que las cosas objeto de la prestación de la obligación se encuentran determinadas"; TORRES LANA, comentario al art. 337 Cc, en *Código civil, doctrina...*, op. cit., pág. 17, considera que la categoría de las cosas genéricas "es más bien un mero ente de razón. La naturaleza no produce géneros, en todo caso los configura, bien la autonomía privada, bien -en ocasiones- la ley"; Díez-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, volumen segundo (Las relaciones obligatorias), cuarta edición, Madrid, 1993, pág. 293.

En la doctrina extranjera, ENNECERUS, Ludwig, *Derecho civil (Parte General)*, decimotercera revisión por Hans Carl NIPPERDEY y traducción de la 39ª edición alemana con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia española por Blas PÉREZ GONZÁLEZ y José ALGUER, 2ª edición al cuidado de José PUIG BRUTAU, Barcelona, 1953, (tomo I, vol. I, del *Tratado de derecho civil*, de ENNECCERUS-KIPP-WOLFF), pág. 541; HUMBERT, "Deux notions...", loc. cit., pág. 31; WINDSCHEID, *Diritto delle...*, op. cit., 485; BENDERSKY, "El concepto de fungibilidad...", loc. cit., pág. 573; etc.

Sin embargo, este criterio de distinción fundamentado en la autonomía de la voluntad ha sido criticado por algún autor, como ZARRELLI, A., *Fungibilità ed infungibilità nell'obbligazione*, Napoli, 1969, págs. 79 ss., quien niega que la fungibilidad tenga un carácter objetivo, advirtiendo que la fungibilidad sólo tiene sentido en una relación obligatoria, en concreto, en el momento del cumplimiento; afirma que no es posible admitir el supuesto de una obligación cuyo objeto sea una cosa determinada y a la vez fungible.

Muchos autores consideran que la fungibilidad no se rige por un criterio objetivo, sino subjetivo, es decir, que depende de la voluntad de las partes que una cosa sea fungible o no; son indicativos, en España, MANRESA y NAVARRO, *Comentario al Código...*, op. cit., tomo III, pág. 76; en Francia, MARCADÉ, *Explication Théorique et pratique...*, op. cit., pág. 380, n. 392; en Italia, entre los comentaristas al Codice italiano de 1865, BORSARI, *Comentario al art. 406 del Codice*, en *Commentario...*, op. cit., pág. 14; y al Codice italiano de 1942, PINO, "Contributo alla...", loc. cit., 847; etc. Tampoco faltan autores que adoptan una postura ecléctica señalando que depende en parte de la voluntad de las partes y en parte de la naturaleza del bien: CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones...*, pág. 260, PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho ...*, op. cit., tomo I, vol. II, pág. 305.

como infungible una cosa que social y económicamente es fungible, no puede, por el contrario, convertir en fungibles cosas que social y económicamente no lo son; lo que no es obstáculo para que las cosas no fungibles puedan constituir el objeto de la prestación de una obligación, que será genérica, siempre que reúnan un cierto número de caracteres comunes y las partes así lo quieran", y de ello deduce que "tanto las cosas fungibles como las infungibles pueden ser determinadas genéricamente; más aun, que las cosas fungibles sólo pueden ser determinadas genéricamente (...). Y, en consecuencia, la idea de género es más amplia, y en todo caso distinta, que la de fungibilidad"²⁵⁶.

Si la autonomía de la voluntad puede ser un criterio distintivo entre las cosas fungibles y las cosas genéricas, existe otro criterio que puede ser útil para distinguir ambas categorías de cosas: "la elección" en el momento del cumplimiento de la obligación²⁵⁷. Una cosa infungible puede designarse genéricamente en un contrato, pero en el cumplimiento de ese contrato, el deudor no puede liberarse entregando otra cosa que pertenezca al género como si se tratara de cosas equivalentes o sustituibles; existe un derecho de elección que tiene, sin embargo, un límite: la obligación de entregar la calidad media, ni la mejor ni la peor. Es el criterio que recogen los arts. 875-3 o 1167 Cc. En cambio si las cosas son fungibles, la elección pierde su sentido pues todas las cosas son equivalentes entre ellas. La igualdad cualitativa que impone el propio concepto de fungibilidad priva de sentido la existencia de limitaciones a la facultad de elección, que propiamente no existe,

²⁵⁶ SÁNCHEZ CALERO, "Las obligaciones genéricas", *loc. cit.*, pág. 648. Se adhiere a esta tesis, SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asis, en LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos...II*, *op. cit.*, vol. primero, tercera edición, Barcelona, 1994, pág. 71.

²⁵⁷ COVIELLO, *Manuale di ...*, *op. cit.*, pág. 253-254; FERRARA, *Trattato...*, *op. cit.*, pág. 829-830.

limitándose el deudor a realizar un acto de separación de las cosas que ha de entregar al acreedor²⁵⁸.

El romanista KARLOWA²⁵⁹ distingue las cosas de género fungible de las cosas de género infungible, admitiendo que la especificación que se hace en las cosas de género infungible supone la concentración y esto tiene lugar con una elección; en cambio, en las cosas genéricas fungibles lo que hay es una separación que tiene lugar por los criterios del peso, número o medida.

De lo expresado anteriormente se deduce, por lo tanto, que las cosas fungibles son distintas a las genéricas. Lo que ocurre es que la mayoría de las veces, pese a la evidencia de la distinción, en el tráfico jurídico ambas categorías de bienes coinciden en un mismo objeto²⁶⁰.

4. La consumibilidad como significado. Búsqueda de su significante

Lo que ocurre con la consumibilidad es inverso a lo que sucede con la fungibilidad, es decir, el art. 337 Cc aporta un significado -repetido en sentido similar en el art. 482 CC- sin su correlativo significante, con el agravante de que el término que pretendemos asociar a las definiciones (las de los arts. 337 y 482 Cc) reguladas en el Código, no se halla en ninguno de los preceptos del texto legal²⁶¹.

²⁵⁸ SÁNCHEZ CALERO, "Las obligaciones genéricas", *loc. cit.*, pág. 648.

²⁵⁹ KARLOWA, "Über den Begriff...", *loc. cit.*, pág. 416.

²⁶⁰ BENDERSKY, "El concepto de fungibilidad...", *loc. cit.*, pág. 574.

²⁶¹ Sin embargo, el legislador en otras leyes utiliza el término "consumibles"; así, por ejemplo, la Ley 7/1996 de 15 de enero, de Ordenación del comercio del minorista, utiliza el término "bienes consumibles" en el art. 17-5: "[a] los efectos prevenidos en el presente artículo [referente a los pagos a los proveedores] y con referencia exclusiva a los bienes consumibles, se entenderá como fecha de entrega aquélla en la que efectivamente se haya producido, aunque, inicialmente, el título de la entrega fuese distinto del de

Por lo tanto, el legislador retó a la doctrina a resolver un enigma, que ha sido solucionado señalando que el significante que esconde el significado del art. 337 Cc (bienes "de que no puede hacerse el uso adecuado a su naturaleza sin que se consuman") es el de "cosas consumibles"²⁶².

Es en este momento cuando podemos afirmar definitivamente que la aplicación del art. 337 Cc al 482 Cc no supone que el significante que falta en el art. 482 Cc sea el de "cosas fungibles", sino que es el de "cosas consumibles". Así pues, "cosas consumibles" son las "cosas que no puedan usarse sin consumirlas" (según el art. 482 Cc) o las cosas "de que no puede hacerse el uso adecuado a su naturaleza sin que se consuman" (a tenor del art. 337 Cc).

Ahora debemos abordar, por lo tanto, el tema de la consumibilidad, aunque no resulta nada fácil por el significado que nos aporta el Código civil de la misma, y menos aún si la doctrina, por una parte afirma que "kein Gesetzbuch kann den Begriff der Verbrauchsbarkeit entbehren"²⁶³, y por otra, nos propone "supprimer entièrement

compraventa, siempre que las mercancías hayan sido, finalmente, adquiridas por el receptor".

²⁶² Aunque ésta es la terminología utilizada por la mayoría de los autores, VENEZIAN, *Usufructo...*, op. cit., I, pág. 3, utiliza los términos de "bienes de utilidad simple" y "bienes de utilidad reiterada" en lugar de bienes consumibles o no consumibles, respectivamente. MESSINEO, *Manuale di diritto...*, op. cit., pág. 389, recoge como términos "bene di fecondità semplice, o bene di consumo" para las cosas consumibles o "bene di utilità permanente, di fecondità ripetuta o bene strumentale" para las cosas no consumibles.

Al lado de esta terminología, actualmente, se relacionan otros conceptos, así, en el lenguaje económico, se emplea la expresión "bienes de consumición" que según SIRINELLI, "Le quasi-usufruit (1re partie)", loc. cit., pág. 37, n. 22, nota 97, "tels biens sont généralement présentés comme étant des biens d'utilisation ménagère, c'est-à-dire des appareils de télévisions, des machines à laver ou des automobiles, autant des biens fungibles"; sin embargo, la confusión entre "biens de consommation" y "choses consommables", "ne peut cependant être faite". Por otra parte, LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos...I*, op. cit., vol. III, pág. 38, considera que "[c]on el concepto de consumibilidad se relaciona la antítesis, de carácter económico pero con clara incidencia jurídica, entre bienes de producción o de equipo y bienes de consumo, y más lejanamente entre capital inmovilizado y circulante".

²⁶³ BÜRKEL, *Beiträge zur Lehre...*, op. cit., § 2, pág. 13.

dans les lois toute mention de choses consommables ou non"²⁶⁴.

Decíamos que el Código civil aporta dos definiciones de cosas consumibles. Aunque parezcan iguales, una de ellas, la del art. 337 Cc ("aquellas de que no puede hacerse el uso adecuado a su naturaleza sin que se consuman"), parece más completa que la otra, la del art. 482 Cc ("cosas que no se puedan usar sin consumirlas"), puesto que la primera incorpora una cualidad del uso: ser adecuado a su naturaleza. Partiremos, por lo tanto, del significado del art. 337 Cc.

Si las cosas consumibles son aquellos bienes "de que no puede hacerse el uso adecuado a su naturaleza sin que se consuman", el primer problema que se deduce de la definición, es que estamos ante una tautología, el significante -"consumible"- aparece en el significado -"consuman"-²⁶⁵. Guiados por la esperanza de que en el art. 337 Cc existía una definición, en realidad nos encontramos con que falta un significado preciso. Si consumibles son las cosas que se consumen, habrá que saber qué significa consumir.

Además, y como segundo problema, el significado de cosas consumibles destaca por su fórmula de aparente negación, "no puede hacerse el uso adecuado a su naturaleza *sin* que se consuman", lo que supone que si se usa la cosa según su naturaleza *siempre* conllevará consumirla. La naturaleza de este tipo de cosas hace que su uso implique, la mayoría de las veces, su consumo. Sin embargo, la cosa continuará siendo consumible aunque no se use adecuadamente a su naturaleza. Pero, ¿qué hay que entender por "uso adecuado a la naturaleza de la cosa"?

²⁶⁴ ROGUIN, "Des choses fongibles...", *loc. cit.*, pág. 167. En sentido similar se manifiesta JAUBERT, "Deux notions du droit des biens...", *loc. cit.*, pág. 80.

²⁶⁵ Tautología que no se produce para el legislador, pues habla de cosas fungibles.

4.1. Primer problema: el significado de consumir

Apuntábamos anteriormente que la definición que nos aporta el art. 337 Cc es, según la doctrina, la de cosas consumibles, por lo que nos hallamos ante una tautología²⁶⁶; en términos kantianos podríamos decir que estamos, pues, ante una proposición incompleta y sin consecuencias, por lo que será necesario delimitar el significado del verbo "consumir"²⁶⁷.

Como ocurría en el análisis de la fungibilidad, en el estudio de la consumibilidad es también el Derecho alemán quien contiene en el BGB un precepto que define este tipo de cosas. El § 92 BGB proclama que "[v]erbrauchbare Sachen²⁶⁸ im Sinne des Gesetzes sind bewegliche Sachen, deren bestimmungsmäßiger Gebrauch in dem Verbrauch oder in der Veräußerung besteht", completando la definición en un segundo párrafo al considerar que "[a]lls verbrauchbar gelten auch bewegliche Sachen, die zu einem Warenlager oder

²⁶⁶ TORRES LANA, comentario al art. 337 Cc, en *Código civil, doctrina...*, op. cit., pág. 18: "el error del Código propicia una tautología al enfrentar lo definido a su correcta denominación".

²⁶⁷ Muchos son los autores que al definir las cosas consumibles persisten en incorporar en la definición el verbo "consumir". Así, en España, entre otros, y a título de ejemplo: BORRELL Y SOLER, *Derecho civil...*, op. cit., pág. 281; SANTOS BRIZ, *Derecho civil...*, op. cit., pág. 546; MARÍN PÉREZ, voz "Bienes", op. cit., pág. 356 y en *Derecho civil*, op. cit., vol. I, pág. 179.

En Francia, también se ha utilizado el verbo consumir al definir las cosas consumibles. Ya POTHIER, "Traité du contrat de prêt de consommation", op. cit., pág. 594: "choses qui se consomment par l'usage qu'on en fait"; posteriormente, TOULLIER, *Le droit civil...*, op. cit., pág. 292, n. 143, aunque las confunde con las fungibles manifiesta que son las "qui se consomment par l'usage".

Italia tampoco se ha separado de esta sistemática aunque no haya ningún precepto en el Codice actual que defina las cosas consumibles; así, y entre la doctrina de Codice de 1865, por ejemplo, CHIRONI-ABELLO, *Trattato...*, op. cit., pág. 311: "[s]i dicono consumabili le cose che non si possono impiegare nell'uso cui son destinate senza essere consumate"; CROME, *Manuale del Diritto Civile francese di Zachariae von Lingenthal*, op. cit., vol. primo, § 105: "(l)e cose sono consumabili o non secondo che esse possono coll'uso venir consumate o no"; BRUGI, Biagio, *Istituzioni di diritto civile italiano*, Milano, 1914, pág. 147, "[c]ose consumabili (art. 483 cod. civ.) son quelle di cui non si può far uso senza consumarle".

²⁶⁸ En la doctrina alemana, podemos encontrar también el vocablo "verzehrbares Sachen" para designar a las cosas consumibles.

zu einem sonstigen Sachinbegriffe gehören, dessen bestimmungsmäßiger Gebrauch in der Veräußerung der einzelnen Sachen besteht"²⁶⁹.

De la definición expuesta se deduce que las cosas consumibles, siguiendo la primera alternativa del primer párrafo, son las cosas muebles cuyo uso adecuado comporta su consumición; la segunda alternativa del párrafo primero, considera como consumibles aquellas cosas cuyo uso adecuado consiste en su enajenación. Por último, en el párrafo segundo incorpora en la clasificación de cosas consumibles las cosas particulares pertenecientes a un almacén o conjunto de cosas que se dedican a la enajenación.

Por lo tanto, consumir consiste en el consumo o enajenación de la cosa, añadiéndose como caso especial la enajenación de las cosas pertenecientes a un almacén. La definición, pues, destaca por su amplitud, siendo necesario someterla a observación.

Los Pandectistas, en el siglo XIX, no daban una definición tan específica de las cosas consumibles. Guiados por el Derecho romano, consideraban como consumibles aquellas cosas cuyo uso comportaba la destrucción de la integridad de la cosa, añadiéndose el dinero, pues el gasto se consideraba como consumo²⁷⁰.

²⁶⁹ Aunque en la actualidad en el Derecho alemán exista un párrafo dedicado a las cosas consumibles, en los trabajos preparatorios del BGB, en concreto en el Protocolo 176 (*Protocolle der Kommission für...*, op. cit., pág. 2), en el § 780 relativo a las "verbrauchbare Sachen" (cosas consumibles), se propuso incorporar esta definición en el § 1018 del proyecto que regula el usufructo de cosas consumibles (actual § 1067 BGB); la definición que se proponía era la siguiente: "[s]ind bewegliche Sachen, die im Verkehre regelmig durch verbrauch oder Veräußerung genutzt werden oder zu einem Sachinbegriffe gehören, dessen bestimmungsgemäße Nutzung in der Veräußerung der einzelnen Sachen besteht (verbrauchbare Sachen), Gegenstand des Nießbrauchs". El significado de cosas consumibles, por lo tanto, es muy similar al actual párrafo.

²⁷⁰ Así, MÜHLENBRUCH, Christian F., *Lehrbuch des Pandekten-Rechts. Nach der Doctrina Pandectorum Deutsch bearbeitet, zweiter Theil*, Halle, 1840, pág. 14, § 220, [hemos preferido utilizar esta versión del autor en vez de la obra *Doctrina pandectorum* de 1838, dado que nos aportaba más información del tema, sin lograr, sin embargo, descubrir si se tratan de anotaciones de algún autor posterior o del mismo Mülenbruch, aunque dada la ausencia de referencias específicas en la obra todo parece apuntar que se trata de la segunda opción], tras

Parece ser, pues, que la incorporación de la enajenación en el concepto se origina con el BGB, en particular con sus proyectos²⁷¹.

definir las "vertretbarer Sachen", se expresa del siguiente modo: "sodann diejenigen, welche schon durch den von ihnen zu machenden gewöhnlichen Gebrauch vernichtet werden"; en cuanto al dinero el autor hace una especial referencia pero lo considera cosa fungible: "[a]ls eine besonders wichtige Art vertretbarer Sachen ist ubrigens das Geld" zu betrachten"; KELLER, *Pandekten...*, op. cit., pág. 105, § 44-III, manifiesta que "[v]erzehrlische Sachen, sind solche, die durch den naturgemäßen Gebrauch vernichtet, verringert oder verändert werden"; ARNDTS, *Lehrbuch...*, op. cit., pág. 58, § 52, expone que "[s]achen, deren ordentliche ihrer Bestimmung entsprechende Benutzung mit der Vernichtung ihrer Substanz oder Integrität verbunden ist, *res quae usu consumuntur*, heißen verbrauchbare. Dazu wird auch das Geld gerechnet, insofern das Ausgeben desselben dem Verzehren gleich zu achten ist"; WENDT, *Lehrbuch...*, op. cit., pág. 71, § 32, manifiesta que "[b]ei einem Theil der Sachen besteht ihr bestimmungsgemäßer, ordentlicher Gebrauch im consumere, verbrauchen", añadiendo posteriormente que existe la consumición "welche beim Gelde im Ausgeben besteht"; WINDSCHEID, *Lehrbuch...*, op. cit., pág. 701, § 140, considera que "[v]erbrauchbar sind diejenigen Sachen, deren bestimmungsgemäßer Gebrauch in einer Zerstörung ihrer körperlichen Integrität besteht", añadiendo que "[i]n einem ganz besonderen Sinne wird das Geld eine verbrauchbare Sache genannt. Es ist verbrauchbar, insofern es nicht gebraucht werden kann, ohne für den Gebrauchenden unterzugehen".

En cuanto a las monografías alemanas sobre el usufructo impropio, al definir las cosas consumibles siguen un espíritu similar. Así, HELD, *Die Lehre vom Ususfructus earum rerum...*, op. cit., pág. 37, § 8, considera que "Gegenstand des quasi-usufructus sind Quantitäten solcher Sachen, welche durch den von ihnen zu machenden Gebrauch verbraucht oder doch verringert werden"; HANAUSEK, *Die Lehre vom uneigentlichen...*, op. cit., págs. 13 y 14, § 2-II, "[v]erbrauchbar sind Sachen, die durch den bestimmungsmässigen Gebrauch zerstört oder in ihrer Substanz wesentlich verringert werden"; BÜRKEL, *Beiträge zur Lehre...*, op. cit., § 2, pág. 9, "[a]ls verbrauchbar bezeichnet das Recht diejenigen Sachen, die ihrer eigentlichen und gewöhnlichen Bestimmung nach nicht benützt werden können, ohne ganz verzehrt, verringert, aussallend verschlechteert oder veräußert zu werden", observamos que este autor incorpora la enajenación en la definición; FRANK, *Ueber den uneigentlichen...*, op. cit., pág. 11, § 3, al preguntarse "[w]elches sind nun verbrauchbare Sachen?", se ciñe a la definición de Windscheid expuesta *supra*.

²⁷¹ Hemos visto ya la propuesta amplia del Protocolo 176 (§ 780). En los *Motive zu dem Entwurf...*, op. cit., pág. 34 ss., § 780, se parte de dos conceptos de consumibilidad, uno restringido y otro amplio: por una parte, "[v]erbrauchbarkeit im engeren Sinne ist vorhanden, wenn gerade die Zerstörung der Sache (durch Verzehren, Verbrennen) den für menschliche Zwecke aus der Sache zu ziehenden Nutzen zu liefern pflegt", por otra parte, "[v]erbrauchbar im weiteren Sinne sind auch diejenigen Sachen, welche durch Veräußerung genutzt zu werden pflegen", y añade para finalizar que "[s]achen, welche an sich nicht verbrauchbar sind, nehmen nach dem Abs. 2 des § 780 die Eigenschaft der Verbrauchbarkeit dadurch an, daß sie zu einem Sachinbegriffen gehören, dessen bestimmungsmäßige Nutzung in der Veräußerung der einzelnen Sachen besteht".

4.1.1. El consumo

La primera definición que se extrae del BGB es que las cosas consumibles -*verbrauchbare Sachen*- son los bienes muebles, cuyo uso adecuado consiste en el consumo -*Verbrauch*-. No nos ayuda nada esta definición puesto que nos volvemos a encontrar aquí con la misma tautología que en el art. 337 Cc²⁷².

La doctrina alemana resuelve el problema al considerar que el consumo supone la destrucción o desaparición de la cosa²⁷³. Este es el significado que se atribuye al consumo también en otros países, y es en este sentido en el que suele hablarse de una consumibilidad efectiva²⁷⁴, física²⁷⁵, material²⁷⁶, natural²⁷⁷, absoluta²⁷⁸, etc.

²⁷² Así, WIEACKER, "Sachbegriff...", *loc. cit.*, pág. 70, considera que las cosas consumibles "durch eine Tautologie, wie in § 92, zu bestimmen".

²⁷³ Con anterioridad al BGB, IHERING, *Cuestiones jurídicas*, *op. cit.*, pág. 162 afirma que "[l]a distinción de las *res quae usu consumuntur* ó *non consumuntur* depende de saber si una cosa es, no afectada, sino consumida, aniquilada, por el uso que se haga de ella conforme á su destino"; en la pág. 163, continua diciendo que "[l]o único decisivo es la circunstancia de que una vez usada la cosa conforme a su destino, se aniquila o desaparece en la forma de existencia que hasta tal momento tiene. Todas las cosas que resisten á un uso repetido, pertenecen a las *res quae usu NON consumuntur*".

Esta idea se expone en el § 780 de los Motive (vid. nota anterior), y es el parecer de los comentaristas del BGB: BAUR, Comentario al § 92 BGB, en SOERGEL y SIEBERT, *Bürgerliches...*, *op. cit.*, pág. 375: "[d]er Begriff setzt voraus, daß die (bewegliche) Sache durch einen Gebrauchsakt zerstört oder doch erheblich entwertet wird (Verbrauch), ferner daß dieser Akt den bestimmungsmäßigen Zweck der Sache erfüllt, der ihr verkehrsblicherweise und auferung bestimmt sind"; HOLCH, Comentario al § 92 BGB, en *Münchener Kommentar...*, *op. cit.*, pág. 717, "[v]erbrauch im Sinne dieser Definition ist der Verlust oder die Entwertung der Sachsubstanz, sie es durch Verzehr, Verbrennung oder einen anderen physikalischen oder chemischen Vorgang"; DILCHER, Comentario al § 92 BGB, en *Staudingers Kommentar...*, *op. cit.*, pág. 568, "[e]ntweder ist gemäß § 92 Abs 1 Fall 1 Gebrauchsakt der Verbrauch eingeschlossen, das heißt die Zerstörung oder doch eine erhebliche Entwertung".

El consumo como destrucción, se recoge, como tuvimos ocasión de ver, en el § 120 del Código de Prusia y en el art. 301 del Código civil austriaco de 1811.

²⁷⁴ HEINRICHS, Comentario al § 92 BGB, en PALANDT *Bürgerliches...*, *op. cit.*, pág. 59, habla de "[t]atsächlich verbrauchbare Sachen".

La desaparición²⁷⁹ de la cosa no significa aquí la pérdida o desconocimiento de su paradero, sino que la cosa ha dejado de existir²⁸⁰. Y deja de existir porque el uso de

275 En España, consideran la destrucción de la cosa como una consumibilidad física autores como CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones...*, op. cit., pág. 260; Díez-PICAZO, y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema...*, op. cit., vol. III, pág. 417; en Francia, CARBONNIER, *Droit...*, op. cit., pág. 61; o en Italia, entre la doctrina del codice de 1865, BENZA, "Sul concetto...", loc. cit., pág. 355, o entre la doctrina del codice de 1942, BIONDI, Biondo, voz "cosa consumabile ed inconsumabile", en *Novis. Dig. It.*, IV, 1957, pág. 1013.

276 Hablan de consumibilidad material, en España, VALVERDE, *Tratado de Derecho...*, op. cit., tomo I, pág. 390; en Francia MARCADÉ, *Explication théorique et pratique...*, op. cit., pág. 379, n. 392; BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit...*, op. cit., pág. 749, n. 1410; PLANIOL, *Traité élémentaire...*, op. cit., tome I, pág. 660; SIRINELLI, "Le quasi-usufruit (suite et fin)", loc. cit., n. 89 (26 juillet 1993), pág. 4, n. 24 y 25, dentro de la consumibilidad material distingue: "les biens consommables par ingestion", "[c]es biens répondent à la satisfaction naturelle d'un besoin essentiel de l'homme", y los "biens qui dissarent au premier usage sans que leur ingestion soit leur destination naturelle"; DOCKÈS, "Essai sur la notion...", loc. cit., pág. 495, nota 80; o en Italia, BIANCHI, *Corso di codice...*, op. cit., pág. 55; COVIELLO, *Manuale di diritto...*, op. cit., pág. 255; STOLFI, *Diritto...*, op. cit., pág. 494.

277 En España, GONZÁLEZ MARTÍNEZ, "Cosas fungibles (I)", loc. cit., págs. 19 y 20. En Francia, ya POTHIER, "Traité du contrat de prêt de consommation", op. cit., 394; y más tarde DURANTON, *Cours de droit...*, op. cit., pág. 249, n. 823 (12); o AUBRY et RAU, *Cours de droit civil...*, op. cit., pág. 40; o en Italia, CHIRONI-ABELLO, *Trattato...*, op. cit., pág. 311; LOMONACO, *Della distinzione...*, op. cit., pág. 15.

278 BIANCHI, *Corso di codice...*, op. cit., pág. 55; FERRARA, *Trattato...*, op. cit., pág. 835; MOSCO, Luigi, *Gli effetti giuridici della svalutazione monetaria*, Milano, 1948, pág. 15.

279 Hay algunos autores que al definir la consumibilidad hablan de desaparición de la cosa. En España, GONZÁLEZ MARTÍNEZ, "Cosas fungibles (I)", loc. cit., pág. 19; LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos...I*, op. cit., vol. III, pág. 38; PUIG FERRIOL en PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, op. cit., pág. 782; o en Francia, MAZEAUD, Henri et León, y MAZEAUD, Jean, *Leçons de Droit civil*, tome premier, nouvelle licence première année, Paris, s.f., pág. 256, n. 234, pág. 356, n. 234; SIRINELLI, "Le quasi-usufruit (1re partie)", loc. cit., pág. 36, n. 21.

280 Es el Código civil argentino el que define las cosas consumibles desde el prisma de la existencia en su art. 2325, aunque la definición no sea muy clara: "[s]on cosas consumibles aquellas cuya existencia termina con el primer uso y las que terminan para quien deja de poseerlas por no distinguirse en su individualidad. Son cosas no consumibles las que no dejan de existir por el primer uso que de ellas

la cosa lo comporta, es una cualidad inherente²⁸¹ e intrínseca²⁸² de la cosa, una característica que se observa tomando la cosa aisladamente, sin necesidad de compararla con otras²⁸³. Utilizar este tipo de cosas comporta su destrucción²⁸⁴, su pérdida de individualidad, su utilidad la

se hace, aunque sean susceptibles de consumirse o de deteriorarse después de algún tiempo".

En nuestro Derecho, por ejemplo, GONZÁLEZ MARTÍNEZ, "Cosas fungibles (I)", *loc. cit.*, pág. 19.

²⁸¹ En sentido similar se expresa VALVERDE, *Tratado de Derecho...*, *op. cit.*, tomo I, pág. 390, al manifestar que la consumibilidad "es una cualidad que le es propia ó inherente".

²⁸² BENSA, "Sul concetto...", *loc. cit.*, págs. 355 y 356: "[i]l concetto di consumabilità risulta in prima linea dalla natura intrinseca della cosa".

²⁸³ Así se expresa PLANIOL, *Traité élémentaire...*, *op. cit.*, tome I, pág. 660, n. 2179: "[c]ette qualité s'apprécie en considérant la chose isolément, et sans qu'on ait besoin de la comparer avec aucune autre du même genre, ni même de savoir s'il en existe de semblables". Siguiendo al mismo autor, de modo similar se manifiesta, HUMBERT, *Essai sur la fungibilité...*, *op. cit.*, pág. 50; JAUBERT, "Deux notions du droit des biens...", *loc. cit.*, pág. 77; o en Italia, BENSA, "Sul concetto...", *loc. cit.*, pág. 357.

²⁸⁴ Basar la consumibilidad en la destrucción de la cosa es aceptado por una gran mayoría de la doctrina, aunque algunos, como veremos incorporen después la consumibilidad civil; así, en España destacan, entre otros, SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho...*, *op. cit.*, pág. 474; OYUELOS, Ricardo, *Digesto. Principios, doctrina y jurisprudencia referentes al Código civil español*, tomo II, Madrid, 1917, pág. 360; ÁLVAREZ MARTÍNEZ, *Instituciones...*, *op. cit.*, pág. 104; CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones...*, *op. cit.*, pág. 260; BORRELL Y SOLER, *Derecho civil...*, *op. cit.*, pág. 282; PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho...*, *op. cit.*, tomo I, vol. II, pág. 309; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil...*, *op. cit.*, tomo primero, vol. II, págs. 590 y 591; SANTOS BRIZ, *Derecho civil...*, *op. cit.*, pág. 547 y en comentario al art. 337 Cc, en *Comentarios...*, *op. cit.*, pág. 44; ESPÍN, *Manual de Derecho civil...*, *op. cit.*, vol. I, pág. 482; GARCÍA VALDECASAS, *Parte general...*, *op. cit.*, pág. 288; TORRES LANA, comentario al art. 337 Cc, en *Código civil, doctrina...*, *op. cit.*, pág. 18; MALUQUER DE MOTES *Los conceptos de "sustancia" "forma" y "destino"...*, *op. cit.*, pág. 168; ALBALADEJO, *Derecho civil I...*, *op. cit.*, vol. segundo, pág. 97.

En Francia, entre otros, podemos citar a MARCADÉ, *Explication théorique et pratique...*, *op. cit.*, pág. 379, n. 391; BONNECASE, *Elementos de...*, *op. cit.*, pág. 628; HUMBERT, *Essai sur la fungibilité...*, *op. cit.*, pág. 32; JAUBERT, "Deux notions du droit des biens...", *loc. cit.*, pág. 81; SIRINELLI, "Le quasi-usufruit (1re partie)", *loc. cit.*, pág. 37, n. 23.

En Italia, entre la doctrina del Codice de 1865, a título de ejemplo, STOLFI, *Diritto...*, *op. cit.*, pág. 494; entre la doctrina del Codice de 1942, ALLARA, *Le nozioni fondamentali...*, *op. cit.*, pág. 315.

Además, hay cuerpos legales que utilizan la destrucción en la definición de las cosas consumibles; así el art. 51 del Código civil

proporcionan a medida que se destruyen o van desapareciendo, por lo que el uso y la desaparición se solapan. Sin embargo, es posible usar una cosa consumible sin que con ello se destruya la cosa, por ejemplo, usarla *ad pompam vel ostentationem*. La consumibilidad es una cualidad intrínseca de la cosa, sea cual sea el uso al que se someta aunque el uso habitual y común de estos bienes es su destrucción.

Si lo habitual es que las cosas se destruyan por el uso, hay que añadir que es el primer uso que se realiza de las mismas el que las hace desaparecer²⁸⁵. La destrucción, pues, es instantánea e inmediata al uso²⁸⁶.

Sin embargo, debemos plantearnos una cuestión en sede de determinar el significado de "consumir" y es la relación de las cosas consumibles con las cosas deteriorables. Si algunas cosas consumibles con el tiempo y sin necesidad del uso, llegan a destruirse por ser inutilizables (por ejemplo, unas manzanas que se pudren), es evidente que van sufriendo un desgaste paulatino hasta llegar a desaparecer. ¿Significa esto que todas las cosas consumibles son deteriorables?²⁸⁷.

Brasileño: "[s]ão consumíveis os bens móveis, cujo uso importa destruição imediata da própria substância, sendo também considerados tais os destinados a alienação"; o el art. 208 del Código civil portugués: "[s]ão consumíveis as coisas cujo uso regular importa a sua destruição ou a sua alienação".

²⁸⁵ Por ello VENEZIAN, *Usufructo...*, op. cit., I, pág. 3, considera a las cosas consumibles como "bienes de utilidad simple", pues "agotan en una sola vez su aptitud para satisfacer necesidades humanas".

En España, a título de ejemplo, GONZÁLEZ MARTÍNEZ, "Cosas fungibles (I)", loc. cit., pág. 19; y en Francia, sirva para todos JAUBERT, "Deux notions du droit des biens...", loc. cit., pág. 81

²⁸⁶ CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil...*, op. cit., tomo primero, vol. II, pág. 590; SANTOS BRIZ, *Derecho civil...*, op. cit., pág. 546, distinguen una consumibilidad inmediata de otra gradual, aunque ello, como tendremos oportunidad de observar, confunde las cosas deteriorables con las consumibles.

²⁸⁷ En el Derecho romano germinó la incertidumbre acerca de esta clase de cosas, en particular al querer clasificar los vestidos; mientras en D. 7, 1 (De usufructu), 15 (l. Sed si quid inaedificaverit), § 4 (Et si vestimentorum), se consideran cosas no consumibles, en Inst., lib. II, tit. IV (De usufructu), § 2 (constituitur), se tratan como cosas consumibles. La doctrina no aporta mucha ayuda al respecto, puesto que hay oponiones muy diversas, destacando, entre muchos, los que opinan que las cosas deteriorables

Es cierto que todas las cosas se deterioran con el tiempo, por lo cual podríamos afirmar que todas las cosas son deteriorables, al igual que todas las cosas con los años tienden a desaparecer -*natura omnia commutat*-, por lo que tendríamos que afirmar que todas las cosas se consumen²⁸⁸. Pero no hemos de observar las cosas desde parámetros físicos sino desde un prisma técnico-jurídico.

Existe un artículo en el Código que regula las cosas deteriorables. Se trata del art. 481 Cc, que se refiere al usufructo de las cosas deteriorables, según el cual, "[s]i el usufructo comprendiera cosas que sin consumirse se deteriorasen poco a poco por el uso". Del precepto se deduce que las cosas consumibles y cosas deteriorables son distintas, puesto que el Código civil trata ambas categorías de cosas en preceptos distintos (art. 481 Cc, usufructo de cosas deteriorables; art. 482 Cc, usufructo de cosas consumibles) concediéndoles un régimen jurídico distinto (en el usufructo de cosas deteriorables se restituirán una vez finalizado el usufructo en el estado en

son cosas consumibles: NAVARRO AMANDI, *Código civil...*, op. cit., tomo I, comentario al art. 745, pág. 352 y tomo II, comentario al art. 1670, pág. 347 (ya pusimos de manifiesto que el autor confundía las cosas consumibles, no sólo con las fungibles sino también con las deteriorables, aunque acaba admitiendo que las cosas cuya destrucción es inmediata al uso, son las que propiamente se denominan consumibles); CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil...*, op. cit., tomo primero, vol. II, pág. 590; SANTOS BRIZ, *Derecho civil...*, op. cit., pág. 546. Otros consideran que se trata de cosas no consumibles: ESPÍN, *Manual de Derecho civil...*, op. cit., vol. I, pág. 482; CLAVERÍA, comentario al art. 337 Cc, en Ministerio de Justicia, *Comentario...*, op. cit., pág. 933; PUIG FERRIOL en PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, op. cit., pág. 784; el art. 2325 del Código civil argentino también las incluye entre las cosas no consumibles. Hay, finalmente, quienes opinan que se trata de una categoría intermedia: BIONDI, Biondo, *Los bienes*, traducción revisada y ampliada por Antonio de la Esperanza Martínez-Radio, Barcelona, 1961, pág. 94; TORRES LANA, comentario al art. 337 Cc, en *Código civil, doctrina...*, op. cit., pág. 18.

²⁸⁸ Observar así la consumibilidad nos conduce a un concepto puramente ontológico. Es por ello que FADDA y BENZA, en WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette...*, op. cit., pág. 221, afirman que "il criterio della partizione delle cose consumabili e inconsumabili non può essere un criterio obbiettivo e naturalistico, perchè a questa stregua non vi a luogo a distinzione; tutto si deteriora, tutto si consuma nel tempo. Ciò cui conviene aver riguardo è pur sempre il punto di vista economico-sociale", por lo que consideran que "[c]onsumabili sarebbero quelle cose l'uso delle quali nell'economia normale e ordinaria di un dato momento storico e sociale consiste appunto nel consumarle nel senso di distruggerne l'essenza".

que se encuentren, y en el usufructo de cosas consumibles, dependiendo de que exista o no estimación, se restituirá su estimación o cosas equivalentes).

Tanto en la consumibilidad como en la deteriorabilidad, es verdad que el uso entraña un deterioro de la cosa, lo que ocurre es que esta degradación no opera al mismo ritmo. Mientras en la consumibilidad la duración es efímera cuando se usa la cosa, en la deteriorabilidad, sin ser cosas eternas, se "inscriben", sin embargo, a una cierta duración²⁸⁹. Además, el art. 481 Cc es muy claro al decir que se trata de cosas que "sin consumirse" se deterioran "poco a poco por el uso", con lo cual, no se destruyen, las cosas persisten, lo que ocurre es que acabarán siendo inutilizables, no por haber desaparecido, sino por el excesivo desgaste (podríamos afirmar que solo quedarán "restos" de la cosa).

Usar una cosa deteriorable supone que podrá usarse de nuevo; en cambio, las cosas consumibles solo disponen de un uso, tras el cual, la cosa desaparece.

Quedan fuera de la categoría de cosas deteriorables, pues, aquellos bienes que se van consumiendo a medida que se usan (por ejemplo, una pila, una vela), cuyo consumo es progresivo (evidentemente, la cera de la vela, por ejemplo, una vez quemada se ha destruido y desaparecido; se trata de una cosa que se consume poco a poco). Son, pues, cosas consumibles²⁹⁰.

4.1.2. La enajenación

Partiendo de la definición que proporciona el BGB de las cosas consumibles queda ahora por estudiar la segunda alternativa del parágrafo 92 BGB, según la cual, se

²⁸⁹ SIRINELLI, "Le quasi-usufruit (1re partie)", *loc. cit.*, pág. 36, n. 21.

²⁹⁰ FERRARA, *Trattato...*, *op. cit.*, pág. 835, considera que la destrucción de una cosa puede ser "totale o parziale, in quanto l'uso fa distruggere proporzionalmente una parte omogenea della loro individualità (candele, sapone)".

consideran consumibles las cosas muebles cuyo uso adecuado consiste en la enajenación.

Dada la disyuntiva con que se nos presenta la consumibilidad, en el sentido de que son consumibles las cosas muebles cuyo uso adecuado consiste "in dem Verbrauch oder in der Veräußerung", podemos afirmar que consumo y enajenación no son lo mismo, que la enajenación no encaja en el concepto de "consumo", puesto que de lo contrario, no se nos presentaría esta disyuntiva²⁹¹. Se trata de descubrir ahora qué se entiende por la consumibilidad que consiste en la enajenación.

Entender que por medio de la enajenación se consume una cosa, ensancha el concepto de consumibilidad como destrucción visto hasta ahora. Sobre todo porque obliga a tomar en consideración el dinero. En el Derecho romano, se añadía el dinero entre las cosas *quae usus consumuntur*²⁹², y esto es lo que ha originado la clasificación de una consumibilidad jurídica²⁹³, civil²⁹⁴ o relativa²⁹⁵, al lado de

²⁹¹ Tuvimos ocasión de ver que no sólo el BGB, contiene una definición de las cosas consumibles, sino que existen otros cuerpos legales que también recogen el significado de este tipo de cosas con tal disyuntiva; así, el art. 51 del Código civil brasileño, o el art. 208 del Código civil portugués.

²⁹² Los *Motive zu dem Entwurfe...*, op. cit., pág. 35, § 780, tras manifestar que la consumibilidad en sentido amplio se encuentra en las cosas que han de ser utilizadas enajenándolas, señalan que "[d]ie röm. Quellen rechnen hierher nur das Geld und vermeiden auf diese Weise die Erweiterung des Begriffes der Verbrauchbarkeit zu einer juristischen Verbrauchbarkeit", añadiendo que "[a]llein einer solchen Sachen Einschränkung des Gebietes der verbrauchbaren Sachen steht schon das Bedenken entgegen; daß dem Gelde in der fraglichen Beziehung solche Sachen jedenfalls gleichzustellen sind, welche zwar nicht zu den gesetzlichen Zahlungsmitteln gehören, aber doch thatsächlich die Funktion des Geldes zu versehen pflegen, wie Banknoten und vielleicht auch noch anderen Arten von Inhaberpapier", considerando que falta la razón para no trasladar esto que se ha dicho del dinero a otras cosas donde el uso supone la alienación, por ello "[d]er Entwurf unterstellt deshalb in § 780 Abs. 1 alle in diese kategorie fallenden Sachen dem nämlichen Prinzipie".

²⁹³ Entre los autores que hablan de una consumibilidad jurídica destacan en España VALVERDE, *Tratado de Derecho...*, op. cit., tomo I, pág. 390; CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones*, op. cit., pág. 260; PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho...*, op. cit., tomo I, vol. II, pág.311; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil...*, op. cit., tomo primero, vol. II, págs. 590 y 591; MONTÉS, en LÓPEZ LÓPEZ, y MONTÉS PENADÉS, *Derecho civil...*, op. cit., pág. 449. En Francia, PLANIOL, *Traité élémentaire...*, op. cit., tome I, pág. 660, n. 2179; HUMBERT, *Essai*

la consumibilidad material (la que supone una destrucción). Y es así porque para comprender el dinero entre las cosas consumibles, entendidas como cosas que se destruyen, es necesario ampliar el sentido de la consumibilidad²⁹⁶.

Ya vimos que los pandectistas alemanes tenían un concepto más restringido de la consumibilidad (sinónimo de destrucción). Sin forzar este significado y siguiendo las teorías romanas, estudiaban el dinero como bien consumible sin realizar, la mayoría de las veces, un pronunciamiento expreso sobre el tema y sin hacer una ulterior mención a la enajenación.

Con la vigencia del BGB, se cambia de filosofía al definir la consumibilidad, pues no se parte de la definición de consumibilidad en sentido material, añadiéndose el caso particular del dinero, sino que se incluye el dinero en una esfera más amplia: la enajenación.

sur la fongibilité..., op. cit., pág. 32; CARBONNIER, *Droit civil...*, op. cit., pág. 107; SIRINELLI, "Le quasi-usufruit (suite et fin)", loc. cit., pág. 5, n. 29. En Italia y entre la doctrina del Codice de 1865, CHIRONI-ABELLO, *Trattato...*, op. cit., pág. 311; COVIELLO, *Manuale...*, op. cit., pág. 255; STOLFI, *Diritto...*, op. cit., pág. 494; RUGGIERO, *Istituzioni...*, op. cit., pág. 434; en cuanto a la doctrina del Codice actual, BIONDI, *Los bienes*, traducida por Antonio de la Esperanza Martínez-Radio, Barcelona, 1961, pág. 91.

²⁹⁴ Entre otros, en España, GONZÁLEZ MARTÍNEZ, "Cosas fungibles (I)", loc. cit., pág. 15. En Francia, ya POTHIER, "Traité du contrat de prêt...", op. cit., pág. 394 ss.; DURANTON, *Cours de droit...*, op. cit., pág. 249, n. 823 (12); MARCADÉ, *Explication théorique et pratique...*, op. cit., pág. 379, n. 392; AUBRY et RAU, *Cours de droit civil...*, op. cit., pág. 40; BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit...*, op. cit., pág. 749, n. 1410; BONNECASE, *Elementos...*, op. cit., pág. 628. En Italia (Codice 1865), BIANCHI, *Corso de codice...*, op. cit., pág. 55; LOMONACO, *Della distinzione...*, op. cit., pág. 15; o en relación al Codice de 1942, ALLARA, *Le nozioni fondamentali...*, op. cit., pág. 316; MESSINEO, *Manuale...*, op. cit., pág. 390.

²⁹⁵ Otro de los modos de denominar a esta consumibilidad es relativa: MOSCO, *Gli effetti giuridici...*, op. cit., pág. 15; FERRARA, *Trattato...*, op. cit., pág. 835.

²⁹⁶ MOSCO, *Gli effetti giuridici...*, op. cit., pág. 15, al definir la consumibilidad y observar su doble categoría, natural y civil o relativa, considera que "[q]uesta distinzione è già per se stessa sintomatica, in quanto rivela che la dottrina ha sentito l'impossibilità di far rientrare il danaro nel concetto comune e fondamentale di bene consumabile, e la necessità di slargare la categoria dei beni consumabili".

Se regulan de este modo dos clases de consumibilidad, o dos definiciones, una estricta y la otra amplia.

La definición de cosas consumibles se extiende, sin nombrar expresamente el dinero, a las cosas cuyo destino habitual es usarlas enajenándolas²⁹⁷. Pero, ¿qué significa aquí enajenar?

Supone que al usar las cosas éstas dejan de formar parte del patrimonio de quien las usa, a pesar de que físicamente la cosa permanezca inalterada. Usando estas cosas por primera vez, salen del patrimonio de quien las usa, por lo que esta desaparición se equipara a una destrucción²⁹⁸. En este sentido, en cuanto al dinero, gastarlo supone consumirlo.

²⁹⁷ La mayoría de comentaristas del BGB no asignan a la enajenación una definición, limitándose a dar ejemplos; así, BAUR, comentario al § 92, en SOERGEL y SIEBERT, *Bürgerliches...*, op. cit., pág. 375, manifiesta que en el primer apartado se incluyen "beweglichen Sachen, die ihrem Wesen nach zur Veräußerung bestimmt sind", como participaciones en beneficios o billetes de banco; HOLCH, comentario al § 92, *Münchener Kommentar...*, op. cit., pág. 717, se expresa en el sentido que "sind verbrauch Sachen außerdem solche bewegliche Sachen, deren bestimmungsgemäßer Gebrauch in ihrer Veräußerung besteht", y como ejemplos cita en primer lugar al dinero y posteriormente billetes de banco o cheques; MICHALSKI, Lutz, comentario al § 92, en ERMAN, Walter (Herausgeber), *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 1. Band, Münster, 1993, pág. 195, se limita a decir que las cosas consumibles "[e]rforderlich ist, daß die den Sachen zukommenden Funktion (...) in der Veräußerung besteht" y como ejemplos considera el dinero o títulos al portador; HEINRICHS, comentario al § 92 BGB, en PALANDT, *Bürgerliches...*, op. cit., pág. 59, afirma que "[i]m Rechtssinne verbrauchbare Sachen, die zur Veräußerung bestellt sind (...), wie Geld, Wertpapier"; DILCHER, comentario al § 92 BGB, en STAUDINGERS, *Kommentar zum...*, op. cit., pág. 568, "[d]er Begriff der Verbrauchbarkeit wird, ohne das Geld ausdrücklich zu nennen, auf solche Sachen, ausgedehnt, deren bestimmungsmäßiger Gebrauch in der Veräußerung besteht".

Entre nosotros consideran la consumibilidad como enajenación junto a la destrucción de la cosa, aunque sin precisar una clasificación de la consumibilidad (material o civil), MARÍN PÉREZ, voz "bienes", (NEJ), op. cit., pág. 356; GARCÍA VALDECASAS, *Parte general...*, op. cit., pág. 288; BORRELL MACIÁ, Antonio, "Algunas consideraciones sobre la conservación de la sustancia en el usufructo", RDP, 1949, pág. 1061; ALBALADEJO, *Derecho civil I...*, op. cit., vol. segundo, pág. 97.

²⁹⁸ Interpretar la enajenación como una salida del patrimonio, es una opinión compartida por un número considerable de autores. Así, pueden citarse entre otros, en España, GONZÁLEZ MARTÍNEZ, "Cosas fungibles (I)", loc. cit., pág. 16; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil...*, op. cit., tomo primero, vol. II, pág. 590. En Francia, MARCADÉ, *Explication théorique et pratique...*, op. cit., pág. 379, n. 392

Sin embargo, esta salida del patrimonio no podemos concebirla como una destrucción. El efecto en el patrimonio de quien la usa sí que es el mismo que cuando se destruye la cosa por efecto del uso: la ausencia; pero el bien del que se ha dispuesto permanece intacto, y lo que ocurre es que ha cambiado de titular. La cosa en sí misma subsiste, pese al cambio de titularidad.

Hablamos indistintamente de extinción y desaparición; sin embargo, hay que hacer una precisión. La desaparición podemos entenderla de dos modos: como ausencia del bien, sin considerar que esa misma cosa desaparecida en el patrimonio de una persona, permanezca físicamente inalterada en otro patrimonio, es decir, la ausencia provocada por el cambio de titularidad; o bien, entender la desaparición como extinción definitiva de la realidad material, sin la necesidad de un desplazamiento de bienes. En el primer caso de desaparición ponemos la atención en un patrimonio concreto, y en el segundo seguimos la suerte del bien en cuestión.

Es en el primer sentido en el que se entiende la consumibilidad por enajenación. No se tiene en cuenta la cosa en sí misma, sino el efecto que produce su no presencia, es decir, la ausencia.

La ausencia es tanto la consecuencia de la destrucción de la cosa -consumibilidad material- cuanto de la desaparición de ésta -en el sentido de enajenación o consumibilidad civil-. Sin embargo, en el primer caso coincide la extinción de la cosa con la ausencia en el patrimonio de una persona (consecuencia de la extinción),

AUBRY et RAU, *Cours de droit civil...*, op. cit., pág. 40; JAUBERT, "Deux notions du droit des biens...", loc. cit., pág. 81; DOCKÈS, "Essai sur la notion...", loc. cit., pág. 496. En Italia, entre la doctrina del Codice de 1865, BIANCHI, *Corso di codice...*, op. cit., pág. 55; CHIRONI-ABELLO, *Trattato...*, op. cit., pág. 311; LOMONACO, *Della distinzione...*, op. cit., págs. 15 y 16; FADDA y BENZA, en WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette...*, op. cit., pág. 222; CICU, Antonio, *Diritto civile dell'usufrutto, lezioni*, Bologna, 1925, pág. 186; o entre la doctrina del actual codice, BARASSI, *I diritti reali...*, op. cit., pág. 207; FERRINI, *Manuale di...*, pág. 214; MESSINEO, *Manuale...*, op. cit., pág. 390; BIONDI, *Los bienes...*, op. cit., pág. 91; DUSI, *Istituzioni...*, op. cit., pág. 176.

mientras que, en el segundo, la enajenación es la causa de la ausencia sin coincidir con la extinción de la cosa.

Llevando esta argumentación a sus últimas consecuencias se confundirían dos conceptos: el de la consumibilidad con el de la transmisibilidad. Y además, si enajenar supone salir del patrimonio, todas las cosas serían consumibles por ser enajenables. Sin embargo, el BGB no considera consumible a todo bien enajenable, sino solamente a aquéllos cuyo uso adecuado consiste en la enajenación.

Retomando el Derecho alemán, el problema es que el § 92 BGB tiene un segundo apartado, según el cual se consideran también cosas consumibles los bienes muebles que pertenecen a un almacén o "conjunto de cosas" -*Sachinbegriffe*-, cuyo uso adecuado consiste en la enajenación de las cosas singulares. La enajenación regulada en el párrafo 92 BGB puede explicarse de dos modos:

En una primera aproximación y bajo una interpretación literalista, parece ser que la definición de cosas consumibles en el Derecho alemán usa en dos sentidos la enajenación, puesto que ésta se utiliza en el primer párrafo junto al consumo -"verbrauchbare Sachen im Sinne des Gesetzes sind (...) in dem Verbrauch oder in der Veräußerung besteht"-, y en el segundo de forma independiente -"[a]lls verbrauchbar gelten auch bewegliche Sachen (...) in der einzelnen Sachen besteht"-. Si la enajenación tuviera un solo significado sería ilógico este segundo apartado, pues en el primero se consideraría incluido.

En este sentido, el segundo apartado del párrafo alemán, más que ampliar el concepto de consumibilidad, lo extralimitaría²⁹⁹. Estas mercancías depositadas en un almacén no las utilizará personalmente el comerciante, sino

²⁹⁹ En los mismos *Motive zu dem Entwurf...*, op. cit., pág. 34, § 780, se considera que "Sachen, welche an sich nicht verbrauchbar, nehmen nach dem Abs. 2 des § 780 die Eigenschaft der Verbrauchbarkeit dadurch an, daß sie zu einen Sachinbegriffe gehören, dessen bestimmungsmäßige Nutzung in der Veräußerung der einzelnen Sachen besteht"; es por ello que se afirma posteriormente que "[d]ie Verbrauchbarkeit in diesem Sinne hat zwar insofern einen subjektive Ursprung".

que su uso consistirá en la venta, por lo que el uso se confunde con un acto de enajenación³⁰⁰. Lo que habría verdaderamente en el § 92-2 BGB sería una ficción³⁰¹. En este apartado, se introduciría, pues, un criterio subjetivo a la consumibilidad, al ser la voluntad de las partes la que haría que las cosas fueran consumibles³⁰². Según esto, todas las cosas podrían considerarse consumibles³⁰³.

Desde este punto de vista, la doble mención que realiza el Derecho alemán en la definición de las cosas consumibles no es muy lógica, a no ser que entendamos que en el primer apartado se refiere al dinero e instrumentos de cambio similares, y en el segundo al caso concreto y excepcional de las mercancías de un almacén, reflejándose la intención del legislador de no pretender ampliar el significado de la consumibilidad más allá de la consumibilidad material u objetiva, es decir, la derivada de la naturaleza de la cosa sino en lo imprescindible. Observamos, pues, que no hay un distanciamiento tan grande con las concepciones pandectistas.

³⁰⁰ HUMBERT, *Essai sur la fongibilité...*, op. cit., pág. 36; JAUBERT, "Deux notions du droit des biens...", op. cit., pág. 97; SIRINELLI, "Le quasi-usufruit (suite et fin)", loc. cit., pág. 8, n. 35. Estos autores reconocen que se trata de cosas que pueden no ser consumibles, sin embargo, consideran que es un criterio subjetivo que las hace consumibles.

³⁰¹ Así lo consideró DANCKELMANN, Bernhard, comentario al § 92 BGB, en PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, München, 1972, pág. 49. Y más recientemente, HOLCH, comentario al § 92 BGB, en *Münchener Kommentar...*, op. cit., pág. 717, añadiendo que "[v]erbrauchbare Sachen im Sinne des Abs. 2 sind die Waren im Lager des Großhändlers, aber auch in den Verkaufsräumen des Kaufhauses"; DILCHER, comentario al § 92 BGB, en *Staudingers Kommentar...*, op. cit., pág. 569, precisando que el apartado "fingiert nur die Verbrauchbarkeit der Einzelsachen, die zu einem veräußerungsbestimmten Sachinbegriff gehören, nicht dagegen die Verbrauchbarkeit des Sachinbegriffs selbst".

³⁰² DILCHER, comentario al § 92 BGB, en *Staudingers Kommentar...*, op. cit., pág. 569; HEINRICHS, comentario al § 92 BGB, en PALANDT, *Bürgerliches...*, op. cit., pág. 59;

³⁰³ BAUR, comentario al § 92 BGB, en SOERGEL y SIEBERT *Bürgerliches...*, op. cit., pág. 376; DILCHER, comentario al § 92 BGB, en *Staudingers Kommentar...*, op. cit., pág. 569; HEINRICHS, comentario al § 92 BGB, en PALANDT, *Bürgerliches...*, op. cit., pág. 59.

En segundo lugar, podría interpretarse la enajenación del parágrafo 92 BGB, en el sentido de que el legislador tuvo en cuenta la distinción económica según la cual existen cosas que tienen un "valor de uso" y otras que tienen un "valor de cambio", siendo a estas últimas a las que se refiere el mencionado parágrafo del BGB cuando habla de enajenación. Así, el dinero sólo tiene un valor como medio de cambio ("valor de cambio"), siendo ese el único uso que le otorga utilidad: su enajenación o cambio.

El legislador, además incluye un supuesto concreto en el que se da una circunstancia similar a la del dinero: los objetos almacenados para comerciar. Son objetos de cambio, su destino es la enajenación. Por eso, desde la perspectiva del propietario en ese momento, su único uso es ese: el de comerciar con ellos, enajenarlos (por lo tanto, son objetos de cambio, con un "valor de cambio").

Desde este punto de vista, el § 92 BGB utilizaría la enajenación en el mismo sentido en ambos momentos. En el segundo apartado sólo trataría de aplicar la regla a un supuesto particular y específico, pues al significado del dinero en el tráfico se equipararían los bienes almacenados para comerciar por ser objeto de tráfico o intercambio.

En realidad, posiblemente lo que pretendía el legislador al equiparar a la consumibilidad material la enajenación cuyo destino económico es ese, era reflejar la consumibilidad jurídica superando la concepción romanística que limita el carácter consumible a estrictos criterios naturales (*vinium, oleum, frumentum, etc.*), concepción que no ofrece respuestas y resulta inservible en la sociedad industrial y la economía actual. Lo cierto es que entre ambos tipos de consumibilidad hay cierto paralelismo, sobre todo en su resultado; y eso ha llevado al legislador alemán a aunar ambos supuestos con vistas a que se les aplique un mismo régimen jurídico.

Además, teniendo en cuenta el tipo de bienes a los que se refiere el BGB al hablar de bienes enajenables, dada su naturaleza habitualmente fungible -dinero, mercaderías,

etc.-, quizás esté otorgando el régimen de la consumibilidad a los bienes fungibles.

A nuestro parecer, incorporar la enajenación en el significado de "consumir", se aleja de las pretensiones del art. 337 Cc. Hemos visto que enajenación y consumición son conceptos distintos, y el art. 337 Cc tan solo recoge el verbo "consumir" sin unirlo disyuntivamente a la enajenación como hacen otros cuerpos legales. Por lo tanto, consideramos que este precepto sólo da cabida a la consumibilidad como sinónimo de destrucción³⁰⁴.

Para finalizar este punto, nos parecen muy significativas las palabras de ROGUIN: "[e]n résumé, la législation romaine et ceux qui l'on acceptée sans contrôle ont confondu deux choses absolument distinctes: la consommation et l'aliénation des objets doués de valeur économique naturellement ou fictivement"³⁰⁵.

³⁰⁴ En la doctrina no hay una unanimidad al respecto. Mientras GARCÍA VALDECASAS, *Parte general...*, op. cit., pág. 288, nota 11, no considera consumibles en nuestro Derecho "las cosas pertenecientes a un conjunto que su propietario destina a la enajenación de cosas singulares, como es el caso, por ejemplo, de las mercancías de un almacén o de las reses de una ganadería", por otra parte, ALBALADEJO, *Derecho civil I...*, op. cit., vol. segundo, pág. 97, considera que el art. 337 Cc no habla de consumo por inutilización ni por enajenación, aunque lo incorpora a su espíritu.

Estamos de acuerdo con JORDANO BAREA, "El cuasi-usufructo...". *loc. cit.*, pág. 1003, al manifiestar que "[n]os parece más acertada la idea de hacer de las cosas utilizables mediante enajenación una categoría independiente reservando el concepto de lo consumible para las cosas de que no puede hacerse el uso adecuado a su naturaleza sin que se consuman o destruyan", siendo ésta una opinión compartida por otros autores, por ejemplo, GETE-ALONSO y CALERA, *Estructura y función...*, op. cit., pág. 359, que define la cosa consumible "como aquélla cuyo uso, conforme a su naturaleza, comporta la desaparición de la misma de la realidad material, es decir, aquélla en la que estando determinada su utilidad en un sentido específico o concreto, la realización de ésta, una vez agotada en todas sus posibilidades, comporta necesariamente la destrucción -por consumición- de la misma"; o Díez-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema...*, op. cit., vol. III, pág. 417, que se expresan en el mismo sentido, a pesar de que los autores, excepcionalmente incorporan el dinero entre las cosas consumibles.

³⁰⁵ ROGUIN, "Des choses fongibles...", *loc. cit.*, pág. 158.