

EL USUFRUCTO DE COSAS CONSUMIBLES

(Análisis del art. 482 Cc)

1.1.1. Las razones de la transmisión

Al "disfrutar" de una cosa consumible parece ser que lo que se realiza es el contenido de la propiedad (*uti, frui, abusus*)⁴⁴⁰. Aunque para ser más precisos, tendríamos que decir que el *ius fruendi* desaparece, puesto que las cosas consumibles no producen frutos, y que el *ius utendi* se identifica con el *ius abutendi*, siguiendo la concepción de los autores clásicos⁴⁴¹, pues es el propietario el único facultado para ejercer el *abusus*. Por lo tanto, hay que ser propietario para consumir.

La argumentación se basa en un silogismo: según la primera premisa, las cosas consumibles desaparecen con el uso; la segunda premisa sería que sólo el propietario puede

⁴⁴⁰ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, op. cit., III, pág. 816, afirma que en los derechos reales que llevan aparejado el disfrute, la facultad de realización directa, es decir, la utilización, el goce u el disfrute, comprende: "el uso o utilización de la cosa (*ius utendi*), de manera que el titular puede servirse de la cosa; el disfrute o el goce en sentido estricto (*ius fruendi*), que le permite la obtención y apropiación de los frutos, productos y rendimientos; la consumición (*ius abutendi*) que le permite consumir la cosa, naturalmente cuando el destino económico de ésta consiste en ser consumida". Observamos en el autor la tendencia de la doctrina francesa de considerar el abuso como consumición (Cfr. nota siguiente).

⁴⁴¹ En el capítulo anterior vimos cómo el *ius commune* consideraba que las cosas consumibles eran aquéllas "quae in abusu consistunt", es decir, se está ante un abuso cuando el uso de la cosa hace que ésta perezca.

La doctrina francesa, principalmente, usa el *ius abutendi* en sus argumentaciones. Así, MARCADÉ, *Explication théorique et pratique...*, op. cit., pág. 450, n. 466, tras preguntarse como se goza del vino manifiesta que "avoir le droit de boire ce vin, c'est en avoir la disposition, l'*abusus*, la propriété même"; PLANIOL y RIPERT, *Traité pratique...*, op. cit., pág. 715: "le *ius utendi* n'est rien sans le *ius abutendi*"; BEUDANT, *Cours de droit civil...*, op. cit., pág. 463, n. 421, expresa que en las cosas consumibles "l'*usus* et l'*abusus* se confondent"; HUMBERT, *Essai sur la fongibilité...*, op. cit., pág. 71: "pour les choses consommables, l'*usus* et l'*abusus* se confondent (...) [o]u bien le quasi-usufructier sera propriétaire de l'objet de l'*usufruit*, ou bien il n'aura aucun droit"; SIRINELLI, "Le quasi-usufruit (suite et fin)", loc. cit., pág. 9, n. 40: "[c]'est de la sorte reconnaître au quasi-usufructier l'*abusus*"; MARTY-RAYNAUD, *Droit civil (Les biens)*, op. cit., pág. 140, n. 85: "[l]'usufruit ayant ainsi le *ius abutendi* devient propriétaire de la chose dont il peut disposer"; IWANESKO, Marc, "Réforme successorale: le nouveau sort du conjoint usufruitier des sommes d'argent", *Droit et patrimoine (DeP)*, noviembre, 1996, págs. 62 y 63: "le quasi-usufruit attribue l'*abusus* à son titulaire et lui confère une propriété opposable *erga omnes*".

que hay que ser propietario para usar las cosas consumibles.

Al consumir-destruir una cosa consumible, lo que se realiza es un acto de disposición sobre el bien y sólo el propietario de una cosa puede disponer libremente de ella. Por lo tanto, se considera que el usufructuario de cosas consumibles adquiere la propiedad de las mismas⁴⁴². Así

⁴⁴² La verdad es que nos resultaría más fácil citar a los autores que son reacios a la transmisión de la propiedad que a los partidarios de ella, puesto que estos últimos son la inmensa mayoría que han estudiado o analizado el usufructo de cosas consumibles. Así, a título de ejemplo, en España, OYUELOS, *Principios, doctrina...*, op. cit., tomo II, pág. 360; SÁNCHEZ ROMÁN, *Derecho civil...*, op. cit., pág. 569; DE DIEGO, *Instituciones...*, op. cit., pág. 399, considera que "en rigor, lo que transmite es el dominio, no meramente el goce"; MUCIUS SCAEVOLA, Comentario al art. 482 Cc, en *Código civil...*, op. cit., tomo IX, pág. 321; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil...*, op. cit., tomo II, vol. II, págs. 61 y 62; PEÑA BERNALDO DE QUIROS, *Derechos reales...*, op. cit., pág. 276; ROCA TRÍAS, Encarna, voz "usufructo (D° Civil)", *EJB*, IV, Madrid, 1994, pág. 6774; ALBALADEJO, *Derecho civil...*, op. cit., III, vol. segundo, pág. 70.

En Francia, pese a que la doctrina, como veremos, ha estudiado con más detenimiento la obligación de restituir del usufructuario, también considera que hay una transmisión. Así lo manifestó ya en sus tiempos DOMAT, *Les lois civiles...*, op. cit., tome second, livre I, titre XI, section III, n. 7, pág. 362: "[l]'usufruit des choses qui se consomment par l'usage emporte la propriété, puisqu'on ne peut en user qu'en les consommant", POTHIER, "Traité du douaire...", op. cit., pág. 427, parte II, chapitre V, article II, n. 212: "[l]e droit du donataire mutuel est le droit quasi usûsfructus, qui consiste en ce que la propriété en est transférée au donataire mutuel". Posteriormente la doctrina siguió la misma filosofía; sirvan como ejemplos DELVIN COURT, *Istituzioni...*, op. cit., pág. 362; DEMANTE, *Programme du cours de droit civil français*, tome premier, Paris, 1840, pág. 329, n. 594, y *Cours analytique...*, op. cit., tome deuxième, pág. 505, n. 426; DURANTON, *Cours de droit...*, op. cit., págs 390 (n. 1285) y 433 (n. 1388); MARCADÉ, *Explication théorique et pratique...*, op. cit., pág. 464, n. 484; VUILLAUME, *Commentaire analytique...*, op. cit., pág. 154, n. 581; MOURLON, *Répétitions écrites...*, op. cit., 1858, pág. 726, art. 587; DEMOLOMBE, *Traité de la distinction...*, op. cit., pág. 239, n. 289; LAURENT, *Principes de Droit...*, op. cit., tome sixième, pág. 514; AUBRY et RAU, *Cours de droit civil...*, op. cit., pág. 738, § 236; PLANIOL, *Traité élémentaire...*, op. cit., pág. 564, n. 1677; BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit...*, op. cit., pág. 845, n. 1562; MAZEAUD et MAZEAUD, *Leçons...*, op. cit., tome deuxième, nouvelle licence deuxième année, pág. 1277, n. 1652; MARTY-RAYNAUD, *Droit civil (Les biens)*, op. cit., pág. 140, n. 85; CARBONNIER, *Droit civil...*, op. cit., pág. 184.

En Bélgica, BELTJENS, Gustave, *Les Codes Belges annotés. Code civil de 1830 à 1880*, Bruxelles, 1880, art. 587.

En Italia, la doctrina, como tendremos oportunidad de analizar, ha estudiado más el tema de la transmisión de la propiedad que la obligación de restituir. Así, entre los autores del Codice de 1865 destacan entre muchos otros, BORSARI, Comentario al art. 483 del Codice de 1865, en *Commentario del Codice civile...*, op. cit., vol.

pues, lo que realiza el usufructuario al consumir una cosa es un acto de propietario no de usufructuario.

En los bienes consumibles se considera imposible la constitución de un derecho real de goce distinto de la propiedad. VENEZIAN, al respecto, afirma que si la cosa de utilidad simple "no es susceptible de prestar utilidad sino una sola vez, y al prestarla pierde la individualidad propia, no puede en realidad hallarse en dos posiciones en el tiempo. Si hoy uno disfruta de una cosa de utilidad simple, queda frustrada la expectativa de otro para obtener, después, de ella utilidad el día de mañana. Y si queda asegurada la esperanza de obtener la futura utilidad de que es susceptible, se imposibilita el disfrute actual"⁴⁴³.

Es precisamente esta incompatibilidad de goce de las cosas consumibles con la propiedad la razón que fundamenta el traspaso del dominio al usufructuario; además de la circunstancia, como *conditio sine qua non*, de ser propietario para poder consumirlas legítimamente⁴⁴⁴.

Por lo tanto, se deducen dos razones por las cuales se transmite la propiedad. Por una parte, la transmisión la generaría la incompatibilidad entre el goce por parte del

Codice de 1865, en *Commentario del Codice civile...*, op. cit., vol. secondo, pág. 305, § 950; PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni...*, op. cit., pág. 295, n. 176, y en comentario al art. 483 del Codice, en *Il codice civile italiano...*, op. cit., pág. 395; RICCI, *Corso teorico-pratico...*, op. cit., pág. 197, n. 149; TANCREDI BÈSIA, voz "servitù personali", *Il Digesto Italiano (IDI)*, vol. ventunesimo, parte terza, Torino, 1895-1902, pág. 88, n. 49; CHIRONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, vol. I, Milano-Torino-Roma, 1912, pág. 350, § 165; GIANTURCO, *Istituzioni...*, op. cit., pág. 124; SIMONCELLI, *Istituzioni...*, pág. 193; RUGGIERO, *Istituzioni...*, op. cit., pág. 614; NICOLÒ, y GIORGIANNI, voz "usufrutto (Diritto civile)", *Nuov. Dig. It.*, op. cit., pág. 781, n. 5. Entre la doctrina del Codice de 1942 BUTERA, *Il codice civile italiano commentato...*, op. cit., comentario al art. 185, pág. 438; STOLFI, y STOLFI, Comentario al art. 995 del Codice, *Il nuovo codice civile...*, op. cit., pág. 280; BRUGI, Biagio, *Instituciones de Derecho civil*, traducción de Jaime Simó Bofarull, México, 1946, pág. 246; BARASI, Lodovico, *I Diritti reali limitati in particolari l'usufrutto e la servitù*, Milano, 1947, pág. 163; ALLARA, *Le nozioni...*, op. cit., pág. 693.

En cuanto a la doctrina alemana, ya hemos tenido ocasión de estudiarla con anterioridad.

⁴⁴³ VENEZIAN, *Usufructo, uso...*, op. cit., Tomo I, pág. 4.

⁴⁴⁴ JORDANO BAREA, "El cuasi-usufructo...", loc. cit., pág. 984.

usufructuario, y la propiedad, por parte del nudo propietario. Y, por otra parte, la transmisión se debería al hecho de consumirse las cosas, puesto que hay que ser propietario para ello.

La transmisión del dominio se convertiría, pues, en un elemento inherente a la estructura del derecho de usufructo de cosas consumibles.

1.1.2. Mecanismos justificativos de la transmisión

La transmisión de la propiedad al usufructuario de cosas consumibles, aunque se considera necesaria según lo expuesto, generó la necesidad de buscar unos mecanismos que justificaran tal fin. Se trata de mecanismos puntuales que no han quedado reflejados actualmente en los ordenamientos jurídicos ni han sido aceptados unánimemente por la doctrina. Su existencia no supone actualmente para los partidarios de la transmisión de la propiedad al usufructuario una *conditio sine qua non* de ello. Sin embargo, dada la especialidad que supone dicha transmisión, se vió la necesidad -por ciertos ordenamientos o sectores doctrinales- de considerar esos mecanismos imprescindibles para proceder a la adquisición de la propiedad por parte del usufructuario.

Estos mecanismos se encontraron en la caución -desarrollada en el Derecho romano y seguida por la doctrina del *ius commune*- y en la estimación de los bienes -mecanismo defendido, básicamente, por un discreto sector de la doctrina francesa e italiana-. Se consideraron los medios mediante los cuales era posible la transmisión de la propiedad.

La caución y la estimación vendrían a ser el fundamento de la transmisión, el requisito necesario para que ésta sea posible. Procederemos a continuación a hacer una breve reseña de la caución y la estimación teniendo en cuenta su incidencia en el campo de la transmisión de la propiedad de las cosas consumibles al usufructuario.

1.1.2.1 "Non transferetur dominium recta via": la caución en Derecho romano

Transmitir, sin más, la propiedad de las cosas consumibles sometidas a usufructo no fue una solución convincente en el Derecho romano. Es por ello que se justificó dicha transmisión a partir de la caución⁴⁴⁵.

Actualmente, hablar de caución -fianza, en términos del Código- nos introduce en el análisis de los elementos no esenciales de la estructura del derecho de usufructo, ya que tras anunciarse en el art. 491 Cc la obligación del usufructuario de prestar fianza antes de entrar en el goce de los bienes, el art. 493 Cc faculta la posibilidad de dispensar al usufructuario de semejante obligación.

Sin embargo, la caución gozó de gran protagonismo en el período clásico del Derecho romano⁴⁴⁶, prolongándose hasta la época de la Codificación.

En aquel Derecho la caución era distinta en el usufructo (*cautio fructuaria*) y en el *quasi-usufructus* (*cautio quasi-usufructuaria* o *Senatusconsulti*)⁴⁴⁷. En el usufructo, garantizaba el cumplimiento de la obligación de usar la cosa según *bono viri* y de restituir la cosa al

⁴⁴⁵ LAHOVARI, *De usufructu...*, op. cit., § 14, pág. 47, afirma que "[q]uum autem usufructus rerum quae usu consumuntur, non sit usus, sed abusus; abusus vero non nisi propriis rebus consistere possit, cautionis remedium inventum est, qua interposita res ipsius propriae fierent".

⁴⁴⁶ Un estudio más exhaustivo de la caución nos lo proporcionan HELD, *Die Lehre vom usufructus earum rerum...*, op. cit., § 15, págs. 65 a 71; HANAUSEK, *Die lehre vom uneigentlichen...*, op. cit., § 6, págs. 32 a 39; FRANK, *Ueber den uneigentlichen...*, op. cit., § 6, págs. 28 a 35. Estos autores se centran más en el estudio de la caución en sede de restitución, aspecto que analizaremos en el próximo capítulo.

⁴⁴⁷ RUGGIERO, "Sulla "cautio usufructuaria"", loc. cit., pág. 86: "poichè il contenuto e il campo d'applicazione erano diversi da quelli della vera *cautio usufruttuaria*, si differenziò da questa anche pel nome, perocchè la *stipulatio* del quasi usufrutto fu designata come la "cautio *Senatusconsulti*"; PEROZZI, *Istituzioni...*, op. cit., vol. I, pág. 502: "speciale *cautio* detta *cautio senatusconsulti* diversa della *cautio usufruttuaria*".

final del usufructo⁴⁴⁸; en cambio, en el *quasi-usufructus* no era una simple garantía externa sino un elemento esencial en la estructura del derecho, puesto que era mediante esta caución como se justificaba la transmisión de la propiedad que tenía lugar en el momento de la *traditio*, a la vez que garantizaba la restitución del *tantundem*⁴⁴⁹. De esta doble función de la caución en el *quasiusufructo*, ahora sólo abordaremos la primera.

La caución, en el Derecho clásico, era en el *quasi-usufructus* un elemento esencial e integrante del mismo. Las mismas Inst., lib. II, tit. IV (De usufructu), § 2 (Constituitur), manifiestan que "senatus non fecit quidem earum rerum usufructum (nec enim poterat), sed per cautionem quasi usufructum constituit". Por lo tanto, se constituía un *quasi-usufructus* con la condición de prestar caución. Era un elemento estructural en la relación, en presencia del cual se transmitía la propiedad⁴⁵⁰. Pero desde luego, si la caución no era un medio apto para transmitir la propiedad -el medio era la tradición⁴⁵¹- ¿qué papel

⁴⁴⁸ ULPIANO, libro LXXIX ad Edictum, D., lib. VII, tit. IX (usufructuarius quemadmodum), l (Si cuius rei), § 6: "[h]abet autem stipulatio ista duas causas, unam, si aliter quis utatur, quam vir bonus arbitrabitur, aliam de usufructu restituendo; quam aliter fuerit usus, et saepius committetur, sequens committetur finito usufructu".

⁴⁴⁹ GROSSO, "Sul quasi usufrutto", loc. cit., pág. 262, n. 4, expresa que "il pretore non può far nulla per rimettere la cautio, in quanto il rapporto riconosciuto dal senatoconsulto si realizza col trasferimento della proprietà dietro prestazione di quella", continuando en la pág. 278, n. 7: "[l]a cautio era essenziale al quasi-usufrutto. Il fatto che il testatore avesse disposto che la cautio non fosse dovuta, poteva far dubitare che si trattasse di legato di proprietà".

⁴⁵⁰ SANFILIPPO, "Note esegetiche...", loc. cit., págs. 73 y 74, se pregunta por la relación entre la caución y la transmisión de la propiedad, manifestando que "[i]l senso mi pare chiaro: l'esecuzione del legato: che "neque naturali ratione neque civili" può dar luogo ad usufrutto, si concreta in un puro e semplice trasferimento di proprietà (ita datur legatario ut eius fiat) il quale trasferimento solo in virtù della cauzione può dar luogo, per disposizione del Senato, a quel complesso rapporto che vien detto *quasi usufrutto*, tanto è vero, che il legatario non può essere dispensato dall'obbligo della cautio neppure da un'espressa disposizione del testatore".

⁴⁵¹ GROSSO, "Sul quasi usufrutto", loc. cit., pág. 243, n.3. Veremos posteriormente la trascendencia de la *traditio* en la transmisión de la propiedad.

cumplía la caución? Puede ser que actuara como una contraprestación en una compraventa ficticia, como si fuera una compraventa con pacto de retro. Quizás aquí nos hallaríamos ante un negocio fiduciario, pues la caución que prestaba el usufructuario era algo más que una mera fianza o garantía, y al poner los bienes en poder del *quasi usufructuario*, éste era algo más que un titular de un derecho real.

La relevancia de la caución perdura en la mentalidad de la mayoría de los juristas del *ius commune*, partidarios de una transmisión de la propiedad al usufructuario. Se considera que "non transferetur dominium recta via, sed praestita cautione de restituendo tantundem in genere". La caución justificaba, pues, el traspaso⁴⁵².

La caución venía a ser el puente entre el usufructo y la propiedad, aunque el momento de la transmisión se

⁴⁵² La relevancia de la caución en la transmisión es defendida a lo largo del *ius commune*. Así, ACCURSIUS, glosa *quia cautio non impediretur* a D., lib. VII, tit. V (De usufructu earum rerum), l. VII (si vini): "sit enim ab herede, vult enim senatuscon. cautionem quodammodo esse loco nudae proprietatis penes heredem", y Glosa *cautionem improprie* a Titulus IIII De usufructu, Inst., lib. II: "quae cautio loco proprietatis erit apud haeredem"; BALDUS UBALDUS, *In primam digesti veteris...*, op. cit., "De usufructu earum rerum quae usu consumuntur vel minuuntur", lex Prima, fol. 307r, manifiesta que se interpone caución de "aestimatio restituenda et transferetur dominum"; JASON DE MAYNO, *In primam Digesti veteris partem Commentaria*, Augustae Taurinorum, 1577, Dig. legato 1, l. 1, num. 140, "De usufructo legato", afirma que "legato usufruct. rerum quae consumuntur non transfertur dominium recta via, sed praestita cautione de restituendo tantundem in genere"; SOCINUS, *Commentaria cum profundissima, tum fructuosissima in quatuor (ut vocant) lecturas vespertinas, sive ordinarias, cumuni interpretum mare in celebrioribus Italiae Gymnasiis praelecta*, Pars prima, Venetiis, 1543, l. prima, D. de legatis primo, n. 369, pág. 134: "[n]am talis usufructus non transit recta via, sed solum constituitur praestita cautione"; CASTILLO DE SOTOMAYOR, *Quotidianarum controversiarum...*, op. cit., lib. I, cap. XVII, n. 6, fol. 104v: "[s]ecundo constituendum est [refiriéndose a la caución], quod usufructuarius dominium consequitur & proprietatem rerum movilium, quae ipso naturaliter consumuntur"; VINNIUS, *In quatuor libros institutionum...*, op. cit., lib. II, tit. IV, n. 4, pág. 251: "nec quasi usum fructum intelligi posse, nisi sit aliquid, quod rapraesentet proprietatem: quod etiam facit cautio, ubi ea praestita est"; NOODT, *Opera omnia...*, op. cit., Liber primus, caput. XX: "senatus remedio cautionis quasi usufructum constituit".

producía con la *traditio*⁴⁵³. Se trataba de dos cosas distintas: la caución era la justificación o la causa de la transmisión, puesto que en ningún caso la doctrina clásica otorgaba la propiedad al usufructuario por el mero hecho de estar sometido a un derecho real de goce, sino que se servía de ese medio para fundamentar la transmisión; en cambio, la *traditio* era el mecanismo transmisivo de la propiedad, autorizado por existir la caución.

Sin embargo, con el tiempo la caución perdió su carácter de elemento esencial, ya sea por obra de los mismos autores clásicos en la interpretación del senadoconsulto o, más probablemente, por obra de los compiladores con base en las interpolaciones producidas en el Digesto⁴⁵⁴. En el Derecho justiniano, el *quasi-usufructo* ya no encuentra en la caución su fundamental elemento constitutivo, sino que es la caución la que encuentra ahora su razón de ser, su presupuesto en la previa constitución del *quasi-usufructo*. La *cautio quasi usufructuaria* se equipara a la *cautio usufructuaria*, asumiendo su misma naturaleza⁴⁵⁵.

Así pues, tras la equiparación de ambas cauciones y su conversión en una, asumió la misma naturaleza que la *cautio usufructuaria*: ser una garantía extrínseca y accesorio, que es precisamente la función que tiene hoy, puesto que el art. 491 Cc prevé una sola caución válida para el usufructo de cualquier tipo de bien. Según BARBERO, con ello se hizo posible que con la caución-garantía (nueva configuración unitaria de la caución) se traspasaran al *quasi-usufructo* otros elementos antes característicos del usufructo, en la

⁴⁵³ HANAUSEK, *Die Lehre vom uneigentlichen...*, op. cit., § 1, pág. 8, manifiesta que "Eigentumsübertragung gegen eine durch Caution begründete".

⁴⁵⁴ Estas interpolaciones han sido agudamente señaladas por GROSSO, "Sul quasi usufrutto", loc. cit., pág. 276 ss. El motivo del decaimiento de la función de la caución ha sido expuesto por BARBERO, "Il quasi-usufrutto...", loc. cit., pág. 216, y *L'usufrutto...*, op. cit., pág. 69.

⁴⁵⁵ BARBERO, "Il quasi-usufrutto...", loc. cit., pág. 216; *L'usufrutto...*, op. cit., pág. 69.

medida que lo consentía su diversidad o *ratio naturalis*; pero siempre persistirían las diferencias entre el usufructo común y el usufructo de cosas consumibles, puesto que es imposible superar la diferencia existente entre ellos en la restitución: en un caso se entrega la misma cosa (usufructo común) y en el otro el *tantundem* (usufructo de cosas consumibles)⁴⁵⁶.

En conclusión, observamos que la caución fue el origen de la teoría que configura la transmisión de la propiedad al usufructuario, pero dada su evolución de elemento estructural a accesorio y el acercamiento del *quasi-usufructo* al usufructo, no se puede alegar el precedente romano como apoyo de la argumentación de que hay transmisión en el caso de someter una cosa consumible a usufructo. Es así porque la situación actualmente es distinta a la del Derecho romano: la caución ya no tiene el sentido y justificación que en aquella época tenía⁴⁵⁷.

1.1.2.2. "Aestimatio facit venditionem": la estimación como motivo de transmisión

Como tendremos oportunidad de ver, la estimación adquiere una mayor relevancia en la restitución de los bienes, sin embargo, en el presente epígrafe procederemos al estudio de la estimación centrándonos en su incidencia en la transmisión de la propiedad.

El art. 482 Cc, al igual que los correlativos preceptos en el Code francés (art. 587) o Codice italiano (art. 995), señala que el usufructuario puede servirse de las cosas consumibles "con la obligación de pagar el importe de su avalúo al terminar el usufructo, si se hubiesen dado estimadas". Se ha considerado que en el

⁴⁵⁶ BARBERO, *L'usufrutto...*, op. cit., pág. 70. Debemos recordar que el autor considera que el usufructo de cosas consumibles no es un usufructo o una prolongación de éste, sino que se trata de una categoría autónoma.

⁴⁵⁷ JORDANO BAREA, "El cuasi-usufructo...", loc. cit., pág. 1010, nota 85.

supuesto de existir estima, y en virtud de ella, se transmite la propiedad al usufructuario *venditionis causa*.

El hecho de evaluarse los bienes en el acto constitutivo del usufructo significaría la entrada en vigor de la máxima *aestimatio facit venditionem*⁴⁵⁸. La voluntad del nudo propietario, al procederse a la estimación, sería la de determinar con antelación la cantidad en dinero que en un momento posterior entregaría el usufructuario. LAURENT considera que no tendría sentido que la estimación de las cosas consumibles en el acto constitutivo no equivaliera a venta, ya que no se restituye la misma cosa, sino otra equivalente. Para que la estimación tenga sentido, hay que considerarla una venta⁴⁵⁹.

Nos encontraríamos, pues, ante una venta⁴⁶⁰ y el usufructuario estaría en una posición parecida a la de un

⁴⁵⁸ BOILEUX, *Commentaire sur le Code...*, op. cit., pág. 408, considera que la ley no impone que la estimación esté en el inventario, "autrement, l'estimation vaudrait vente, en sorte que l'usufruitier, réputé acheteur de ces mêmes objets, serait tenu de restituer le prix porté dans l'inventaire"; DURANTON, *Cours de droit...*, op. cit., pág. 434, n. 1388 (577), opina que si las cosas se entregan con su estimación, "l'usufruitier est considéré comme acheteur de ces mêmes objets, parce que l'estimation qui en a été faite vaut vente"; y MASSÉ, G., *Droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil*, tome deuxième, Paris, 1861, pág. 548, n. 1409, que "[s]i l'estimation des choses a eu contradictoirement lieu à l'ouverture de l'usufruit, on doit suivre le principe que l'estimation vaut a vente, principe consacré par plusieurs dispositions du Code, soit en matière de dot, soit en matière de donations".

⁴⁵⁹ Ésta es la argumentación de LAURENT, *Principes de droit...*, op. cit., tome sixième, pág. 515, n. 408 (seguida en su integridad por VAN ARENBERGH, *Traité...*, op. cit., nos. 990 y 991, col. 295): "[i]l y a un vieil adage qui dit que l'estimation vaut vente, et cet adage est vrai dans tous les cas où celui qui livre les choses à une personne obligée de les rendre a intérêt à ce qu'on lui rende l'estimation. Or, telle est bien la position du propriétaire (...) On ne peut même donner une autre signification à l'estimation des choses consommables, quand elle se trouve dans l'acte constitutif de l'usufruit. Si elle ne vaut pas vente, elle n'a plus de sens, puisque ce n'est jamais la chose même qui est restituée: c'est toujours une autre chose; il est donc tout à fait inutile de l'estimer. Pour que l'estimation ait un sens, il faut la considérer comme une vente".

⁴⁶⁰ En Italia, entre la doctrina del Codice de 1865, BENZA, "Sul concetto...", loc. cit., pág. 380 y 381: "[m]ediante la stima invero, l'usufruttuario si rende compratore delle cose consumibili che sarebbero soggette al suo diritto di quasi usufrutto, e questo si trasporta sul prezzo (...) per quanto la legge non dica espressamente, come lo dice invece all'art. 1401 per la dote costituita in mobili

comprador con precio aplazado⁴⁶¹. La estimación convierte el usufructo en una venta -que es el título-, y a partir de ahí, la transmisión sería consecuencia de los principios rectores de una venta. Es decir, con la estimación de los bienes el usufructuario adquiriría la propiedad de las mismas, ya sea por el simple consenso -sistemas consensuales- o por la entrega -sistema del título y el modo-.

Sin embargo, otorgar a la estimación de las cosas consumibles el valor de venta es fácilmente objetable.

La argumentación de que la *aestimatio facit venditionem* se desvanece y pierde fuerza desde el momento que es posible que no exista estimación, tal como prevé la segunda parte del art. 482 Cc. Además, "a parte de que el artículo 482, por la manera como está redactado, no parece que pueda dar lugar a una interpretación semejante -desde el momento que se acepta como punto de partida del mismo el uso o disfrute por la consumición, de modo que el deber de pagar el importe de avalúo sólo surge dándose aquélla-, el principio *aestimatio facit venditionem* y la correspondiente presunción de venta chocan con el espíritu y con las disposiciones de nuestro Derecho. Sería hartamente forzado ver en la primera parte del artículo 482 una presunción, aunque fuera *iuris tantum*, de venta, por el simple hecho de preceder un avalúo de las cosas entregadas"⁴⁶². Por lo

stimati, che la stima ne produce la vendita, è evidente la identità del processo logico"; y entre la doctrina del Codice de 1942, CASATI, Ettore y RUSSO, Giacomo, *Manuale del diritto civile italiano*, Torino, 1950, pág. 348: "per le cose consumabili, l'usufrutto giuridicamente si resolve in una vendita per effetto della quale l'usufruttuario ne deviene proprietario". En Francia, MARCADÉ, *Explication théorique et pratique...*, op. cit., pág. 450, n. 466: "au lieu d'un simple démembrement de la propriété, vous me concédez la propriété même: c'est une alienation complète de la chose".

⁴⁶¹ PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, en notas a WOLFF, Martin, *Derecho de cosas*, en *Tratado...*, op. cit., pág. 114.

⁴⁶² JORDANO BAREA, "El cuasi-usufructo...", loc. cit., págs. 1013 y 1014. Matizan lo dicho en el texto, COLIN y CAPITANT, *Curso elemental...*, op. cit., tomo segundo, vol. II, pág. 333, quienes tras manifestar que la estimación convierte al *accipiens* en propietario de los objetos dados en usufructo, consideran que "[s]in embargo, sólo hay una presunción simple y no una presunción legal que se imponga a la interpretación del juez"; WEIL, Alex, *Droit civil (Les biens)*,

tanto, considerar que la estimación equivale a venta es ir demasiado lejos y presuponer mucho.

La estimación, en sí misma considerada, supone una valoración o valuación de las cosas. Su finalidad puede consistir, simplemente, en determinar el estado de los bienes señalando los datos cuantitativos y cualitativos que permitan su mayor determinación para una futura restitución, es decir, señalar el valor de las cosas que deberá restituirse si aquéllas han desaparecido⁴⁶³. Por lo tanto, la máxima *aestimatio facit venditionem* queda rasgada con esta evidente finalidad de la estimación.

Por otra parte, otro de los argumentos que apoyan la tesis de que la estimación no equivale a una venta, nos lo proporciona la derogada regulación de la dote. El art. 1346 Cc consideraba que "[s]erá inestimada, si la mujer conserva el dominio de los bienes, hayáanse o no evaluado, quedando obligado el marido a restituir los mismos bienes". Por lo tanto, cabe la posibilidad de haberse evaluado los bienes y no transmitirse la propiedad. En este caso, el marido gozaba del usufructo y administración de los bienes (antiguo art. 1357 Cc) con la obligación de restituir los mismos bienes si aún existían sin haberlos consumido o

Paris, 1974, pág. 481, n. 558: "[m]ais une telle clause [refiriéndose a que la estimación equivale a venta] ne constitue qu'une présomption de l'homme qui ne s'impose nullement au juge, et celui-ci pourrait considérer que sans autres circonstances ou stipulations, l'estimation ne suffit pas à transformer l'usufruit en quasi-usufruit"; en el mismo sentido, MARTY-RAYNAUD, *Droit civil (les biens)*, op. cit., pág. 140.

⁴⁶³ Esta finalidad que puede atribuirse a la estimación ha sido puesto de manifiesto, entre muchos otros por BELUCHE RINCÓN, *La relación obligatoria...*, op. cit., pág. 28: "la estimación no tiene otra finalidad que determinar el montante que deberá ser pagado, si la cosa se pierde o deteriora, pero en ningún caso atribuye la propiedad. (...) La regla *aestimatio venditio est* no tiene valor de principio. La transmisión de la propiedad al usufructuario no tendrá lugar si no es a través de un acuerdo entre las partes". Entre la doctrina extranjera, sirva como ejemplo HUC, *Commentaire théorique & pratique...*, op. cit., tome quatrième, pág. 231, n. 183, quien en sede de un usufructo de un fondo de comercio, considera que si la estimación "a porté sur les marchandises seulement, elle n'aura produit d'autre effet que celui de fixer la valeur des marchandises comprises dans le fonds, et, par suite, de déterminer l'étendue de la restitution que devra faire l'usufruitier", y si la estimación se realiza sobre todo el fondo comercial "même dans cette hypothèse", por lo que "il semble manifeste que l'estimation ne doit pas être considérée comme opérant vente au profit de l'usufruitier".

enejenado, o aquéllos que los hubieran sustituido (antiguo art. 1372 Cc)⁴⁶⁴.

Para deducir de la estima una transmisión de la propiedad, será necesario observar su naturaleza jurídica para ver si la estima es un hecho jurídico, un acto jurídico o un negocio jurídico y determinar, así, si la ley le reconoce el efecto correspondiente a la naturaleza de hecho, acto o negocio jurídico⁴⁶⁵. Como sabemos, los actos jurídicos son hechos voluntarios con eficacia jurídica. Esta eficacia jurídica puede producirse *ex voluntate* (negocio jurídico) o *ex lege* (actos jurídicos en sentido estricto).

Será necesario examinar el art. 482 Cc que prevé la estimación, para determinar si conlleva la transmisión de la propiedad. Lo único que nos dice el art. 482 Cc es que si se ha procedido a realizar la estima de los bienes, al finalizar el usufructo, el usufructuario estará obligado a "pagar el importe de su avalúo", pero en ningún momento afirma el precepto que la estimación sea transmisiva del dominio. La transmisión de la propiedad no es, por lo tanto, un efecto jurídico de la estima como acto jurídico, puesto que la ley no se lo otorga. La relevancia e importancia que le da el art. 482 Cc a la estimación es sólo a efectos de restitución. Su finalidad es garantizar el derecho del nudo propietario en el momento de la extinción, asegurándose así, el alcance de su derecho a la restitución en relación al valor de los bienes.

En cuanto a la estimación como negocio jurídico, los efectos se producen *ex voluntate*; por lo tanto, en este caso la estimación producirá la transmisión de la propiedad si es ésta la intención de las partes. Así pues, la transmisión no procedería de la estimación en sí misma, sino de la voluntad de las partes; declaración de voluntad

⁴⁶⁴ Así lo ha expuesto agudamente JORDANO BAREA, "El cuasi-usufructo...", *loc. cit.*, pág. 1014, quien añade que "sólo faltando *in corpore* es cuando restituirá el importe de la estimación (...), y tal vez, aun mediando ésta, podrá devolver el *tantundem*".

⁴⁶⁵ BARBERO, *L'usufrutto...*, *op. cit.*, págs. 71 ss.

que no precisa ser expresa, sino que es suficiente si se deduce de una forma clara y sin dudas de actos concluyentes. De lo contrario no se producirá la transmisión⁴⁶⁶.

La estimación de los bienes consumibles regulada en el art. 482 Cc, por sí misma, no produce la transmisión de la propiedad, únicamente puede ser la voluntad de las partes la que conceda a ésta, el efecto transmisivo. En semejante caso, ya no nos hallaríamos ante un usufructo de cosas consumibles y la trascendencia que habría de darse a la estimación en estos casos es la de crear una compraventa con precio aplazado donde la estimación sería la determinación del precio.

1.1.3. Momento de la transmisión

Hasta el momento hemos puesto de relieve la teoría mayoritariamente aceptada de la necesidad de transmitir la propiedad al usufructuario. Independientemente de la necesidad o no de justificar tal transmisión con mecanismos como la caución o la estimación de los bienes, ahora corresponde abordar el instante o las circunstancias que provocan la transmisión.

El estudio de los momentos en que se transmite la propiedad nos acerca a los sistemas transmisivos existentes, como, por ejemplo, la *traditio* o la constitución del usufructo; o a circunstancias más concretas y específicas como es el momento del consumo, de la desindividualización de los bienes, etc. Se observa un abanico de posibilidades muy amplio por parte de la doctrina, considerándolas cruciales para hacerse efectiva la transmisión.

⁴⁶⁶ BARBERO, *L'usufrutto...*, op. cit., pág. 72. Esta necesidad de atender a la voluntad de las partes ha sido expuesta también por BAUDRY-LACANTINERIE, CHAUVEAU, *Traité théorique et pratique...*, op. cit., pág. 378, n. 580; MAZEAUD et MAZEAUD, *Leçons...*, op. cit., pág. 1281, n. 1663.

1.1.3.1. El acto constitutivo del usufructo

Hay un sector doctrinal que considera que el momento en el cual se transmite la propiedad del objeto es al constituirse el usufructo, por lo tanto, con el título constitutivo⁴⁶⁷.

Se afirma al respecto que si la naturaleza o destino de la cosa no permiten separar el usufructo de la nuda propiedad, en el instante mismo en que por ley, negocio o acto jurídico se constituye el derecho de usufructo es cuando se transmite la propiedad al usufructuario⁴⁶⁸.

NICOLÒ, uno de los principales defensores de esta tesis, manifiesta que la transmisión tiene lugar según los

⁴⁶⁷ MAIANSIUS, *Disputationes iuris...*, op. cit., n. 28, pág. 317, manifiesta que "in quasi usufructus, cuius constitutio est titulus transferendi dominii".

⁴⁶⁸ VENEZIAN, *Usufructo...*, op. cit., II, pág. 256. Aunque el mismo autor en la pág. 75 y 76, nota 1, del mismo tomo II, manifiesta que "al nacer el usufructo, lo que se adquiere es el derecho real, no la propiedad de las cosas consumibles, que requiere la previa toma de posesión por el usufructuario; y es evidente que el propietario no da propiedad de dichos bienes cuando empieza por exigir su colocación, por lo cual no adquiere el usufructuario la propiedad de ellos". Esta contradicción fue puesta de manifiesto y criticada por BARBERO, "Il quasi-usufrutto...", loc. cit., pág. 218, nota 2, y en *Usufrutto...*, op. cit., pág. 74, nota 30. Sin embargo, JORDANO BAREA, "El cuasi-usufructo...", loc. cit., págs. 986 y 987, intenta salvar la contradicción basándose en el sistema transmisivo consensual que rige en Italia y que iremos viendo a lo largo del presente epígrafe, manifestando que si VENEZIAN se refiere a la tradición como momento transmisivo, es a título excepcional para dos casos concretos de legados (de cosa ajena y de cosa genérica).

En el mismo sentido se expresa PUGLIESE, *Usufrutto...*, op. cit., pág. 658, n. 155, pero a título de excepción, es decir, "[s]olo quando l'usufruttuario sia dispensato da questi obblighi [se refiere a las obligaciones de prestar fianza y hacer inventario, que veremos posteriormente], l'acquisto della proprietà risale direttamente all'atto costitutivo", manifestando en la nota 4 que es también ésta la postura de VENEZIAN, II, pág. 289; sin embargo, con anterioridad, en el comentario que realiza a la voz "Usufrutto (diritto vigente)", en *Novis. Dig. It.*, op. cit., pág. 349, n. 10, también se contradice, criticando incluso la teoría de VENEZIAN, puesto que manifiesta que "egli acquista la proprietà delle cose consumabili o immediatamente o, almeno, quando ne consegue il possesso", continuando en la nota 2 que "non sembra nemmeno accettabile la tesi sostenuta dal VENEZIAN, secondo cui l'usufruttuario acquisterebbe la proprietà nel momento stesso in cui l'usufrutto viene costituito indipendentemente dal sapere se in quel momento gli spetti o invece (per effetto dell'art. 1001, ult. comma, C. Civ.) non gli spetti il diritto al possesso", postura de VENEZIAN que, a pesar de criticarla, seguirá posteriormente (obra citada).

principios generales que rigen la transmisión de la propiedad. En este caso, y según el Derecho italiano, por efecto del acuerdo de la voluntad de las partes, si se trata de constituciones *inter vivos*, o por efecto de la muerte del *de cuius*, si se trata de constituciones *mortis causa*⁴⁶⁹.

Hay que destacar que los defensores de esta postura son, básicamente, autores franceses, italianos y alemanes, y lo son porque encuentran encaje para explicar la transmisión de la propiedad en los principios que inspiran sus respectivos ordenamientos. Entonces la explicación para adoptar el momento constitutivo como decisivo en la transmisión de la propiedad nos la proporciona, precisamente, el concreto sistema transmisivo adoptado por los ordenamientos jurídicos. Por lo tanto, será preciso hacer una pequeña referencia a dichos sistemas.

Por una parte, destaca el sistema transmisivo abstracto alemán, donde el contrato no tiene fuerza transmisiva⁴⁷⁰, y por otra parte, los demás sistemas causales, en los que el contrato sí tiene fuerza

⁴⁶⁹ NICOLÒ, comentario al art. 185 (*cose consumabili*), en *Codice civile...*, *op. cit.*, pág. 637. El autor niega que la transmisión se produzca "al momento in cui l'usufruttuario consegue il possesso" o "nel momento in cui si verifica di fatto la confusione nel patrimonio dell'usufruttuario" y considera, además, que "l'effetto attributivo della proprietà è quindi in tale ipotesi un effetto legale della costituzione di usufrutto che si produce indipendentemente da un atto di volontà delle parti e senza bisogno di un loro specifico intento in quelle direzioni", sin embargo, debemos advertir la ley en ningún momento afirma que hay transmisión de la propiedad. En el mismo sentido, BARASSI, *I diritti reali...*, *op. cit.*, pág. 210: "la costituzione del quasi usufrutto rappresenta, implicitamente, la rinuncia alla proprietà per parte del concedente"; PUGLIATTI, voce "Cose (teoria generale)", *ED, op. cit.*, págs. 74 y 75: "il diritto dell'usufruttuario è un vero diritto di proprietà (sostanziale), che si acquista al momento della costituzione dell'usufrutto (e non al momento della consumazione)". En Francia, JOUBERT, "Deux notions du droit des biens...", *loc. cit.*, pág. 83: "le contrat porte sur l'usage de la chose, ce qui emporte forcément transfert de propriété, puisque le titulaire du *ius utendi* a le *ius abutendi*".

⁴⁷⁰ CASTRO Y BRAVO, Federico de, *El negocio jurídico*, Madrid, 1967, analiza los motivos que condujeron a Alemania a adoptar el sistema abstracto manifestando sus resultados injustos, tildándolo de "invento" alemán (pág. 294, § 359, pág. 296, § 362); valga para todos en la actualidad Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I (Introducción. Teoría del contrato), cuarta edición, Madrid, 1993, págs. 230 ss., III, págs. 770 y 771.

transmisiva. Dentro de estos últimos sistemas causales, se diferencian el sistema de contrato obligatorio con efecto transmisivo inmediato -sistema que rige en los ordenamientos francés e italiano, y excepcionalmente en el ordenamiento español y francés precodicial en los casos de tradición ficticia y de compraventa sobre un derecho no real o real no poseible- y el sistema de contrato obligatorio con efecto transmisivo diferido -sistema que rige en el ordenamiento español y excepcionalmente en los ordenamientos francés y italiano-⁴⁷¹.

En Alemania la adquisición de la propiedad se desvincula del título contractual y se produce por un negocio dispositivo (*Einigung*) posterior al contrato, que es abstracto, puesto que no exige para su validez la existencia de una *causa obligandi*, pero sí exige un *animus transferendi et acquirendi* y un poder de disposición o legitimación para disponer⁴⁷².

El § 1067 BGB se aleja de este sistema puesto que el *animus transferendi et acquirendi* al constituirse el usufructo no es precisamente transmitir la propiedad, sino atribuir el goce de la cosa. Sin embargo, es la ley la que expresamente atribuye la transmisión de la propiedad al usufructuario, pues considera que es suficiente que la cosa sea objetivamente consumible⁴⁷³. Y es al constituirse el usufructo cuando se considera transmitida la propiedad⁴⁷⁴.

⁴⁷¹ RUBIO GARRIDO, *Contrato de compraventa...*, op. cit., pág. 124, añadiendo en la pág. 125 que "[e]n realidad, yendo más allá de las simples etiquetas conceptualistas y extremas (la propiedad se transmite en este o en aquel momento), y teniendo presente el funcionamiento real de los ordenamientos, las diferencias entre ellos [refiriéndose al sistema transmisivo abstracto y los sistemas causalistas] no son abismales"; PANTALEÓN PRIETO, Fernando, "Cesión de créditos", *ADC*, 1988-IV, págs. 1034 a 1036

Para un estudio más profundo de los sistemas transmisivos consensuales francés e italiano, sirva para todos, CUENA CASAS, *La función del poder de disposición...*, op. cit., págs. 89 ss y 130 ss. respectivamente.

⁴⁷² RUBIO GARRIDO, *Contrato de compraventa...*, op. cit., págs. 107 y 108; CUENA CASAS, *Función del poder de disposición*, op. cit., págs. 201 ss.

⁴⁷³ En este sentido en los *Motive zu dem Entwurfe...*, op. cit., pág. 534, n. 3, se manifiesta que "[d]ie Rechtsnorm über den

En los ordenamientos francés e italiano el sistema transmisivo de la propiedad es el del contrato obligatorio con efecto transmisivo inmediato⁴⁷⁵. La propiedad se

Eigentumserwerb des Niebbrauchers ist dispositiver Natur und ergänzt den rechtsgeschäftlichen auf die Begründung des Niebbrauches gerichteten Willen", diciendo posteriormente que "[d]ie Aufnahme einer dispositiven Rechtsvorschrift und nicht einer bloßen Auslegungsregel wird durch das praktische Bedürfnis erfordert, welches verlangt, daß die objektive Eigenschaft der Verbrauchbarkeit der Sache auch in Fällen entscheide, in denen diese Eigenschaft den Vertragsschließenden nicht zum Bewußtsein gekommen ist und deshalb nicht auf den Willen derselben bestimmend eingewirkt haben kann".

⁴⁷⁴ Los comentaristas al § 1067 BGB son unánimes en esto; así, *Planck's Kommentar...*, op. cit., Dritter Band, pág. 662: "[d]er Niebraucher wird durch die Bestellung des Niebbrauchs an einer verbrauchbaren Sache Eigentümer der Sache. Dazu ist nicht notwendig, daß der Wille auf Übertragung des Eigentums gerichtet ist. Es genügt vielmehr, sofern die Sache objektiv eine verbrauchbare"; SPRENG, Karl, en *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, III Band (Sachenrecht), 2. Teil, Berlin, 1963, pág. 1163, expresa que el usufructuario es propietario "und zwar unmittelbar durch die Bestellung des Niebbrauchs. Nicht notwendig ist, daß der Wille auf Übertragung des Eigentums gerichtet ist"; BAUR, en *Bürgerliches Gesetzbuch...*, op. cit., pág. 559: "[d]er Niebraucher erlangt Eigentum an den Sachen mit der Bestellung", añadiendo posteriormente que "[f]ür der Eigentumsübergang ist die objektive Eigenschaft der Verbrauchbarkeit der Sachen maßgebend, ohne daß es auf den Willen dabei ankommt"; PETZOLDT, en *Münchener Kommentar...*, op. cit., pág. 1414, n. 2, manifiesta que se adquiere la propiedad por fuerza de la ley "mit der Bestellung des Niebbrauchs (...). Auf den Willen der Beteiligten darüber, daß das Eigentum übergehe, kommt es nicht an"; MILCHALSKI, en *ERMAN, Handkommentar...*, op. cit., 2. Band, Münster, 1993, pág. 301: "[d]er Niebraucher wird mit der Bestellung Eigentümer nicht erst mit der Verfügung, ohne Rücksicht darauf, ob er sie später tatsächlich verbraucht"; BASSENGE, Peter, en *PALANDT, Bürgerliches...*, op. cit., 54., neubearbeitete Auflage, München, 1995, pág. 1215: "[a]n verbrauchbaren Sachen erlangt der Niebraucher das Eigentum mit der Bestellung".

⁴⁷⁵ En el ordenamiento jurídico francés, el art. 1138 del Code expresa que "[l]'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes", y análogamente se declara en los arts. 711, 938 y 1583 del Code. En el ordenamiento jurídico italiano, el art. 1376 del Codice manifiesta que "[n]ei contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata, la costituzione o il trasferimento di un diritto reale ovvero il trasferimento di un altro diritto, la proprietà o il diritto si trasmettono e si acquistano per effetto del consenso delle parti legittimamente manifestato"; o en el caso de cosas determinadas sólo en el género, el art. 1378 del Codice afirma que "[n]ei contratti che hanno per oggetto il trasferimento di cose determinate solo nel genere, la proprietà si trasmette con l'individuazione fatta d'accordo tra le parti nei modi da essi stabiliti"; y el art. 649-2 del Codice considera que "[q]uando oggetto del legato è la proprietà di una cosa determinata o altro diritto appartenente al testatore, la proprietà o il diritto si trasmette dal testatore al legatario al momento della morte del testatore". Respecto a la transmisión consensual, véase por todos DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, op. cit., III, págs. 769 y 770.

transfiere o el derecho real se constituye solamente en virtud del contrato o de la disposición testamentaria tras la muerte del *de cuius*, y es por ello que se hace coincidir la transmisión de la propiedad al usufructuario de cosas consumibles con el acto constitutivo del usufructo⁴⁷⁶.

En el sistema consensual franco-italiano no se observa un lapso temporal entre el momento de la perfección del contrato transmisivo y aquel que debería ser de cumplimiento de la obligación que de él derivara⁴⁷⁷.

El consentimiento es elemento de perfección de los contratos en un doble sentido: desde el punto de vista obligacional, las partes quedan obligadas por el solo consentimiento, y desde el punto de vista de la eficacia real de los contratos, es el consentimiento el que permite que los contratos transmitan esos derechos reales. Este sistema consensual no niega la necesidad de entrega o tradición, pero ésta desempeña un papel muy diferente a la del Derecho romano, ya que la tradición es un acto de cumplimiento del contrato. En la transmisión consensual la entrega es necesaria para que aquél que ya es propietario adquiera la posesión de la cosa.

Así pues, puede ser comprensible -posteriormente veremos dónde radica el error de la argumentación- que en estos ordenamientos jurídicos se considere que con la

morte del testatore". Respecto a la transmisión consensual, véase por todos DíEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, op. cit., III, págs. 769 y 770.

⁴⁷⁶ El autor que más se ha centrado en el estudio, haciendo especial hincapié en el principio de la transmisión de la propiedad nudo consensu ha sido el belga VAN ARENBERGH, *Traité...*, n. 954 ss, col. 284 ss., manifestando que en el usufructo de cosas consumibles no individualizadas, "la propriété n'en sera transférée que du moment où cette somme sera individualisée. Elle le sera ordinairement par la tradition" (columna 284, n. 955); si las cosas están individualizadas, "la propriété en est transférée immédiatement" (columna 285, n. 957); "[l]'usufruitier acquiert son droit d'usufruit, établi par convention ou par testament, par la force seule du contrat ou de l'acte de dernière volonté" (columna 285, n. 958).

Hay que indicar que es escasa la doctrina francesa que al estudiar el usufructo de cosas consumibles hace un especial análisis de la transmisión de la propiedad, dedicando más esfuerzo al estudio de la restitución que al hecho de la transmisión.

⁴⁷⁷ RUBIO GARRIDO, *Contrato de compraventa...*, op. cit., pág. 128, aunque pone de manifiesto que incluso de estos contratos al contado se derivan obligaciones.

perfección del título constitutivo se transmite la propiedad del objeto sometido a usufructo.

Sin embargo, nuestro sistema transmisivo, el de contrato obligatorio con efecto transmisivo diferido - sistema del Derecho romano y que estudiaremos con más detalle posteriormente⁴⁷⁸-, no permite considerar como momento transmisivo de la propiedad el de la constitución, puesto que el art. 609 Cc, donde encuentra fundamento la teoría del título y el modo, en relación a la adquisición contractual, exige para que se transmita la propiedad la existencia del contrato y de la tradición -ya sea real, simbólica o ficticia-⁴⁷⁹. Por lo tanto, siguiendo nuestro sistema transmisivo, como norma general, el usufructuario adquiriría la propiedad de las cosas consumibles por la tradición⁴⁸⁰, que será objeto de estudio con posterioridad.

Enunciados los sistemas transmisivos de la propiedad, observamos que el nuestro no puede considerar el título constitutivo del usufructo como transmisivo del dominio. Pero el problema es que los sistemas consensuales -el sistema alemán al reconocer la transmisión *ex lege* no plantea dudas- tampoco pueden referirse al título

⁴⁷⁸ No obstante, VILA RIBAS, Carmen, *El pago de lo indebido y la transmisión de la propiedad*, Barcelona, 1989, pág. 117, considera que el art. 609 Cc no recoge el sistema de transmisión por tradición del Derecho romano.

⁴⁷⁹ Así lo reconoce también la doctrina jurisprudencial, expresiva de que en el sistema de Cc, la transmisión de la propiedad y demás derechos reales tiene lugar por la conjunción de un título, que puede ser contractual, y de un modo, la tradición. Véanse entre muchas otras, la STS de 17 de septiembre de 1996 (RA 6723); STS de 20 de febrero de 1995 (RA 1694); STS de 1 y 9 de marzo de 1994 (RA 1637 y 2205); STSJ de Cataluña de 17 de abril de 1996 (RA 6253).

A pesar de ello, hay que hacer ciertas precisiones al art. 609 Cc, puesto que la teoría del título y el modo en la adquisición de derechos reales (sólo los de contenido posesorio) se circunscribe a la adquisición que se produce por vía contractual y además, no todo contrato es apto para ser considerado como título. No hay que olvidar, que existen ciertos supuestos en que se admite el principio del consensualismo -aunque hay que advertir que, algunos de ellos, se trata de preceptos que son transcripción literal del anteproyecto de 1882 donde se recogía el sistema consensual-, por ejemplo, los arts. 1462 y 1463 Cc.

⁴⁸⁰ Sin embargo, hay que tener presente los arts. 881, 882, 884 y 885 Cc para los casos de legados; JORDANO BAREA, "El cuasi-usufructo...", *loc. cit.*, pág. 987.

constitutivo como decisivo⁴⁸¹, ya que ni la ley ni la voluntad de las partes en el título constitutivo de usufructo no persiguen transferir la propiedad de las cosas, sino entregarlas en goce.

Y piénsese que en Italia, por ejemplo, los artículos relativos a la transmisión de la propiedad (arts 1376, 1378 del Codice civile) empiezan diciendo que "nei contratti che hanno per oggetto il trasferimento de la proprietà"; por lo tanto, la voluntad de las partes ha de dirigirse a esa transmisión si pretenden que el contrato transmita la propiedad, cosa que no ocurre en el usufructo de cosas consumibles, puesto que lo que se pretende es ceder el goce de la cosa como usufructo que es.

Asimismo, cuando se afirma que es el título el que legitima para consumir la cosa por parte del usufructuario⁴⁸², se atribuye al título una función que no cumple, puesto que la consumición se establece como facultad legal merced el art. 482 Cc en nuestro derecho, el art. 995 del Codice italiano, o el art. 587 del Code.

Además, ya vimos en capítulos anteriores que el usufructo de cosas consumibles no es frecuente que se constituya de forma específica y autónoma, sino que suele constituirse un único título de usufructo para un complejo de cosas, entre las cuales suelen hallarse cosas consumibles. Este título no es transmisivo, puesto que las partes no disponen de un *animus transferendi*, es decir, de la voluntad concorde de transmitir y adquirir la propiedad, sino que lo que se pretende es entregar las cosas en goce. Asimismo, es imposible que el título sea transmisivo para

⁴⁸¹ PALERMO, *Usufrutto...*, op. cit., pág. 157, afirma que "[n]on è giustificato argomentare soltanto dal fatto che nel momento risolutivo le cose consumabili sono in genere consumate e certo uscite dal patrimonio dal proprietario per concludere che il trapasso di proprietà si verifici sin dal momento di costituzione dell'usufructo, che non è traslativo di proprietà".

⁴⁸² PUGLIATTI, voce "cose (teoria generale)", *ED*, op. cit., págs. 74 y 75, afirma que la constitución del usufructo "costituisce il titolo che legitima la consumazione della cosa de parte dell'usufruttuario".

las cosas consumibles y no lo sea para las restantes cosas⁴⁸³.

Si se constituyera un usufructo de cosas consumibles de forma autónoma tampoco habría transmisión, puesto que cuando se atribuye en usufructo se entregan para que se disfruten, no para que se adquieran, y tanto el art. 587 del Code como el art. 995 del Codice conceden el derecho de "s'en servir" o "servirsene", no la propiedad.

Si la voluntad del legislador no es transmitir la propiedad al usufructuario -nuestro art. 482 Cc tampoco se la atribuye-, no debemos otorgársela nosotros, y menos cuando ésto supone romper los principios que rigen la transmisión del dominio.

1.1.3.2. La tradición

La tradición se observa como otro de los momentos a partir del cual se estima transmitida la propiedad de las cosas consumibles al usufructuario, lo que supone adaptarse al sistema transmisivo del título y el modo, sistema imperante en nuestro ordenamiento, así como en el Derecho romano⁴⁸⁴.

⁴⁸³ CICU, *L'usufrutto...*, op. cit., pág. 188; BARBERO, "Il quasi-usufrutto...", loc. cit., pág. 214; CICU, Antonio, y BASSANELLI, Enrico, *Corso di diritto agrario*, Milano, 1940, págs. 185 y 186; BARBERO, *L'usufrutto...*, op. cit., pág. 65 y 66; PUGLIESE, *Usufrutto...*, op. cit., pág. 657, n. 155.

⁴⁸⁴ Centrar la atención en la tradición lo defienden la mayoría de autores romanistas del siglo XIX que estudiaron en particular el usufructo de las cosas consumibles. Así, destacan HELD, *Die Lehre vom Ususfructus earum rerum...*, op. cit., § 6, pág. 27: "[d]er Quasi-usufructuar erhält durch die tradition der ihm zum Niebbrauche bestellten Sache nicht blobe Detention, sondern wirkliches Eigentum" (en el mismo sentido se expresa en § 7, págs. 34 y 35, al establecer las semejanzas entre éste usufructo y el préstamo); LAHOVARI, *De Usufructu...*, op. cit., § 19, pág. 56, al describir las semejanzas entre el préstamo y el usufructo de cosas consumibles, dice que "quamquam in utroque id commune est, quod traditione proprietatis acquiratur rei"; FRANK, *Ueber den uneigentlichen...*, op. cit., § 5, págs. 24 y 27, al exponer la constitución del usufructo impropio, cuando se constituye por disposición testamentaria considera que "[e]s ist hierbei bestritten, ob das Legat, welches den Quasiusufruct an einer individuell bestimmten eigenen Sache des Testators bestrift, unmittelbar Eigentumsübergang erzeuge oder ob es dem Legatar nur

En el Derecho romano, la tradición era un modo derivativo de adquisición y transmisión del dominio⁴⁸⁵, era el método más utilizado para transmitir la propiedad junto a la *mancipatio* y la *in iure cessio*. Sin embargo, para que tuviera efecto era necesaria la existencia de la *iusta causa traditionis* que justificara el desplazamiento.

En nuestro Derecho esa exigencia perdura, pues el art. 609-2 Cc afirma que "[l]a propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la ley, por donación, por sucesión testada e intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición". Si bien según la doctrina que comentamos, el usufructuario de cosas consumibles adquiriría la propiedad por la tradición, sin embargo, observando el art. 609 Cc y el sistema adquisitivo imperante en nuestro Derecho, nos percatamos que llegar a esta conclusión puede resultar algo precipitada y errónea.

Para que exista una verdadera transmisión del dominio no basta con la entrega (*traditio*), sino que se precisa de un contrato (acto constitutivo de la obligación de dar). BELTRÁN DE HEREDIA afirma que "[e]l acto de tradición está,

unmittelbar Eigentumsübergang erzeuge oder ob es dem Legatar nur einen persönlichen Anspruch gegen den Erben gewähren, so dass das Eigentum erst Tradition seitens des Letzteren erworben würde", y cuando se constituye por contrato, "[e]s genügt bei der Bestellung natürlich nicht der formlose Vertrag, um das Eigentum übergehen zu lassen, sondern es muss die Tradition der Gegenstände hinzukommen". Ya en el siglo XX, en Italia, GROSSO, "Sul quasi usufrutto", *loc. cit.*, pág. 243, n. 3, señala que "dalle fonti risulta in modo non equivoco che, qualunque fosse la forma del legato, l'effetto non si verificava direttamente, il legatario, cioè, non acquistava direttamente la proprietà in base al legato, ma occorre la *traditio*"; BIGLIAZZI, *L'Usufrutto, appunti...*, *op. cit.*, pág. 293, afirma que "il trasferimento della proprietà al quasi-usufruttuario non coincida (almeno di regola) con lo scambio dei consensi, bensì -se non con l'effettiva presa dei possesso- con il compimento dell'inventario o con la prestazione delle garanzie". Entre nosotros, ALBALADEJO, *Derecho civil...*, *op. cit.*, III, vol. segundo, pág. 71, considera que "[e]l cuasiusufructuario adquiere la propiedad de la cosa mediante la entrega, y desde ese momento, contrae la obligación de devolución" (hemos de destacar que el autor no habla de "tradición" sino de "entrega", términos equiparables en los contratos transmisivos pero no en los demás casos).

⁴⁸⁵ OURLIAC, y MALAFOSSE, *Derecho romano y francés histórico*, *op. cit.*, Tomo II, págs. 514 ss.; JÖRS-KUNKEL, *Derecho privado...*, *op. cit.*, pág. 180; Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, *op. cit.*, III, págs. 764 ss.

cumplimiento de la obligación "en sí", sino en cuanto es un complemento de la obligación contractual de dar, que supone y lleva consigo una transferencia de la propiedad. La tradición, en sí misma considerada, es, en nuestro sistema legislativo, un puro hecho que no sirve para transferir si no existe el vínculo obligatorio anterior (contrato) que legaliza y justifica la entrega"⁴⁸⁶. Sin dicho contrato, pues, la tradición simplemente transmite la posesión. Aunque exista un *animus de tradens y accipiens* en la entrega, si falta un título antecedente hábil a la transmisión, aquél no tiene relevancia transmisiva de la propiedad⁴⁸⁷.

⁴⁸⁶ BELTRÁN DE HEREDIA, *El cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1956, pág. 177.

VILA RIBAS, *El pago de lo indebido...*, op. cit., pág. 111, nos define la tradición como "una institución que viene definida por su eficacia en el terreno posesorio. La tradición, transmite siempre la posesión, y sólo cuando va precedida de "ciertos contratos" puede producir, o coadyuva en la producción, el efecto transmisor de derechos reales"; DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, op. cit., III, págs. 773 ss.: "[l]a tradición consiste, según viene diciendo la doctrina, en un acto extraordinariamente simple y sencillo: es la entrega de la cosa transmitida hecha por el transmitente al adquirente o la entrega de la cosa sobre la cual se constituye un derecho real hecha por el constituyente al adquirente de dicho derecho"; en el mismo sentido, MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis, *Pago y transmisión de propiedad (el artículo 1.160 del Código civil)*, Madrid, 1990, 28, que añade que "[e]sta operación tan sencilla se complica, sin embargo, en una cierta medida tan pronto como tratamos de observar la estructura y el funcionamiento de este mecanismo jurídico de transmisión de dominio"; pero sin olvidar, tal como manifiesta RUBIO GARRIDO *Contrato de compraventa...*, op. cit., pág. 169, que "[e]l hecho de que la entrega tenga a veces valor traditorio, es decir, que sea *modus adquirendi* (...), no altera su naturaleza, puesto que, como hemos demostrado, el ser considerado (el contrato, la entrega) por la ley como un elemento integrante de una *fattispecie* transmisiva, es siempre un *quid externum* a su esencia, un *plus* a lo que es *per se*".

La doctrina jurisprudencial también se ha encargado en reiteradas ocasiones de definir la tradición; así, a título de ejemplo, en la STS de 18 de septiembre de 1996 (RA 6725) se afirma que "[l]a propiedad no se adquirirá más que cuando la cosa sea entregada, cuando se efectúe la tradición para ello (arts. 609 y 1095 CC)", "tradición es la entrega y recepción de un objeto con el ánimo de transmitir y adquirir, respectivamente, su propiedad (tratándose del contrato de compraventa)".

⁴⁸⁷ RUBIO GARRIDO, *Contrato de compraventa...*, op. cit., pág. 164; MORALES MORENO, Antonio Manuel, *Posesión y usucapión*, Madrid, 1972, pág. 222, considera que "no deben separarse, como negocios independientes, la entrega y el contrato que la precede, porque en aquél sólo se contiene, en germen, el propósito de resultado que buscan las partes. La entrega debe, pues, integrarse como hecho o acto posterior a la declaración o acuerdo negocial, en un único negocio con

El título desempeña tres funciones: en primer lugar, determina el derecho real que se transmite o constituye y es una función desarrollada por el acuerdo negocial; en segundo lugar, el título proporciona la causa de la tradición, pero no constituye la causa de la tradición, puesto que el contrato determina el nacimiento de una obligación, y es el cumplimiento de esa obligación lo que constituye la causa de la tradición⁴⁸⁸; y en tercer lugar, el título legitima la transmisión real que se produce como consecuencia del traspaso posesorio.

El elemento que sirve para determinar la aptitud o inaptitud de un determinado contrato en aras a la transmisión será la causa específica del contrato⁴⁸⁹. Para que la tradición sea eficaz, se exige también una causa que

buscan las partes. La entrega debe, pues, integrarse como hecho o acto posterior a la declaración o acuerdo negocial, en un único negocio con ésta, pues a través de ella (art. 609) es como se logra el resultado apetecido por las partes", añadiendo en la pág. 223 que "la entrega, no debe considerarse aisladamente, sino como complemento del contrato obligacional, para la consecución del fin que en él esbozan las partes".

⁴⁸⁸ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, op. cit., I, pág. 232, manifiesta que "[c]ausa de la atribución es para nosotros aquella situación jurídica que autoriza, de conformidad con el ordenamiento jurídico, al atributivo para recibir el desplazamiento patrimonial. En otras palabras, el atributivo está jurídicamente facultado para recibir la atribución. Tiene derecho a ello".

Sin embargo, como afirma VILA RIBAS, *El pago de lo indebido...*, op. cit., págs. 154 y 155, hay que destacar que "'título" y "causa" resultan ser dos expresiones utilizables de manera indistinta, cuando van referidas a la tradición (...) [l]o cual no significa que ambos términos tengan un mismo significado" puesto que la palabra "título" tiene varias acepciones; sin embargo, una de esas acepciones coincide con la de "causa", precisamente en sede de tradición.

El Cc no regula la causa de la entrega, pero sí la *causa obligationis* a la que el Código vincula la entrega: art. 460-2 Cc, 1095 Cc, art. 1895 cc, entre otros; RUBIO GARRIDO, *Contrato de compraventa...*, op. cit., págs. 166 ss., acaba afirmando que "no se puede considerar la entrega un justo título para ciertos modos de adquisición a título originario. Una cosa en ellos será la entrega, requerida como modo de transmisión posesoria, y otra el justo título, que será el negocio causal sobre la que aquella se apoyó (o creyó apoyarse) (venta, donación, etc...)".

⁴⁸⁹ GETE-ALONSO y CALERA, *Estructura y función...*, op. cit., pág. 541; la autora distingue la causa genérica del contrato, es decir, el ser este oneroso o gratuito, y la causa típica que es la concreción o especificación de la causa genérica, producida a través de la conjunción de los distintos elementos que entran a formar parte del mismo.

la fundamente, es decir, un concepto en virtud del cual se realice la tradición⁴⁹⁰.

⁴⁹⁰ Como pone de manifiesto ALONSO PÉREZ, "La propiedad...", *Encuentro interdisciplinar...*, loc. cit., "el Código civil se inspira en la *iusta causa traditionis* precedente ("*sive venditiones causa, sive ex donationibus sive alia causa*", a que se refieren los textos clásicos de Gayo 2, 20; o de Ulpiano en D. 12, 1, 18 pr., o el famosísimo atribuido a Paulo, conservado en D. 41, 1, 31). El Código ha recibido la influencia de la tradición causalista, patente en Las Partidas (3, 28, 46), o en los teólogos de la Escuela de Salamanca: Domingo se Soto nos dirá que el título es la base del *dominium*, la raíz de la cual éste brota, *titulus basis dominii est seu radix ex qua pullulat* (*De Iustitia et Iure*, Liv. IV, q. 1, a. 1)".

El tema de la causa no es pacífico en la doctrina. Hay que aclarar que la causa del contrato y de la atribución patrimonial no son lo mismo, así, CASANOVAS MUSSONS, Anna, *La relación obligatoria de fianza*, Barcelona, 1984, pág. 57, afirma que la causa en sentido jurídico, es "el requisito legal que fundamenta los efectos jurídicos voluntarios configurados por las partes de un negocio. De ahí que la causa tenga propiamente su sede en el contrato (arts. 1261-3, y 1274: causa de la obligación contractual) y en la tradición (arts. 609 y 1901: causa de la atribución patrimonial)". BADOSA COLL, "La intercesión de la mujer casada catalana a favor de su marido. Comentario al art. 322 de la Compilación", en *Estudios jurídicos sobre la mujer catalana*, Barcelona, 1971, pág. 252, nota 5, señala que "causa o causas de la obligación son las del art. 1274 Cc, y causas de la atribución, las del art. 1901. Su función consistiría en fundamentar efectos jurídicos: nacimiento de las obligaciones o legitimación (y por tanto subsistencia) del desplazamiento patrimonial, respectivamente. En cambio, la causa del negocio tendría como utilidad específica la de determinar la aplicación de las normas que le fueran inherentes (vgr. las de evicción, inoficiosidad, etc.) en los concretos negocios en que se hallaran".

Como afirma DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, op. cit., III, págs. 765 y 766: "[l]a polémica existe en lo que se refiere a la justa causa de la tradición, que aparece exigida por algunos textos. (...) Sin embargo, qué debe entenderse por justa causa de la tradición es algo que no resulta en absoluto pacífico. Para unos, la justa causa es un negocio jurídico antecedente, de carácter obligatorio, que sirve de fundamento a la transmisión del dominio, de manera que la transmisión del dominio esté siempre indisolublemente vinculada a ese negocio antecedente (p. ej. venta, dación en pago). Para otros en cambio, la *traditio* se desvincula del negocio jurídico obligatorio. El que traspasa la posesión con ánimo de transmitir la propiedad, transmite ésta aunque el negocio fuera irregular o inválido. La causa de la *traditio* es pura y simplemente la voluntad de ambas partes de transmitir y adquirir el dominio". Véanse las págs. 788 a 798 donde el autor expone las diferentes posiciones doctrinales en torno a lo que supone la causa de la tradición.

Si nos preguntamos cuáles son las *iustas causas traditionis* debemos acudir, por lo tanto, al art. 1901 Cc -a parte del art. 1274 Cc-, el cual no las enumera pero menciona varias causas, la *solvendi* de forma implícita y la *donandi* de forma explícita, y añade al final del precepto "otras justas causas". Estas causas justas del art. 1901 Cc recogerían las causas de derecho real existentes en Derecho romano: la causa *dotis* (excluida en el Cc desde la reforma de 1981, al derogarse el art. 1381 Cc, y también en Cataluña cuando se apruebe el Proyecto de Código de familia, puesto que está previsto la eliminación de la regulación de la dote), causa *emendi*, y la causa *credendi*.

Así pues, retomando nuestro tema, la tradición que transmite la propiedad al usufructuario de cosas consumibles deberá ir precedida de un *titulus acquirendi*, siempre que sea de naturaleza transmisiva. Y resulta que quienes defienden que en el usufructo de cosas consumibles la transmisión de la propiedad se produce con la tradición, dan por supuesto que se produce una verdadera transmisión de la propiedad porque hay título para ello: consideran que el título es apto, pero dada la vigencia de la teoría del título y el modo es necesaria la entrega para esa transmisión.

Aquí está, precisamente, el fallo de la teoría que considera la tradición de una cosa consumible como transmisiva de la propiedad: el título existe, pero no es un título apto para transmitir la propiedad, ya que el usufructo no es traslativo de dominio. El nudo propietario entrega la cosa *utendi fruendi causa* y el animus del usufructuario no es adquirir la propiedad, sino de gozar el bien⁴⁹¹. Por lo tanto, la entrega será meramente a efectos posesorios y de disfrute.

Además, el carácter general del art. 1901 Cc permitiría incluir en "causa justa" algún otro supuesto con tradición de bienes con el fin de transmitir la propiedad, como es el supuesto de la causa fiducia; ahora bien, esto no supone que rija el principio de *numerus apertus*, puesto que en última instancia pueden acotarse el número de contratos con eficacia transmisiva (Cfr. VILA RIBAS, *El pago de lo indebido...*, op. cit., págs. 151 ss). Se excluiría la "causa torpe" recogida en el art. 1306 Cc, es decir, la tradición para pagar un delito, puesto que no es una causa justa.

VILA RIBAS, *El pago de lo indebido...*, op. cit., pág. 221, concluye que "las causas de la tradición, formando dos grupos heterogéneos, pueden reconducirse a tres: el contrato apto para transmitir ("ciertos contratos" según la dicción del segundo párrafo del artículo 609 CC), la causa *donandi* (segundo párrafo del artículo 632 CC), y la causa *solutionis* (artículo 1895 y 1842 CC), a la que puede reconducirse la causa del legado (artículo 861). Estas esencialmente, reiteramos, son las distintas causas de la tradición que nuestro texto legal civil codificado recoge con mayor o menor nitidez".

⁴⁹¹ JORDANO BAREA, "El cuasi-usufructo...", loc. cit., pág. 988; RIVERO HERNÁNDEZ, en LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos...*, op. cit., III, vol. segundo, pág. 77, afirma que "la propiedad de las cosas consumibles no pasa inmediatamente al cuasiusufructuario porque el acto de constitución de usufructo y la entrega de tales cosas por este concepto no es título suficiente para que se transfiera la propiedad de las mismas. Para llegar a la conclusión contraria sería preciso un precepto, que apartándose de la regla general, lo estableciera expresamente, y esta precepto no es el art. 482".

Es habitual que en un complejo de bienes que forman el usufructo puedan hallarse cosas consumibles; el título constitutivo de este usufructo no especifica el régimen particular en orden a las diversas especies de cosas, sino que todas quedan sometidas bajo un mismo concepto, el de usufructo, con la finalidad de disfrutarlas tal como dispone el art. 467 Cc. Por lo tanto, si el título no es translativo respecto un tipo de cosas, tampoco lo será respecto las consumibles⁴⁹².

Lo mismo debemos decir si el usufructo se constituye solamente sobre cosas consumibles, puesto que, como usufructo, se entregan las cosas para gozarse, independientemente de lo que ocurra posteriormente con la cosa, es decir, de que acabe destruyéndose. Si lo que se pretende es transmitir la propiedad, no hay que acudir a la constitución de un usufructo, puesto que no es apto para ello, sino constituir un negocio apto para transmitir el dominio.

Por lo tanto, podemos concluir que la sola tradición en nuestro ordenamiento no es apta para transmitir la propiedad de las cosas consumibles al usufructuario ni ninguna otra propiedad de bienes; y no lo es, precisamente, por carecer de título que permita la transmisión, ya que el usufructo constituido mediante ley o contrato no es en ningún caso un negocio transmisivo. Así pues, la conclusión es la misma que en el caso de que se defienda la transmisión de la propiedad a través del título

Es la misma conclusión a la que llegábamos en el epígrafe anterior relativo al título constitutivo. Aunque el sistema consensual y el nuestro son distintos, ya dijimos que las diferencias entre ellos no son tan dispares. En los dos casos es el título constitutivo el que no permite la transmisión de la propiedad puesto que no se trata de un acto transmisivo sea cual sea el sistema que adoptemos.

⁴⁹² BARBERO, "Il quasi-usufrutto...", *loc. cit.*, pág. 214, considera que es fácil convencerse que el "fatto costitutivo del quasi-usufrutto" no es un "fatto traslativo di proprietà" porque "in via normale il quasi-usufrutto non è oggetto di costituzione autonoma e specifica, ma, comme abbiamo già osservato, per lo più risulta costituito da un'unica disposizione fatta a titolo d'usufrutto d'un complesso di cose, di cui alcune, per la loro particolare natura, atteggiano il diritto a quasi-usufrutto, potendo essere oggetto di godimento, ma non propriamente a titolo d'usufrutto"; en *L'usufrutto...*, *op. cit.*, pág. 66, se manifiesta en idéntico sentido.

constitutivo, que es el propio título el que no ampara dicha transmisión.

1.1.3.3. La *desindividualización*

El acto constitutivo y la entrega no son los únicos momentos que la doctrina ha considerado relevantes para la transmisión de la propiedad. Se ha afirmado que ésta no puede considerarse, de ningún modo, un elemento inherente a la estructura del derecho de usufructo. Sin embargo, la transmisión podría tener lugar por circunstancias inherentes a la naturaleza del objeto. Es por ello que se desarrolló la tesis de la "desindividualización", defendida por primera vez por BARBERO, como momento en el cual puede producirse la transmisión de la propiedad al usufructuario de cosas consumibles⁴⁹³.

Considera que las cosas de utilidad simple son la mayoría de las veces cosas fungibles, *quae numero, pondere et mensura consistunt*, por lo que es preciso estar a la disciplina jurídica de tales bienes para proceder o no a la transmisión.

La desindividualización se produce tras la entrega y supone lo opuesto a la individualización. BARBERO acude a la disciplina de la compraventa y aplica, con un razonamiento inverso, el art. 1450 del Codice de 1865, según el cual cuando se venden cosas por peso, número o medida la venta produce el efecto real, es decir, la transmisión de la propiedad, en el momento que las cosas hayan sido pesadas, contadas o medidas.

Así pues, invirtiendo el razonamiento afirma que entregadas cosas fungibles -a la vez consumibles, deberíamos añadir nosotros- en usufructo, es decir, en un acto no idóneo para transmitir la propiedad y con la voluntad de reservarse tal propiedad, se considerarán sometidas a los principios que rigen el usufructo (no

⁴⁹³ BARBERO, "Il quasi-usufrutto...". *loc. cit.*, pág. 214; y *L'usufrutto...*, *op. cit.*, pág. 65.

transmisión, por lo tanto) hasta el instante que se hayan mezclado con otras cosas del mismo género pertenecientes al usufructuario, siendo imposible individualizarlas a no ser que se vuelvan a pesar, contar o medir, es decir, repetir las circunstancias que anteriormente las individualizaron. Si no se produce la mezcla, no hay transmisión de la propiedad, aunque sobrevenga posteriormente con su consumición.

Se pasa, pues, de una individualización al proceder a pesarlas, medirlas y contarlas, a una desindividualización con la confusión o mezcla. Con la desindividualización, sigue el autor, se produce la pérdida de la propiedad en el patrimonio en que ésta existía pero ya sin posesión, y la origina en aquel patrimonio en que la posesión existía independientemente de la propiedad. Es el acontecer de tales circunstancias lo que provoca la transmisión de la propiedad de aquellas cosas sólo recibidas en goce, independientemente de la estructura del derecho y de la naturaleza de su acto constitutivo. BARBERO considera que esta transmisión lo que conlleva es la desaparición de la relación de *quasi-usufructo*, subentrando en su lugar un vínculo de propiedad, restringido por un deber, del cual es correlativo un simple crédito a la restitución del *tantundem*⁴⁹⁴.

⁴⁹⁴ BARBERO, "Il quasi-usufrutto...", *loc. cit.*, págs. 217 ss. El autor añade que al desaparecer el *quasi usufructo* dejan de aplicarse las normas que rigen la institución del usufructo: el art. 497 del Codice de 1865, es decir, el deber de gozar de los bienes con la diligencia de un buen padre de familia, en garantía de la cual podía exigirse fianza, o el art. 498 del Codice de 1865, en virtud del cual, si no se ha prestado fianza cuando ésta era obligatoria, se podrán vender los alimentos, colocar el dinero en interés, etc. El autor, en su obra *L'usufrutto...*, *op. cit.*, pág. 73 y 74, vigente ya el Codice de 1942, sigue con la misma tesis. Toma en consideración las cosas consumibles y su pertenencia, por lo general, a las cosas genéricas, partiendo de la idea de que se puede ser acreedor de un *genus* y sólo propietario de la *species*, lo que explica el art. 1378 del Codice de 1942: "nei contratti che hanno per oggetto il trasferimento di cose determinate solo nel genere, la proprietà si trasmette colla loro individuazione", añadiendo que "mentre la *specificazione* o la *individualizzazione*, cioè il passaggio dal *genus* alla *species*, può essere determinante, con un titolo traslativo, del passaggio di proprietà, la *desindividualizzazione*, cioè il ritorno dalla *species* al *genus*, determina sempre, per forza di cose, il venir meno della proprietà in chi non sia nel tempo stesso proprietario del *genus* nel

Sin embargo, esta tesis ha de ser analizada de forma crítica para comprobar si puede ser válida en relación a nuestro Derecho.

En primer lugar, hay que ver si existe una norma equivalente al art. 1450 del Codice italiano de 1865 en nuestro Código civil, y hemos de advertir que no es así. Un efecto similar aparece en el art. 1452 Cc, pero ésta es una norma que se refiere al momento de transmisión del riesgo en la compraventa y no a la transmisión de la propiedad, que en nuestro Derecho tiene lugar por *traditio*⁴⁹⁵.

Además, aunque existiera tal norma, no hay que olvidar que la tesis de BARBERO se basa en la aplicación al usufructo de cosas consumibles de una interpretación a *sensu contrario* de un precepto referido a la compraventa. Y antes de hacer tal interpretación habría que admitir la

quale le species si sono confuse e, confondendosi, desindividualizzate".

Se unen a la tesis de BARBERO, entre otros, en España, RIVERO HERNÁNDEZ, en LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos...*, op. cit., III, vol. segundo, pág. 76; DíEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema...*, op. cit., vol. III, pág. 421, aunque no consideran que la confusión provoque la transmisión de la propiedad sino la pérdida de la misma. En Italia, entre la doctrina del Codice de 1942, DE MARTINO, Comentario al art. 995 del Codice, en *Commentario...*, op. cit., pág. 186, que considera "come causa immediata dell'acquisto il fatto di spendere le cose o togliere ad esse la loro individualità, mescolandose con altre cose proprie dell'usufruttuario e conseguentemente considera come momento dell'acquisto quello in cui tali fatti si verificano"; PALERMO, *Usufrutto...*, op. cit., págs. 157 y 158.

Exponen esta teoría de BARBERO, sin adherirse a ella, entre muchos otros, PESCATORE - ALBANO - GRECO, Comentario al art. 995 del Codice civile, en *Commentario...*, op. cit., pág. 141; PUGLIESE, *Usufrutto...*, op. cit., págs. 653 y 654, n. 154; BIGLIAZZI, *Usufrutto...*, op. cit., pág. 192, nota 49; CIAN, Giorgio, y TRABUCCHI, Alberto, comentario al art. 995 del Codice, en *Commentario breve al Codice civile*, Padova, 1984, pág. 627.

⁴⁹⁵ JORDANO BAREA, "El cuasi-usufructo...", loc. cit., págs. 1011 y 1012, nota 88, añade que "[l]a atribución del riesgo al comprador en el momento de la individualización de las cosas fungibles, objeto del contrato no quiere decir que aquél desde ese momento sea ya propietario porque, como es sabido, el mismo artículo -según la interpretación más correcta- en su primera parte imputa, como regla general, al comprador el riesgo por pérdida o deterioro debidos a caso fortuito, aun antes de que adquiriera la propiedad por *traditio* (...). Así pues, el simple hecho de contar, pesar o medir las cosas, decisivo para la imputación de riesgos, no transmite la propiedad si al mismo tiempo no se ponen en poder y posesión del comprador (art. 1.462-1º) o se realiza la entrega en cualquiera de las formas previstas por el Código (arts. 1.462-2º, y 1.463)".

aplicabilidad de dicho precepto dictado para la compraventa de bienes fungibles al usufructo de cosas consumibles, lo que sólo sería posible estableciendo una artificial analogía entre ambas figuras. En todo caso, de admitir esa aplicación, lo sería para todo usufructo de cosas fungibles, no sólo el usufructo de cosas consumibles.

Lo cierto es que la tesis que analizamos soslaya una vez más que el usufructo no es título apto para transmitir la propiedad, y la naturaleza de los bienes sobre los que recae no puede modificar su finalidad. A una solución diferente llegaríamos si existiera en sede de usufructo una regla similar al art. 1753 Cc en materia de préstamo, que declara que cuando éste consista en dinero u otra cosa fungible, el prestamista "adquiere la propiedad", al tiempo que le obliga a restituir al acreedor el *tantundem*.

Lo que se produce cuando se mezclan los objetos sometidos a usufructo con otros del mismo género pertenecientes al usufructuario es una confusión de bienes de distintos dueños, cuyo régimen aparece en los arts. 381 y 382 Cc, que en ningún caso establecen una pérdida del derecho de propiedad para el transmitente de los bienes, sino unas reglas para resolver el conflicto de manera que se garantice su derecho de propiedad, aunque no sea sobre la misma materia⁴⁹⁶. Así, si la mezcla se ha producido por voluntad de los dueños, por casualidad o por voluntad unilateral, pero con buena fe, "cada propietario adquirirá un derecho proporcional a la parte que le corresponda atendiendo al valor de las cosas mezcladas o confundidas" (arts. 381 y 382-1 Cc). En cambio, si la mezcla o confusión se hizo de mala fe, el art. 382-2 Cc prevé que quien la hizo "perderá la cosa de su pertenencia mezclada o confundida, además de quedar obligado a la indemnización de

⁴⁹⁶ Sin embargo, GETE-ALONSO y CALERA, *Estructura y función...*, op. cit., pág. 364, considera que "la confusión o integración de la cosa en el nuevo patrimonio da lugar, en primer término, a la pérdida del derecho de propiedad del *tradens*".

los perjuicios causados al dueño de la cosa con que hizo la mezcla⁴⁹⁷.

Por lo tanto, siguiendo las normas relativas a la mezcla⁴⁹⁸, el nudo propietario no perdería su derecho de propiedad, sino que éste recaería sobre una cuota parte correspondiente. Como pone de manifiesto ALONSO PÉREZ, "la mezcla como forma de comunidad convencional o incidental, no es un modo de adquirir ni de perder la propiedad -como la accesión-, sino mera continuación del primitivo dominio, modificado en su estructura y en su régimen a consecuencia de originarse una copropiedad, o una comunidad de derechos reales si las cosas mezcladas o confundidas se tenían en usufructo, uso, etc."⁴⁹⁹.

En estos casos no es posible reivindicar las cosas por parte del nudo propietario con la acción reivindicatoria, dada la pérdida de individualidad del objeto⁵⁰⁰, sino que se ejercitará la *actio communi dividundo* (art. 400 Cc) para poder, así, dividir la cosa común.

Así pues, en caso de no proceder a la separación, nos encontramos ante una comunidad de bienes de origen legal (art. 381 Cc)⁵⁰¹. Sin embargo, considerar que el dominio *pro*

⁴⁹⁷ Los arts. 381 y 382 Cc se han puesto en cuestión, calificándolos de absurdos por CARRASCO PERERA, "Restitución de provechos (y II)", ADC, 1988-I, págs. 76 ss, sobre todo por las consecuencias a que llevan cuando se trata de una mezcla de dinero.

⁴⁹⁸ Tanto el Codice civile de 1865 como el de 1942 contienen normas relativas a la mezcla: art. 471 del Codice de 1865 y art. 939-1 del Codice de 1942.

⁴⁹⁹ ALONSO PÉREZ, Comentarios a los artículos 381 y 382 Cc, en *Comentarios al Código civil...*, op. cit., tomo V, vol. 1º, Jaén 1980, pág. 328. JORDANO BAREA, "El cuasi usufructo...", loc. cit., págs. 1012 y 1013, manifiesta que "[e]sta modificación no significa en modo alguno la pérdida del originario derecho de propiedad y la adquisición de un nuevo derecho de propiedad *pro indiviso*".

⁵⁰⁰ ALBALADEJO, *Derecho civil...*, op. cit., III, vol. primero, octava edición, Barcelona, 1994, pág. 361.

⁵⁰¹ En este sentido, RIVERO HERNÁNDEZ, en LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos...*, op. cit., III, vol. primero, tercera edición, Barcelona, 1990, pág. 176, afirma que "[s]e constituye, así, un condominio sobre una masa que es nueva, pues aunque resultado de la mezcla de cosas anteriormente existentes con individualidad y dueño propio, esa individualidad se ha perdido y el antiguo dominio se ha transformado

indiviso es continuación del anterior derecho de cada propietario o negarlo, depende de la teoría que se adopte acerca de la naturaleza jurídica de la comunidad de bienes⁵⁰².

Por lo tanto, la teoría de la "desindividualización" de BARBERO queda desvirtuada con la aplicación de las normas relativas a la mezcla de cosas muebles.

Puede hacerse otra objeción a la teoría de la "desindividualización", y es la de su limitado ámbito, pues sólo es aplicable al caso de los bienes consumibles que sean fungibles y siempre que se mezclen con otros del mismo género en poder del usufructuario. Lo cierto es que no toda cosa consumible es fungible. Entonces, ¿qué pasaría con las cosas consumibles no fungibles? En estos supuestos no se produciría la "desindividualización", el objeto sometido a usufructo estaría individualizado, por lo que no procedería la adquisición de la propiedad. Sin embargo, el autor salva este problema admitiendo que en el caso de no proceder la

en otro, que recae sobre una materia distinta y tiene como titulares conjuntos a los aportantes de las cosas mezcladas"; de modo semejante se manifiesta DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, op. cit., III, págs. 282 ss; LASARTE, *Principios...*, op. cit., tomo cuarto, primera parte, pág. 141; CARRASCO PERERA, *Derecho civil...*, op. cit., pág. 293, que tras criticar lo absurdo de los arts. 381 y 382, afirma que lo cierto es lo siguiente: "el que posee el compuesto resultante podrá ser, si no hay acuerdo, demandado por el otro en reivindicación; como las cosas originarias de cada uno no serán normalmente identificables, el demandado cumplirá con entregar una porción de ellas, proporcional a la aportación de cada cual. Si son identificables yo no habré perdido mi propiedad, aunque la posesión del conjunto la tenga otro, y deberá restituir lo que nunca llegó a ser suyo, ni aun por la cuota. Es decir, sólo hay comunidad en los casos de no identificabilidad, y entonces el sentido de la norma está en que el actor dispone, en lugar de un simple crédito para la entrega de otro tanto equivalente a lo que perdió, de un derecho de copropiedad sobre la masa mezclada que posee el demandado".

⁵⁰² En torno a la naturaleza jurídica de la comunidad de bienes se han desarrollado un conjunto de teorías al igual que en torno de los efectos de la partición de la misma (Cfr. BELTRÁN DE HEREDIA, *La comunidad de bienes en el Derecho español*, Madrid, 1954. Es por ello que JORDANO BAREA, "El cuasi usufructo...", loc. cit., pág. 1013, se decanta por considerar que "así como la división de la cosa común no origina un nuevo derecho sobre la parte material adjudicada, sino que éste es continuación del anterior derecho a una cuota ideal (...) cabe sostener *mutatis mutandis* lo mismo en caso contrario: es decir, que el dominio *pro indiviso* sobre una determinada cantidad de bienes fungibles, mezclados o confundidos, es continuación del anterior derecho que cada propietario tenía sobre la misma cantidad de cosas fungibles de la misma especie y calidad, individualizadas".

"desindividualización", la transmisión de la propiedad tiene lugar por el consumo del bien.

1.1.3.4. Momento del cumplimiento de las obligaciones del usufructuario: el inventario y la garantía

Otro de los momentos que se consideran significativos para la transmisión de la propiedad es al constituirse el inventario y prestarse caución, postura defendida por PUGLIESE. Opina este autor que la adquisición de la propiedad por parte del usufructuario es una consecuencia necesaria, no sólo eventual, del usufructo de cosas consumibles. El acto constitutivo de usufructo, por sí solo, no es suficiente para conceder la facultad de consumir -elemento integrante de la propiedad- al usufructuario de cosas consumibles. Para ello es necesario que el usufructuario cumpla su obligación de hacer inventario y prestar caución, puesto que si no cumple estas obligaciones y además no ha sido dispensado de ello, no puede conseguir la posesión (art. 1002-4 Codice italiano⁵⁰³); y, por lo tanto, no puede usar directamente la cosa consumiéndola, de modo, que no podrá ser considerado propietario.

Se basa este autor en las medidas que pueden tomarse en caso de que el usufructuario no preste caución (a no ser que se le haya dispensado de ello) dispuestas en el art. 1003 del Codice⁵⁰⁴. Señala que estas medidas no implican

⁵⁰³ El art. 982 del Codice civile italiano expresa que "[l]'usufruttuario ha diritto di conseguire il possesso della cosa di qui ha l'usufrutto, salvo quanto è disposto dall'articolo 1002", y es el art. 1002-4 del Codice civile el que dice que "[l]'usufruttuario non può conseguire il possesso dei beni prima di avere adempiuto agli obblighi su indicati".

⁵⁰⁴ Art. 1003 apartados tercero, cuarto y quinto del Codice civile italiano (análogo al art. 494 Cc): "il danaro è collocato a interesse; i titoli al portatore si convertono in nominativi a favore del proprietario con il vincolo dell'usufrutto, ovvero si depositano presso una terza persona, scelta dalle parti, o presso un istituto di credito, la cui designazione, in caso di dissenso, è fatta dall'autorità giudiziaria; le derrate sono vendute e il loro prezzo è parimenti collocato a interesse".

solamente una transformación del objeto de usufructo, sino que suponen también que el usufructuario aún no ha adquirido la propiedad, pues sería absurdo pensar que la ley atribuye sin más la propiedad al usufructuario, para someterlo inmediatamente después a la "expropiación". Además, si el usufructuario adquiriera inmediatamente la propiedad podría frustrar las expectativas del nudo propietario, si aquél decidiera enajenar la cosa a un tercero, pues no estaría sujeto a "expropiación", ni siquiera cuando aun no hubiera conseguido la posesión⁵⁰⁵.

Expuesta la teoría de PUGLIESE, vemos que parte, como todos los anteriores, de que para consumir hay que ser propietario, sin que baste con hallarse en posesión de los bienes. Sin embargo, hay que advertir que la posesión de las cosas consumibles permite al usufructuario el disfrute y el uso de los mismos, pero el consumo es consecuencia del hecho de usar y servirse de ellos.

Del art. 491 de nuestro Código civil se deduce que las obligaciones de prestar fianza y hacer inventario surgen una vez constituido el usufructo y previamente al ingreso en la posesión o "goce de los bienes"⁵⁰⁶. Sin embargo, no existe en nuestro Derecho un precepto como el 1002-4 del Codice civile italiano que le prohíba adquirir la posesión de las cosas si no cumple estas obligaciones, ni existe

⁵⁰⁵ Esta es la teoría de PUGLIESE defendida tanto en la voz "Usufrutto (Diritto vigente)", en *Novis. Dig. It., op. cit.*, pág. 349, n. 10, como en *Usufrutto..., op. cit.*, págs. 657 a 658, n. 155. Ya vimos al analizar el acto constitutivo del usufructo como momento transmisivo de la propiedad cómo el autor adoptaba posturas distintas respecto al momento de transmitir la propiedad al usufructuario en el caso de ser dispensado de prestar fianza y hacer inventario.

Siguen esta hipótesis PESCATORE - ALBANO - GRECO, *Comentario al art. 995 del Codice civile*, en *Commentario..., op. cit.*, pág. 142; BIGLIAZZI, *L'usufrutto..., op. cit.*, págs. 292 y 293; aunque en su obra posterior, *Usufrutto..., op. cit.*, pág. 192 considera que "si dovesse altresì ammettere che, come nel mutuo consensuale, anche in caso di quasi-usufrutto il passaggio della proprietà dei beni non coincida con la stipulazione del contratto, bensì con l'effettiva presa di possesso conseguente alla consegna".

Exponen esta teoría sin unirse a ella, PALERMO, *Usufrutto..., op. cit.*, págs. 157 y 158; CIAN y TRABUCCHI, *comentario al art. 995 del Codice civile*, en *Comentario breve..., op. cit.*, pág. 627.

⁵⁰⁶ RIVERO HERNÁNDEZ, en LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos..., op. cit.*, III, vol. segundo, pág. 22.

tampoco un artículo que le reconozca expresamente el derecho a la posesión, aunque en todo su articulado se parte de esta premisa.

Pero es que además, las obligaciones descritas, prestar fianza y hacer inventario, no tienen como finalidad atribuir la posesión al usufructuario, sino que se realizan en atención al derecho del nudo propietario de recuperar las cosas en su original forma y sustancia al finalizar el usufructo⁵⁰⁷. Por lo tanto, hemos de plantearnos una cuestión básica y preliminar antes de criticar la tesis de PUGLIESE: si las obligaciones del art. 491 Cc son aplicables al usufructo de cosas consumibles. Ya vimos al respecto, que estas obligaciones se aplican con relatividad; la única obligación que, en principio, sería aplicable a este usufructo es la de prestar fianza para asegurarse la restitución del equivalente. En general, se trata de medidas que tienen como fin principal salvaguardar el derecho del nudo propietario a la restitución de la misma cosa y cumplir el principio *salva rerum substantia*, no vigente, como sabemos, en el usufructo del art. 482 Cc.

Observamos, pues, que PUGLIESE se basa en unos preceptos o en el cumplimiento de unas obligaciones que adquieren un sentido peculiar en el usufructo de cosas consumibles.

Asimismo, el precepto equivalente al 1003 del Codice italiano, el art. 494 Cc, relativo a las medidas que se tomarán si el usufructuario no presta caución en los casos en que deba darla, dice que el propietario "podrá exigir", es decir, es una facultad que se le concede con carácter dispositivo, no imperativo como parece ser el artículo italiano ("[s]e l'usufruttuario non presta la garanzia a cui è tenuto, si osservano le disposizioni seguenti"). Pero el problema principal es que el art. 494 Cc, establece medidas para salvaguardar la restitución de los mismos bienes, no el equivalente, como es el caso del usufructo de

⁵⁰⁷ ALBALADEJO, *Derecho civil...*, op. cit., III, vol. segundo, pág. 28, se pregunta si la fianza y el inventario son obligaciones o son requisitos para obtener la posesión y se inclina por considerarlas obligaciones.



cosas consumibles, por lo que no es de aplicación al usufructo del art. 482 Cc.

Lo que es evidente es que el art. 494 Cc establece normas que demuestran que la propiedad sigue en poder del nudo propietario, de lo contrario, éste no estaría legitimado a proceder al sometimiento del bien objeto de usufructo al régimen jurídico descrito en el precepto⁵⁰⁸. Sin olvidar que ese régimen consiste en un conjunto de precauciones y garantías destinadas precisamente a salvaguardar los derechos del nudo propietario y no propiamente a "expropiar" o privar de tal derecho al usufructuario, el cual únicamente ve afectada su posesión.

La tesis de PUGLIESE de conceder la propiedad al usufructuario con la elaboración del inventario y la prestación de caución, ya que se trata de requisitos para acceder a la posesión de la cosa y es lo que permitirá consumirlas, se desvanece si se considera que se trata de unas obligaciones posibles de dispensa y de aplicación relativa en el usufructo de cosas consumibles.

1.1.3.5. La transformación

Se considera también como momento determinante de la adquisición de la propiedad el instante en que una cosa no consumible, originariamente susceptible de usufructo, se transforma en una cosa consumible; por ejemplo, el hecho de la muerte de un animal. Es en el momento de dicha

⁵⁰⁸ Un caso peculiar es el usufructo adquirido por usucapión, puesto que en este caso el usufructuario, que adquiere este derecho precisamente por venir gozando de los bienes como usufructuario aun sin serlo, comienza a gozarlos sin cumplir aquellas obligaciones. ALBALADEJO, *Derecho civil...*, op. cit., III, vol. segundo, pág. 25 y 26, considera que puede ocurrir que ya las hubiese cumplido antes de comenzar a gozarlos como usufructuario, pero si no lo hizo, cree que puede exigírsele que las cumpla después, cuando llega a usucapir el usufructo, ya que se trata de obligaciones que pretenden salvaguardar los derechos del nudo propietario.

transformación cuando se cambia la cualidad de usufructuario por la de propietario⁵⁰⁹.

La transformación es un elemento puntual y excepcional, ya que sólo tiene lugar si concurren las circunstancias idóneas para ese cambio, cosa que no ocurre con asiduidad.

Con relación a nuestro Derecho, más que considerar la transformación del objeto sometido a usufructo como momento determinante de la transmisión de la propiedad, deberíamos decir que si se produce tal evento, lo que sucede es una transformación de régimen del objeto, es decir, una mera conversión o un mero cambio de régimen jurídico (un *ius mutationis*), ya que pasa de ser un usufructo común a un usufructo de cosas consumibles, sometido, como tal, al régimen jurídico de éste (art. 482 Cc). Y hablamos de conversión o cambio porque el usufructo ya existía antes pues se había constituido desde el principio.

Por lo tanto, la transformación es doble, por una parte, del objeto, por otra parte, del usufructo, que de ser ordinario pasa a ser de cosas consumibles. En todo caso, si pretendieramos ser fieles a la transmisión de la propiedad, lo que supondría la transformación del objeto es que la adquisición de la propiedad por parte del usufructuario coincidiría con el momento de constituirse el derecho, es decir, el usufructo de cosas consumibles generado por la transformación del objeto.

⁵⁰⁹ VENEZIAN, *Usufrutto...*, op. cit., II, pág. 257. Añade este autor en la nota 1 que "[e]n cambio, la transformación de los bienes de utilidad simple en bienes de utilidad repetida no tiene importancia jurídica, porque sobre aquellos bienes no recae sino el derecho de propiedad del usufructuario, y su transformación no puede de ningún modo influir en la posición del anterior propietario, que tiene un simple derecho de crédito". También considera la transformación como momento en el cual se produce la transmisión de la propiedad, en las puertas del Codice de 1942, NICOLÒ, comentario al art. 185 (cose consumabili), *Codice civile...*, op. cit., pág. 638: "[i]l trasferimento di proprietà a favore dell'usufruttuario si può peraltro verificare anche in un momento successivo alla consegna quando la cosa data in usufrutto non era in origine consumabile ma lo è divenuta in seguito a una trasformazione (es. materiali ricavati da una costruzione destinata alla demolizione oppure perita per caso fortuito, parti costitutive di una cosa tolte da essa e sostituite ecc.). In tal caso il trasferimento si opera nel momento in cui, per effetto della trasformazione, viene a esistenza la cosa consumabile".

Así pues, parece que la transformación del objeto supondría que la adquisición de la propiedad por parte del usufructuario coincidiría con el momento de constituirse el derecho -el usufructo de cosas consumibles generado por la transformación del objeto-.

La doctrina alemana⁵¹⁰ es la que más ha defendido la teoría de la transformación como momento de transmisión, y se comprende esta postura si se tiene presente que este ordenamiento atribuye la propiedad al usufructuario por fuerza de la ley (§ 1067 BGB) por el mero hecho de tratarse de cosas consumibles; por lo tanto, desde el momento que la cosa se convierte en consumible, precisamente por serlo, se adquiere la propiedad. Sin embargo, en ordenamientos donde no existe una norma semejante, es más difícil defender la transmisión pues no se atribuye expresamente la propiedad al usufructuario de cosas consumibles.

1.1.3.6. El consumo como momento de transmisión de la propiedad

A lo largo de la exposición de los distintos momentos en que se considera transmitida la propiedad al usufructuario, observamos que hay una tendencia a considerar que la sola constitución del usufructo no basta para transmitir la propiedad, sino que es preciso buscar un hecho, una actuación, un acto por parte del usufructuario que sirva para justificar y a la vez demostrar el cambio en la titularidad de los bienes y la legitimación adquirida por el usufructuario para consumir. Y el momento final de este *iter* no parece ser otro que la ocasión en que el

⁵¹⁰ BAUR, Comentario al § 1067 BGB, en *Bürgerliches Gesetzbuch...*, op. cit., pág. 559, que considera que hay transmisión "später in dem Zeitpunkt, in dem die zunächst nichtverbrauchbaren Sachen verbrauchbare (§ 92) werden"; PETZOLDT, Comentario al § 1067 BGB, en *Münchener Kommentar...*, op. cit., pág. 1414, n. 2, que manifiesta que la adquisición de la propiedad se produce "bei Sachen, die erst später zu verbrauchbaren werden, mit diesen Zeitpunkt"; BASSENGE, Comentario al § 1067 BGB, en PALANDT, *Bürgerliches...*, op. cit., pág. 1215: "[w]ird die Sache später zu einer verbrauchbaren, mit Eintritt des Ereignisses" hay transmisión de la propiedad.

objeto del usufructo procede a consumirse, puesto que con ello, se produce la desaparición de tal objeto.

El jurista italiano que en tema de transmisión de la propiedad al usufructuario de cosas consumibles rompe en cierto modo con las concepciones clásicas y aborda desde otra perspectiva el tema en cuestión es Antonio CICU.

El autor manifiesta que dada la necesidad de transmitir la propiedad, ya que de lo contrario no es posible que el usufructuario se sirva de la cosa conforme a su destinación, es oportuno afirmar que el efecto transmisivo se verifica sólo cuando el usufructuario se sirve de la cosa. Así pues, el usufructuario es libre de poder conservar la cosa no consumiéndola y restituirla tal como le fue entregada al final del usufructo si no la ha usado⁵¹¹.

⁵¹¹ El autor se manifiesta en tal sentido, por primera vez, en sus Lecciones de Derecho civil de 1925, CICU, *Diritto civile...*, op. cit., pág. 188. En una de sus obras posteriores, CICU y BASSANELLI, *Corso di Diritto...*, op. cit., págs. 185 y 186, persiste en la misma idea.

A pesar de que CICU es el promotor de esta tesis, hay que advertir que BORSARI, Comentario al art. 483 del Codice de 1865, en *Commentario del Codice civile...*, op. cit., pág. 305, § 950, ya apuntó que "[l]'accettazione del legato non seguito dall'uso effettivo delle cose non basterebbe a trasferire in lui la proprietà e il pericolo".

Se adhieren a esta tesis, entre la doctrina del Codice civile de 1942, DE MARTINO, Comentario al art. 995 del Codice, en *Comentario...*, op. cit., pág. 187: "[l]'esercizio del potere di disposizione determina il trasferimento della proprietà nel quasi usufruttuario, il quale appunto si appropria della cosa, precisamente nell'atto in cui la consuma, sia godendola direttamente, sia alienandola"; MESSINEO, *Manual de Derecho...*, op. cit., pág. 474: "[p]or efecto del cuasi-usufructo, el usufructuario adquiere la propiedad de la cosa, pero solamente por efecto y en el momento de la consumación"; PALERMO, *Usufrutto...*, op. cit., págs. 157 y 158, se une a la teoría de Barbero (desindividualización) y Cicu (transmisión al servirse de la cosa): "le cose date in usufrutto, consumabili o non, se non sono date con stima, sono date in godimento, restando in proprietà (nuda) del datore fin quando esistono in individuo e restano individualizzate".

Y en nuestra doctrina, RIVERO HERNÁNDEZ, en LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos...*, op. cit., III, vol. segundo, pág. 76: "el usufructuario no adquiere inmediatamente la propiedad de las cosas consumibles que recibe, sobre las que sólo tiene un derecho real limitado, pues nada se opone a que las tenga en calidad de usufructuario, hasta el momento de la consumición o la pérdida de individualidad de las cosas"; CARRASCO PERERA, *Derecho civil...*, op. cit., pág. 275: "[l]a propiedad de los bienes la adquiere el usufructuario en este caso con el consumo, no con la simple entrega hecha por el propietario".

Exponen esta postura sin unirse expresamente a ella, PERLINGIERI, Pietro, Comentario al art. 995 del Codice civile, en *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Libro

El retraso de la transmisión de la propiedad al momento de la consumición lo fundamenta en el hecho de que "l'art. 483 [artículo del Codice de 1865 regulador del usufructo de cosas consumibles] non dica che all'usufruttuario passi la proprietà, sibbene che egli abbia il diritto di servirsi della cosa"⁵¹².

Así pues, no se admite que el usufructuario haga suyos los bienes consumibles desde el inicio del usufructo, sin embargo, se considera necesario efectuar la transmisión, puesto que se precisa para que pueda disfrutar de los bienes consumibles como lo haría el dueño.

Si hasta el momento de la consumición no hay transmisión, es compatible, pues, el usufructo de cosas consumibles con el dominio del nudo propietario. Lo que es incompatible, según JORDANO BAREA, es el ejercicio del usufructo con la subsistencia del dominio por parte del nudo propietario. Lo que ocurre, continua el autor, es que allí donde termina la propiedad del nudo propietario, acaba también el propio disfrute, y esto sucede con la consumición del objeto. Sin embargo, añade que la no subsistencia de la propiedad después del goce es una consecuencia impuesta por la naturaleza del objeto -el ser consumible-⁵¹³. Esta visión se analizará más adelante.

En el fondo, el problema es concederle al usufructuario de bienes consumibles la necesaria legitimación para realizar algo que en principio sólo corresponde al propietario, como es el consumir los bienes. Pero para concedérsela no es necesario utilizar el recurso de convertir al usufructuario en propietario modificando el propio derecho, pues es la propia ley la que le concede esa legitimación al permitir la constitución de este usufructo en el art. 482 Cc, y esa ya es bastante.

Además, consumo y desaparición de la cosa se producen en el mismo momento. Hasta dicho momento el tradens sigue

terzo, Torino, 1980, pág. 293; CIAN y TRABUCCHI, Comentario al art. 995 del Codice civile, en *Comentario breve...*, op. cit., pág. 627.

⁵¹² CICU y BASSANELLI, *Corso di diritto...*, op. cit., pág. 185.

⁵¹³ JORDANO BAREA, "El cuasi-usufructo...", loc. cit., pág. 994.

siendo propietario de la cosa que se va a consumir y el *adquirens* no llegará a serlo nunca porque la cosa ya ha dejado de existir⁵¹⁴. Entonces, ¿para qué sirve esa transmisión? Únicamente para permitir al usufructuario consumir, pero como veremos, para eso no es necesario transmitir.

1.2. Crítica a la teoría expuesta

1.2.1. Planteamiento general

Hasta este momento hemos realizado una exposición de la teoría partidaria de la necesidad de transmitir la propiedad para consumir el bien, realizando un *excursus* por los distintos momentos que la doctrina considera idóneos para transmitir la propiedad de las cosas consumibles sometidas a usufructo. El común denominador de todas las tesis es la necesidad de transmisión del dominio. Sin embargo, es preciso cuestionarse el fundamento de esa necesidad, si realmente es precisa tal transmisión y si es justificable en nuestro derecho.

Como afirma GETE-ALONSO, "cuando nos enfrentamos ante el estudio de la división de las cosas en fungibles-no fungibles, consumibles-no consumibles, se observan una serie de caracteres y efectos constantes derivados de su propia naturaleza, que hacen pensar en la existencia de una regulación particular y propia que acompaña a cada uno de estos conceptos"⁵¹⁵. Debemos proceder ahora a examinar si la transmisión de la propiedad forma parte de esos caracteres y efectos constantes.

El usufructuario de cosas consumibles lo único que hace es ejercer una facultad que le otorga el derecho de

⁵¹⁴ GETE-ALONSO y CALERA, *Estructura y función...*, op. cit., pág. 362.

⁵¹⁵ GETE-ALONSO y CALERA, *Estructura y función...*, op. cit., pág. 358.

usufructo: gozar los bienes. El problema es que su uso supone la desaparición del mismo, pero el usufructuario no adquiere nada, puesto que ya no hay objeto.

Se quiere justificar la desaparición del objeto a partir de haber ejercitado sobre él un derecho derivado del dominio, cuando en realidad lo único que hace el usufructuario es ejercitar un derecho idóneo según el esquema del usufructo: usar el objeto. Lo que ocurre es que para usarlo y percibir una utilidad hay que hacerlo desaparecer, efecto que no resulta directamente del derecho de usufructo, sino del objeto en sí. Pero como pone de manifiesto CARRASCO PERERA, el consumo no es un título de propiedad⁵¹⁶.

Con la defensa de la transmisión de la propiedad lo que se hace es unir un principio a un resultado. Es decir debido a la desaparición del bien -resultado-, se crea el principio de que el usufructuario es propietario, puesto que el único que puede hacer desaparecer un bien es el propietario. Sin embargo, iguales resultados no suponen necesariamente iguales principios, ya que la desaparición del bien -resultado- puede ser consecuencia de un acto de propietario o de usufructuario ejerciendo su facultad de goce, como seguidamente expondremos. En realidad, la respuesta está en el objeto en sí mismo considerado.

Además, el art. 482 Cc no establece que el usufructuario adquiere la propiedad de las cosas consumibles, como hace el legislador en otras ocasiones, por ejemplo en el caso del mutuo (art. 1753 Cc)⁵¹⁷. Simplemente le concede el derecho de "servirse" de ellas, al igual que hace con las cosas deteriorables. Por lo tanto, no debemos extraer conclusiones tan trascendentes como la transmisión de la propiedad si el mismo texto legal no lo hace. Además, tampoco podemos alegar que se trate de

⁵¹⁶ CARRASCO PERERA, "Restitución de provechos (y II)", *loc. cit.*, pág. 80.

⁵¹⁷ DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema...*, *op. cit.*, vol. III, pág. 421. Lo mismo sucede en el Derecho italiano, CICU, *L'usufrutto...*, *op. cit.*, pág. 188.

un olvido del legislador, puesto que hemos tenido ocasión de ver que los precedentes legales tampoco recogen de modo expreso dicha transmisión. Asimismo, se trata de un efecto jurídico suficientemente importante como para que el legislador lo hubiera tenido en cuenta.

1.2.2. El derecho real y el usufructo de cosas consumibles

Antes de realizar un estudio más detallado de los motivos por los cuales no hay transmisión de la propiedad, puede ser relevante preguntarnos si con el usufructo de cosas consumibles estamos o no ante un derecho real en cosa ajena.

Los autores que defienden la adquisición de la propiedad por parte del usufructuario de cosas consumibles para poder ejercer su derecho de goce, suelen afirmar que el usufructo de cosas consumibles no es un *ius in re aliena*⁵¹⁸. Son partidarios de la teoría que ve en los derechos reales de disfrute sobre cosa ajena un derecho que tiene como contenido una parte de la propiedad o una de las facultades que integran la propiedad y que se transmite, en este caso, al usufructuario. En el usufructo de cosas consumibles no sería suficiente la cesión de la facultad de disfrute (*ius utendi fruendi*), sino que se precisaría del

⁵¹⁸ Así, por ejemplo, en Alemania, HELD, *Die Lehre vom Ususfructus earum rerum...*, op. cit., pág. 26, § 6: "Der quasi-Ususfructus ist kein *ius in re aliena*, wie der eigentliche Nießbrauch, sondern ein durch die usufructuarische Caution geschütztes, im Uebrigen dem wahren Nießbrauche möglichst nachgebildetes Obligationsverhältniß". En Italia, PAMPALONI, "Il concetto classico dell'usufrutto", *BIDR*, 1910, págs. 116 y 117: "il quasi usufrutto non è un *ius in re*"; SIMONCELLI, *Istituzioni...*, op. cit., pág. 193, quien al exponer el art. 483 del Codice de 1865 afirma que "[q]ui a rigore non avremmo un *ius in re aliena*, ma un rapporto complesso costituito da un trapaso di proprietà e da una obbligazione di restituire in natura o in denaro la cosa ricevuta"; MAROI, voz "consumabili (cose)", *Nuov. Dig. It., op. cit.*, pág. 1023: "l'usufruttuario più che titolare di un *ius in re aliena*, è un proprietario a tempo il quale ha di fronte a sè un creditore della restituzione del *tantundem* o dell'equivalente in denaro".

ius abutendi, es decir, la propiedad misma, por lo que ya no podría hablarse de derecho real en cosa ajena⁵¹⁹.

Sin embargo, hay quien afirma que en el usufructo de cosas consumibles hay un derecho real de goce en que la facultad del titular es ampliada hasta comprender un poder de disposición, lo que no es incompatible con la estructura del derecho real⁵²⁰. En el usufructo de cosas consumibles, por lo tanto, no habría una transmisión de la propiedad (el usufructuario no sería propietario), pero, puesto que puede consumir, no tendría las facultades mínimas de todo usufructuario, sino que tendría algo más. El ámbito de sus facultades sería más amplio que el del usufructuario común, pero sin llegar a ser propietario, a pesar de poder disponer en el sentido de consumir los bienes.

Desde este punto de vista, se entiende el derecho real como una cesión de facultades pertenecientes al propietario. Pero la teoría de la propiedad como conjunto de facultades se puso en duda considerándose que la propiedad no es sólo, en cuanto al contenido, una suma de facultades más o menos determinadas y singulares⁵²¹, sino

⁵¹⁹ Sirvan por todos PLANIOL y RIPERT, *Traité pratique...*, op. cit., pág. 714.

⁵²⁰ DE MARTINO, Comentario al art. 995 del Codice civile, en *Commentario...*, op. cit., pág. 186; quien añade a título de ejemplo que "[a]nche nel pegno vi sono due fasi successive e, mentre nella prima vi è semplicemente il diritto al possesso, nella seconda vi è il diritto a disporre del valore della cosa, sia pure mediante la vendita giudiziale, che storicamente ha seguito il *ius distrahendi*"; PUGLIESE, *Usufrutto...*, op. cit., n. 154, pág. 654, al criticar la tesis de BARBERO, CICU y DE MARTINO, considera que lo que hacen no es tanto determinar el momento de la transmisión de la propiedad como otorgar una nueva concepción al usufructo de cosas consumibles, "la quale muove dal presupposto che la facoltà di disporre della cosa, consumandola, possa essere contenuta anche in un diritto reale meno ampio della proprietà".

⁵²¹ BARASSI, *I diritti reali limitati...*, op. cit., págs. 44 ss.; *Proprietà e comproprietà*, Milano, 1951, págs. 30 ss.; PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, pág. 134.

Como expone RIVERO HERNÁNDEZ, en LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos...*, op. cit., III, vol. primero, págs. 282 ss., la concepción enumerativa de la propiedad como conjunto de facultades puede someterse a crítica: las facultades que comporta el dominio no valen para caracterizar la propiedad en cuanto a tal; además, es imposible enumerar las facultades exhaustivamente, y mas si se tiene

que los *iura in re aliena* se consideran poderes inmediatos y autónomos sobre la cosa; así, el usufructo o la servidumbre.

Es por ello que NICOLÒ y GIORGIANNI al preguntarse por el sentido que hay que dar a la afirmación de que el usufructo constituye un límite de la propiedad, manifiestan que no hay que entender que en virtud del usufructo se atribuyen a su titular algunas de las facultades que forman el contenido de la propiedad, puesto que con ello se consideraría, erróneamente, que la propiedad es una suma de poderes. Consideran que cuando se constituye un usufructo, o un derecho real de goce en cosa ajena, tiene lugar un concurso de derechos sobre el mismo bien. No hay una transmisión de una facultad de un titular a otro, sino la constitución *ex novo* de un derecho sobre el presupuesto del antiguo⁵²².

Sin embargo, centrándonos en el usufructo de cosas consumibles, el mejor argumento para considerarlo un derecho real nos lo proporciona el mismo art. 482 Cc. Desde que el legislador admite el art. 482 Cc en sede de usufructo es que lo considera un derecho real en cosa ajena, de lo contrario no formaría parte de la institución.

No obstante, hay que advertir que se trata de un derecho real de usufructo modulado, precisado o modificado por el pacto que las partes pueden establecer en virtud del art. 470 Cc o por la permisión que establece el art. 482 Cc.

en cuenta que actualmente las facultades varían según la naturaleza de la cosa en propiedad, asimismo, la suma de las diversas facultades del dominio no recompone la propiedad. Véase también a COCO, *Crisi ed evoluzione nel diritto di proprietà*, Milán, 1965; MONTÉS PENADÉS, Vicente L., *La propiedad privada en el sistema del derecho civil contemporáneo*, Madrid, 1980.

⁵²² NICOLÒ y GIORGIANNI, voz "Usufrutto (diritto civile)", *Nuov. Dig. It., op. cit.*, pág. 779, n. 2, añaden que "[c]ome conseguenza di ciò il diritto più ampio sulla cosa (proprietà) assume questa o quella fisionomia, questo o quel contenuto, giungendo persino ad essere praticamente soppresso, o meglio mutato, a seconda che concorrano altri diritti più limitati sulla cosa stessa, l'esercizio dei quali importa la limitazione o il mutamento del contenuto del diritto più ampio". No obstante, los autores acaban admitiendo la transmisión de la propiedad al usufructuario de cosas consumibles, con base en que no puede ejercitarse el derecho del usufructuario sin que se destruya la cosa.

Así pues, el usufructo de cosa consumible es compatible con la propiedad, limitada y comprimida, de otro, por lo que puede hablarse de un derecho de goce o disfrute sobre cosas consumibles ajenas. Lo que puede servirnos de apoyo, aunque se trate de una tesis moderna comparada con el usufructo de cosas consumibles, es la actual concepción del derecho de propiedad, con sus cualidades de generalidad, abstracción o elasticidad, generándose la necesidad de hablar de *propiedades* y no de *propiedad*, dadas las especialidades en los regímenes jurídicos de los diversos bienes existentes⁵²³; es decir, la concepción del dominio como un señorío abstracto y unitario sobre las cosas y no tanto como una suma de facultades⁵²⁴.

⁵²³ RIVERO HERNÁNDEZ, en LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos...*, op. cit., III, vol. primero, págs. 284 a 287. LÓPEZ LÓPEZ, en LÓPEZ LÓPEZ, y MONTÉS PENADÉS, *Derechos reales...*, op. cit., pág. 239, afirma que "[l]a configuración moderna de la propiedad integra dentro de la propiedad no sólo facultades, sino también deberes (...) el cúmulo de deberes puede ser tan variado, según el bien sobre el que recaiga la propiedad, y sus utilidades sociales, que se ha llegado a afirmar que hoy la institución de la propiedad no es ni siquiera unitaria y que, en consecuencia, no se debe seguir hablando de la propiedad, sino de *propiedades*"; LASARTE, *Principios...*, op. cit., tomo cuarto, parte primera, pág. 67, manifiesta que la doctrina se ha pronunciado mayoritariamente en el sentido de estudiar la institución desde una perspectiva que podría denominarse *cualitativa*, en contraposición de la consideración *cuantitativa* (suma de facultades) que había caracterizado anteriormente el análisis del contenido de derecho", añadiendo en la pág. 68 que "es ineludible reconocer que un análisis de la propiedad privada que intente definir el contenido del derecho trae consigo necesariamente la consecuencia de resaltar las diferencias del régimen jurídico entre las diversas categorías de bienes".

⁵²⁴ Entre nuestra doctrina, sirva para todos, CUADRADO IGLESIAS, "Configuración jurídica...", loc. cit., pág. 1068: "[l]a propiedad no es una mera suma de facultades, sino un derecho autónomo, una *qualitas* distinta de la suma de sus facultades"; ALONSO PÉREZ, "La propiedad...", *Encuentro interdisciplinar...*, loc. cit.: "el legislador español no se ha entretenido a enumerar facultades, al modo de algunos juristas o teólogos del Derecho común. Le basta con enumerar la fruición de los bienes, que comprende el *ius possidendi* en toda su extensión, y la facultad dispositiva (...). Y no se diga que nuestro legislador de 1889 ha confundido el concepto de dominio como titularidad jurídica con el contenido o suma de facultades (...). Se pretende no tanto identificar la propiedad por sus facultades constitutivas, cuanto designar el conjunto de poderes ejercitables que el dueño tiende siempre a ostentar, aunque a veces esté privado coyunturalmente de alguno o de todos".

1.2.3. Necesidad o no de transmitir la propiedad para ejercer un acto de goce

Los defensores de la necesidad de la transmisión de la propiedad, retomando su argumentación, consideran que, evidentemente, desde el punto de vista económico, puede calificarse de goce tanto el acto de percibir los frutos, como el consumir bienes. Sin embargo, admiten que desde el punto de vista jurídico, la consumición de una cosa no es un simple acto de goce que presuponga solamente la facultad de gozar, sino que los diversos modos de goce determinados por la naturaleza de la cosa conllevan diversas legitimaciones jurídicas. Por ello se distingue el préstamo de consumo del de uso, pues la naturaleza de la cosa es la razón por la que el mutuario, a diferencia del comodatario, adquiere la propiedad de la cosa⁵²⁵.

Distinguen, por lo tanto, la facultad de disponer de la facultad de destruir o consumir, considerando que la facultad de disponer jurídicamente de la cosa puede corresponder a un no propietario, puesto que se trata de una emanación de la propiedad pero no pertenece al contenido de la propiedad⁵²⁶, mientras que la facultad de consumir sólo corresponde al propietario, ya que pertenece al contenido de la propiedad. Si alguien tiene la facultad

⁵²⁵ PUGLIESE, *Usufrutto...*, op. cit., pág. 654, n. 154; PESCATORE - ALBANO - GRECO, *Comentario al art. 995 del Codice civile*, en *Commentario...*, op. cit., pág. 141.

⁵²⁶ PUGLIESE, voz "Usufrutto (Diritto vigente)", en *Novis. Dig. It.*, op. cit., pág. 349, n. 10, afirma que "[è] vero che all'usufruttuario di cose collettive o composte (gregge, scorte, azienda) spetta un ampio potere di disposizione, senza che egli abbia la proprietà; ma tale potere è circoscritto a loro singoli elementi e non si estende al complesso, chè anzi si giustifica proprio come strumento per la migliore conservazione del complesso: non può dunque venire raffigurato e spiegato allo stesso modo il potere, riconosciuto all'usufruttuario di cose consumabili a sè stanti, di distruggerle, trasformarle, alienarle", añadiendo en la nota 1 que la diferencia entre el poder de disposición correspondiente al usufructuario de cosas compuestas y el del usufructuario de cosas consumibles, es que el primero está sujeto a un control o límites impuestos por el mismo usufructo, mientras que el segundo goza de un total arbitrio sobre la cosa desde el momento que adquiere la posesión de la misma; cuestión que ya analizamos anteriormente en sede de contenido del derecho de usufructo.

de consumir significa que es propietario, pues no es concebible que alguien conserve la propiedad de una cosa, cuando otro está autorizado para destruirla⁵²⁷.

No obstante, consideramos que no es necesario ser propietario para poder consumir legítimamente las cosas sometidas a usufructo, aunque dicho goce implique la destrucción de la cosa misma. Quienes defienden la transmisión de la propiedad no tienen en mente que el usufructuario de bienes consumibles no tiene facultad para destruir los bienes, sino para gozar de ellos (aunque ello conlleve su destrucción). Más altera la naturaleza del usufructo el usufructo con facultad de disposición, ya que afecta al propio bien y no ha planteado tantos inconvenientes dogmáticos como en el usufructo de cosas consumibles.

Ya dijimos que al concederse al usufructuario de cosas consumibles el derecho a "servirse" de ellas suponía que se apropiaba no de las mismas cosas, sino de la utilidad que éstas proporcionan, tal como sucede en un usufructo ordinario, donde se concede el "disfrute" pero no la propiedad.

Al analizar el goce, BARBERO⁵²⁸ estudia su "posibilidad" y "legitimidad". Para que el goce sea "posible" como hecho material, es suficiente que al ejercitarlo la cosa proporcione su utilidad y ésta sea percibida por el hombre. Así pues, en un usufructo normal, el goce será "posible" si la cosa está a disposición material del usufructuario, es decir, en su posesión. En cambio, para que el goce sea "legítimo" como conducta jurídica, se requiere aquel conjunto de condiciones, necesarias y suficientes, para excluir la lesión del derecho ajeno sobre el bien; en un usufructo ordinario, supondrá la existencia de un acto, título constitutivo o negocio jurídico sobre cuya base la ley otorga el derecho o

⁵²⁷ PUGLIESE, *Usufrutto...*, op. cit., pág. 655, n. 154; NICOLÒ, comentario al art. 185 (cose consumabili), *Codice civile...*, op. cit., pág. 637, nota 1.

⁵²⁸ BARBERO, "Il quasi-usufrutto...", loc. cit., págs. 213 y 214.

poder de servirse de la cosa, aunque no se tenga la propiedad.

El autor considera que estas mismas circunstancias han de valer para el usufructo de cosas consumibles, pues es perfectamente concebible que se goce legítimamente de una cosa ajena, aunque ello implique la destrucción.

En efecto, al constituirse un usufructo sobre cosas consumibles, el propietario las entrega con la intención de que el usufructuario las goce, sin pretender enajenarlas. Entonces, no debemos dar a ese *animus* un contenido diverso al que realmente tiene, ni deducir de ahí un traspaso de la propiedad. Lo que implícitamente consiente el propietario al constituir el derecho de usufructo sobre cosas consumibles es que se puedan consumir, puesto que así lo dicta la propia naturaleza del bien⁵²⁹.

Por lo tanto, si al "servirse" el usufructuario de la cosa consumible, para poder extraer de ella una utilidad, ésta desaparece, ello no es una razón suficiente para justificar el traspaso de la propiedad, ya sea al constituirse el usufructo, al entregarse el bien o al consumirlo.

Con la transmisión de la propiedad se incurre en un doble error. Por una parte, se concluye que hay transmisión de la propiedad por el mero hecho de consumir el bien ya que sólo un propietario está facultado para ello, olvidando poner la atención en la naturaleza del objeto en sí. Por otra parte, se intenta justificar el momento de la transmisión de la propiedad dentro de las vicisitudes que tienen lugar en el lapso temporal que transcurre entre la

⁵²⁹ En un sentido similar, RUIZ SERRAMALERA, Ricardo, *Lecciones de Derecho civil (Derechos reales II, Derechos sobre cosa ajena)*, Madrid, 1978, pág.39, nota 1, en cuanto al usufructo de cosas consumibles afirma que "es indudable que supone un derecho sobre cosa ajena, por mucho que se diga que su finalidad consiste en la transmisión inmediata de la propiedad, puesto que aún cuando pueda afirmarse, desde un punto de vista práctico, que el usufructuario adquiere la propiedad de la cosa al tener que devolver otra de la misma calidad o su precio, desde la realidad de éste derecho el poder del usufructuario no recae sobre un objeto que le pertenece, sino sobre algo que es ajeno y que se le entrega para su disfrute, aunque éste disfrute no pueda gozarse sin que la cosa se consuma".

constitución del usufructo y el consumo, sin tener en cuenta la institución del usufructo en sí mismo.

El usufructo de cosas consumibles "se debe estructurar en nuestro Derecho no sobre la base del *ius abutendi*, sino teniendo por sustrato un poder idóneo y posible de disfrute de los bienes ajenos, aunque dicho poder conduzca, una vez ejercitado, a la destrucción de la forma y sustancia de aquéllos (art. 467) "⁵³⁰.

Lo que legitima la conducta del usufructuario de cosas consumibles no es la transmisión de la propiedad, sino el poder o derecho de goce posible, en cuanto permite ser ejercitado con relación a unas cosas que no pueden ser gozadas de otro modo que consumiéndolas. Por lo tanto, le bastará el *ius utendi*, que incorpora la facultad de consumir cuando se trata de cosas que no se pueden usar sin que desaparezcan.

No hay que olvidar, además, que normalmente las cosas consumibles forman parte de un complejo de cosas entregadas en usufructo, por lo que, atendiendo a la ley o a la voluntad del propietario, según se constituya, no es su intención transmitir su propiedad sino su disfrute, como ya tuvimos ocasión de exponer.

Si no existiera un precepto como el art. 482 Cc que autorizara al usufructuario a consumir los bienes objeto de usufructo, tal vez habría que presumir que, tratándose de bienes consumibles, el propietario renuncia o cede la titularidad de esos bienes mediante acuerdo en favor de la persona a la que autoriza a consumirlos. Pero el art. 482 Cc evita que haya que recurrir a la transmisión de la propiedad para que sea posible el disfrute de los bienes consumibles. Evita esa transmisión de la propiedad -y el pacto en el que ésta se pondría en efecto-, que sería necesaria de otro modo.

⁵³⁰ JORDANO BAREA, "El cuasi-usufructo...", *loc. cit.*, pág. 993, nota 37, y pág. 1004.

1.2.4. La posesión como justificación del consumo

Como decíamos anteriormente al usufructuario, como tal, le basta con el *ius utendi* para consumir en bien. Lo que ejerce sobre la cosa consumible es un poder o derecho de goce, y éste derecho de goce lo ejerce a través de la posesión.

Ésta conexión entre el *ius utendi* y la posesión es lo que nos permite ir más allá y observar la facultad de consumir el bien por parte del usufructuario desde el prisma de la posesión, y poder plantearnos, de este modo, hasta que punto el contenido de la posesión puede explicar y justificar la facultad de consumir sin necesidad de acudir a una transmisión de la propiedad.

Ya tuvimos ocasión de anunciar que el usufructuario es un poseedor en concepto distinto de dueño, muy cercano a un poseedor en concepto de dueño si no fuera por su obligación de restituir el equivalente al finalizar su derecho. El usufructuario de cosas consumibles, por su peculiar situación, aumenta en su derecho en la proporción que disminuye su ajenidad posesoria, es decir, afirma su situación como poseedor del derecho de usufructo (gozar y disfrutar) y ejercita el contenido de su derecho hasta el grado de consumir la cosa usufructuada⁵³¹.

Extraer la utilidad económica de los bienes presupone tener la posesión de los mismos; posesión que puede tenerla un propietario, un usufructuario, un arrendatario, etc. Lo importante es quien posee el bien, pues será éste el que podrá obtener el máximo provecho del mismo. Si se trata de un usufructo de cosas consumibles, el usufructuario, como poseedor inmediato, es quien sacará el máximo rendimiento de la cosa, su máxima utilidad económica, y en él confluirán el *uti, frui, consumere*, no por ser un

⁵³¹ Como pone de manifiesto ALBALADEJO, *Derecho civil...*, op. cit., III, vol. primero, pág. 50, "por posesión de un derecho se entiende el tener de hecho el poder en que el derecho consiste". En cuanto al tema de la posesión de derechos véanse IHERING, *La posesión*, en *Estudios jurídicos*, traducido por Adolfo González Posada, Buenos Aires, s.f.; FINZI, *Il possesso dei diritti*, Milano, 1968; MARTIN PÉREZ, Antonio, *La posesión*, Zaragoza, 1958.

propietario, sino porque su posesión le permite extraer la máxima utilidad de los bienes, que al tratarse de cosas consumibles sólo conseguira destruyéndolas⁵³².

1.2.5. La obligación de restituir del usufructuario de cosas consumibles

Otro de los argumentos que nos permite defender la no transmisión de la propiedad al usufructuario es la obligación que tiene de restituir un equivalente.

La proximidad entre un usufructuario de cosas consumibles y un propietario es evidente en razón de la amplia libertad de uso del primero, pero esta aproximación no supone identidad. El usufructuario no es propietario, sino que no deja de ser un titular de un *ius in re aliena*⁵³³.

Esta falta de identidad ya fue apuntada por DOMAT, quien manifestó que "l'usufruitier est distingué du propriétaire" y, sin embargo, a pesar de ello atribuye la propiedad al usufructuario puesto que sólo puede usar estas cosas consumiéndolas⁵³⁴. ¿Cómo es posible que haya propiedad pero no sea verdadero propietario? La contradicción latente en DOMAT sólo puede explicarse por la fuerza que adquiere el "abuso" en el sentido que sólo puede "abusar" un

⁵³² IHERING, La posesión, en *Estudios...*, op. cit., pág. 165.

⁵³³ DOCKÈS, "Essai sur la notion...", loc. cit., págs. 497 y 498 afirma que "[i]l est vrai, cependant, que, dans certains cas, le quasi-usufruitier est dans une position proche de celle d'un plein propriétaire, en raison de l'amplitude de la destination du bien gravé(...). Mais la proximité n'emporte pas l'identité (...) le quasi-usufruitier n'est pas pleinement propriétaire, comme cela a pu être soutenu, il n'est ni plus, ni moins qu'usufruitier".

⁵³⁴ DOMAT, *Les lois civiles...*, op. cit., tome second, livre I, titre XI, section III, n. 7 (en sede de usufructo), págs. 362 y 363, manifestó que "[l]'usufruit des choses qui se consomment par l'usage emporte la propriété, puisqu'on ne peut en user qu'en les consommant. Mais l'usufruitier est distingué du propriétaire, en ce qu'il est obligué, après l'usufruit fini, de rendre, selon la condition de son titre, ou une pareille quantité de même nature que celle qu'il avait reçue, ou la valeur des choses, au temps qu'il les a prises; car c'est de cette valeur qu'il a eu l'usufruit".

propietario, es decir, el problema radica en la concepción del derecho de consumir, al no concebirse como un modo de goce o disfrute⁵³⁵.

Para intentar salvar la contradicción originada por la necesidad de restituir por parte de un propietario (el usufructuario de cosas consumibles), HELD manifestó que el hecho de restituir un equivalente no provoca una restricción del dominio o una limitación de la propiedad, sino que la restitución vendría a ser una obligación del propietario, es decir, sería el propietario quien estaría limitado, no la propiedad, que sería plena y absoluta⁵³⁶.

La diferencia entre un propietario y un usufructuario permite a SIRINELLI calificar de "quasi-propietario" al usufructuario de cosas consumibles, puesto que no tiene un derecho de propiedad perpetuo ni absoluto. Y la razón no es otra que el hecho de que el usufructuario de cosas consumibles no comparte el régimen jurídico de la propiedad dada la obligación que tiene de restituir⁵³⁷.

La mera obligación de restituir que tiene el usufructuario de cosas consumibles, ya sean las mismas cosas o un equivalente, marca la diferencia entre un usufructuario y un propietario. Si el usufructo supone una continuada relación obligatoria causalizada por el hecho

⁵³⁵ De esta contradicción fue consciente con posterioridad SALVIAT, *Traité de l'usufruit de l'usage et de l'habitation*, Limoge, 1817, pág. 307, art. 89, n. 2, quien la intentó salvar defendiendo una propiedad ficticia por parte del usufructuario; afirmó que al legatario de cosas consumibles se le transmitía la propiedad, "[o]ui, c'est une propriété pour lui en ce sens, qu'il consomme les objets fongibles, qu'il les anéantit; mais dans le fait il ne peut pas cumuler sur sa tête deux qualités incompatibles, celle de propriétaire et d'usufruitier. Cette propriété est donc fictive, non réelle".

⁵³⁶ HELD, *Die Lehre vom Ususfructus earum rerum...*, op. cit., págs. 61 y 62: "[e]s wäre irrig, wollte man dieses Eigentum deswegen ein beschränktes nehmen, weil der Berechtigte nach geendetem Nießbrauche seiner Restitutionsverbindlichkeit nachkommen muß. (...) Geht man aber von diesem Grundgedanken aus, daß durch den Quasi-usufructus immer nur eine *obligatio domini*, keine *restrictio domino* begründet werde".

⁵³⁷ SIRINELLI, "Le quasi-usufruit (suite et fin)", loc. cit., pág. 9, n. 41, nota 185 y pág. 13, n. 63.

cierto de una restitución⁵³⁸, es evidente que con el disfrute de las cosas consumibles estamos ante un usufructo no ante un derecho de propiedad. Un propietario está exento de una obligación como ésta, a no ser, por ejemplo, que exista un pacto de retroventa, pero en todo caso, se trata de una cuestión distinta.

1.3. La posible titularidad fiduciaria del usufructuario de cosas consumibles

Una vez que hemos tratado demostrar que en el usufructo de cosas consumibles no hay verdadera transmisión de la propiedad, cabe plantear, sin embargo, si no estaremos ante una transmisión de la propiedad fiduciaria, es decir, si lo que se transmite al usufructuario puede tratarse de una titularidad fiduciaria que le legitima como propietario para consumir los bienes pero no le exime de restituir⁵³⁹.

Supone plantearse la consideración del usufructo de cosas consumibles como negocio fiduciario en cuanto que la transmisión de la propiedad no tendría el fin típico de provocar un cambio de titularidad de los bienes, sino otro más limitado, únicamente el permitir el disfrute de unos bienes que son por naturaleza consumibles.

⁵³⁸ CARRASCO PERERA, "Usufructo de disposición...", *loc. cit.*, pág. 131. El autor parte de "la calificación normativa del usufructo como una relación jurídica determinada típicamente por una obligación de restitución. Todas las normas del CC dedicadas al usufructo suponen la esencialidad de esta restitución", y es a partir de esta obligación de restituir que niega el usufructo con facultad de disponer no condicionada a la necesidad: "[n]o puede existir un usufructo de este tipo (...). Una obligación cuyo cumplimiento depende de la sólo voluntad de una de las partes es inexistente (arg. ex art. 1115) ya que el objeto de la misma está absolutamente indeterminado (ex art. 1273)".

Siguiendo esta línea argumental, es evidente que el disfrute de una cosa consumible puede calificarse de usufructo, pues la obligación de restituir queda suficientemente garantizada en el art. 482 Cc.

⁵³⁹ En Francia, BRAULT, "Une convention de quasi-usufruit...", *loc. cit.*, pág. 3, en cuanto al "cuasi-usufructo" afirma que "[e]n fait, on est très proche de la fiducie, qui n'a pas encore vu le jour en droit français".

En este sentido, algunos autores que consideran necesario que haya transmisión de la propiedad de los bienes para que el usufructuario pueda consumirlos tratan de ser consecuentes con el régimen de este usufructo -con la obligación de restituir- y, para ello, dan un paso más considerando que estamos ante un negocio o titularidad fiduciaria.

Así, KOHLER, uno de los pioneros en la dogmática moderna del negocio fiduciario, se extraña de que el BGB regule el usufructo impropio tras haberse creado el usufructo de disposición (hallazgo del que él es responsable). Sin embargo, considera posible que en vez de un usufructo de disposición, se permita una construcción jurídica por la cual el usufructuario se convierta en propietario con la obligación de restituir el valor o el *tantundem*. En este caso, dice el autor que "eine solche Gestaltung ist ja bei jedem Nießbrauch möglich: natürlich ist dies aber kein Nießbrauch mehr, sondern, wie das römische Dotalrecht, eine *fiduziarische Eigentumsübertragung*, welche gar nicht in die Lehre des Nießbrauches gehört"⁵⁴⁰.

Adentrarnos en el negocio fiduciario no es tarea fácil puesto que se trata de uno de los temas más complejos de nuestro Derecho⁵⁴¹. Sin embargo, será preciso delimitar a

⁵⁴⁰ KOHLER, "Verfügungsnutznießung, Verfügungsgemeinschaft und Gesamthandgut", *AcP*, 107. Band, 1911, pág. 261 y 262. En el mismo sentido se manifiesta LEEMANN, Comentario al art. 772 del Código civil suizo, en *Kommentar zum Schweizerischen...*, op. cit., pág. 542: "Uneigentliche Nutzniessers liegt daher überall dann vor, wenn das Recht, das der Besteller bisher inne hatte, ungeschmälert auf den Nutzniesser übergeht gegen die Verpflichtung zum Ersatz des Wertes nach Beendigung des Rechtsverhältnisses (Dies ist aber natürlich keine Nutzniessung mehr, sondern eine fiduziarische Eigentumsübertragung, die gar nicht in die Lehre der Nutzniessung gehört)". Se limitan a hacer esa afirmación (resumo cuál), sin desarrollar cuál es la justificación de ese negocio fiduciario y cuáles sus efectos.

⁵⁴¹ El negocio fiduciario podríamos decir que se trata de una de esas instituciones que, a causa de su origen doctrinal, ha originado la aparición de diversas tesis para poder salvar las contradicciones internas de la institución y su posible adaptación a los sistemas jurídicos. La STS de 8 de marzo de 1963 (RA 1628) reconoce la falta de regulación expresa del negocio fiduciario en nuestro ordenamiento: "el pacto de fiducia *cum creditore*, de origen romano, aun cuando no esté regulado específicamente en nuestro ordenamiento jurídico, puede

grosso modo su concepto y ámbito de actuación para poder ver, de este modo, su posible utilización al explicar el usufructo de cosas consumibles.

El negocio fiduciario se caracteriza porque las partes eligen para realizar su fin práctico un negocio jurídico cuyos efectos exceden de aquel fin⁵⁴². Se trata de negocios en los que existe una incongruencia o desproporción entre el efecto jurídico querido por las partes durante la vigencia de la relación fiduciaria y la finalidad económica o práctica que las partes persiguen con dicha relación. La finalidad económica que se pretende y su consecución se manifiesta e instrumenta mediante un convenio entre fiduciante y fiduciario denominado *pactum fiduciae*, por el que el fiduciario se obliga a restituir al fiduciante la propiedad de la cosa o la titularidad del derecho objeto del negocio, con los rendimientos que haya producido su administración o lo obtenido de la realización del derecho⁵⁴³.

"La fiducia aparece como un ingrediente ético que acompaña a un negocio para conseguir que cumpla un fin práctico que jurídicamente no está asegurado. Precisamente porque se crea una situación desproporcionada de legitimación -el fiduciario queda, según los casos, como

enmarcarse dentro del amplio criterio de libertad de contratación mantenido por el art. 1255 C Civ., como en cierto modo lo ha hecho el párr. 3º del art. 2 de la LH, razón por la cual adquirió carta de naturaleza en la práctica jurídica a través de nuestra jurisprudencia a partir de la sentencia de 23 de mayo de 1935 (RJ 1125)".

⁵⁴² Así, por ejemplo, la transmisión de la propiedad para garantizar un crédito o la cesión de un crédito para su cobro. El promotor de la figura del negocio fiduciario parece que fue REGELSBERGER, el cual en el artículo "Zwei Beiträge zur lehre von der Cession", *AcP*, LXIII, 1880, pág. 173, afirma que "[c]harakteristisch ist für dasselbe das Mib verhältnib zwischen Zweck und Mittel. zur Erreichung eines bestimmten Erfolgs wird eine Rechtsform gewählt, welche mehr gewährt, als zur Erzielung jenes Erfolgs ist; zur Sicherung des Gebrauchs wird die Möglichkeit des Mibbrauchs in den Rauf genommen"; en el mismo sentido se manifiesta en *Pandekten*, Leipzig, 1893, I, § 141, pág. 518: "[d]as fiduziarische Geschäft Kennzeichnet sich dadurch, dass von den Parteien für ihren praktischen zweck ein Rechtsgeschäft gewählt wird, dessen rechtlichen Wirkungen, wie ihnen bewusst ist, über jenen Zweck hinausgehen".

⁵⁴³ PANTALEÓN PRIETO, Fernando, voz "Negocio Fiduciario (Dº Civil)", en *EJB*, vol. III, Madrid, 1995, pág. 4407.

propietario de un bien del deudor, heredero del testador, titular del crédito o adjudicatario y por tanto propietario de un bien- que permite jurídicamente defraudar el fin práctico que se persigue con la operación, sin que haya medios jurídicos para obligarle a ajustarse a esa finalidad práctica"⁵⁴⁴.

A la hora de explicar su eficacia el negocio fiduciario, en su inicio, se desarrolló vinculado a la teoría del doble efecto pero fue sometido a duras críticas, puesto que se trata de una teoría únicamente defendible en los Derechos que admiten negocios abstractos⁵⁴⁵. Posteriormente se consideró que el negocio fiduciario era un sólo negocio con una *causa fiduciae*⁵⁴⁶.

⁵⁴⁴ GONZÁLEZ-MENESES Jr., Manuel, "Sobre la llamada "causa fiduciae" (Divagaciones de un opositor aburrido)", en *Revista jurídica del notariado (RJN)*, n. 9, Enero-Marzo 1994, pág. 427.

⁵⁴⁵ Según la teoría del doble efecto, en el negocio fiduciario existen dos contratos independientes: un contrato real, que comporta la transmisión plena de la propiedad al fiduciario con eficacia *erga omnes*, incluso ante el propio fiduciante; y un contrato obligacional, válido *inter partes*, que obliga al fiduciario a actuar según lo convenido y a restituir la misma cosa o indemnizar el valor económico. DE CASTRO, "El negocio jurídico" ..., *op. cit.*, págs. 406 y 407, critica esta teoría por encajar en sistemas que admiten negocios abstractos, como el alemán (de donde surgió la teoría), pero no con los sistemas causalistas como el nuestro donde la transmisión de la propiedad se produce por medio de ciertos contratos (que requieren una causa propia y adecuada), mediante tradición. Por ello afirma que "por ejemplo, a la venta de garantía, resulta que el negocio transmisor de la propiedad (la venta) carece de su causa propia, al no haber precio (art. 1445) y que no tiene otra causa, porque no puede servir de tal el pacto fiduciario, al haberse predicado la independencia total entre los dos negocios, el transmisivo de eficacia real y el pacto de mera eficacia obligatoria".

Sin embargo, la teoría del doble efecto, a pesar de encajar en derechos que admiten negocios abstractos como el alemán, también fue criticada en ese país, sobre todo a partir de la ley concursal alemana, de donde se deduce la posibilidad del fiduciante de separar de la masa del concurso los bienes transmitidos al fiduciario, lo que hace pensar que el fiduciante ha conservado la propiedad.

Nuestra doctrina jurisprudencial, tras admitir en un inicio dicha teoría, también se ha hecho eco de las críticas a que fue sometida, abandonando su aplicación. Sirvan de ejemplo las sentencias de Tribunal Supremo de 2 de junio de 1982 (RA 3402); 8 de marzo de 1988 (RA 1607); 6 de julio de 1992 (RA 6186); o la SAP de Baleares de 21 de enero de 1997 (Aranzadi civil, enero 1997, 146).

⁵⁴⁶ DíEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema...*, *op. cit.*, vol. I, pág. 527, afirma que "[l]a *causa fiduciae* de éste único negocio será la que fundamente la transmisión de la propiedad del fiduciante al fiduciario". Y consistirá según JORDANO BAREA, *El negocio fiduciario*,

Frente a estas posturas y para paliar sus deficiencias, se ha propuesto limitar la eficacia transmisiva del negocio, manifestando que el fiduciario recibe una propiedad formal que confiere un poder dispositivo, mientras que el fiduciante conserva la propiedad material (poder de goce), distinguiéndose a la vez, una relación interna (entre fiduciante y fiduciario) y

Madrid, 1959, pág. 118: "en el juego de una prestación o atribución patrimonial frente a la promesa obligacional del fiduciario de servirse de la *res fiduciaria* conforme a lo pactado y de restituir, al fiduciante o a un tercero, la misma cosa o derechos recibidos".

Según esta teoría, sería preciso que la transmisión de la propiedad se basara en la causa de conseguir un determinado fin jurídico: el del pacto fiduciario. "El fin (causa) del negocio fiduciario consiste en el intercambio del derecho que se transmite, por la ventaja que con tal transmisión obtiene el fiduciante (conseguir el crédito que se garantiza, sernos administrada la cosa, cobrársenos el crédito cedido) unida a la potestad de recuperarlo después. El fin (causa) de aquella transmisión (atribución) es la obtención de la ventaja que la garantía, administración o el cobro, juntamente con la posterior restitución supone para el fiduciante (para éste, la causa es la "promesa de la cosa o servicio por la otra parte" -art. 1274 Cc)", como afirma ALBALADEJO, *Derecho civil...*, op. cit., I, vol. segundo, pág. 280. [Esta fue la tesis defendida por el autor en un principio, pero tras la crítica realizada por DE CASTRO a la *causa fiduciae*, el autor abandona esta teoría.]

Esta tesis también ha sido criticada por DE CASTRO, "El negocio jurídico" ..., op. cit., págs. 407 y 408: "¿Dónde se encuentra aquí la reciprocidad de prestaciones propia del contrato con causa onerosa? A la entrega de la cosa confiada no corresponde el precio, que aquí no existe. Las obligaciones asumidas por el fiduciario no pueden ser valoradas como contraprestación de la pérdida de la propiedad que sufrirá el fiduciante; no son un "quid pro quo". El fiduciante no ha recibido nada por lo que ha dado (...). El fiduciario recibe la propiedad, recibe también la garantía y en contraprestación nada ha dado, de nada se ha desprendido; el fiduciante pierde la propiedad, se desprende de ella para garantizar a otro y nada ha recibido, ni por lo uno ni por lo otro".

Otra crítica al causalismo la ha desarrollado GONZÁLEZ-MENESES JR., "Sobre la llamada...", loc. cit., pág. 432, quien ingeniosamente y con cierta dosis de exageración ha expuesto que "[e]l causalismo a ultranza, que proscribía la fiducia como innecesaria porque ya se cuida la propia ley de evitar que cualquier posible fraude obtenga consagración jurídica, no deja de recordar a esos niños impertinentes que siempre dicen la verdad y que terminan estropeándolo todo" y continúa diciendo en pro de los negocios fiduciarios que "[u]na cierta dosis de "mentira" o de "injusticia" también es necesaria para que la maquinaria social y jurídica funcione eficazmente. A veces puede ser conveniente que el propósito práctico de un negocio quede en la penumbra en un plano de mero compromiso moral o de honor, mientras que en el plano jurídico se crea una situación "desproporcionada" de legitimación de la que se puede abusar, y la pretensión a toda costa de sacar a la luz y dar trascendencia a esa relación de fondo que termina frustrando la finalidad misma de la operación".

otra externa (entre fiduciario y terceros)⁵⁴⁷. El fiduciario sería propietario frente a todos (relación externa), menos frente al fiduciante (relación interna), el cual podría reivindicar la cosa al fiduciario alegando ser el verdadero propietario. El fiduciante es el propietario real (excepto frente adquirentes de buena fe), lo que significa que "está legitimado para hacer suyos los frutos y productos de la cosa, ejercitar el *ius fruendi* y el *ius utendi*, para hacer suyas las acciones y las mejoras, etc."⁵⁴⁸.

Se afirma incluso, que "la transmisión fiduciaria que se haga de algo, da al que lo recibe, no la propiedad (ni siquiera la propiedad formal, que dicen algunos para expresar la idea de haber sido puesta a su nombre), sino

⁵⁴⁷ GONZÁLEZ MARTÍNEZ, *Estudios de Derecho hipotecario y de Derecho civil*, Madrid, 1948, tomo I, pág. 469. DE CASTRO, "El negocio jurídico", ..., op. cit., pág. 423, prefiere hablar de titularidad fiduciaria, en vez de propiedad formal del fiduciario, y aproxima, en cuanto a sus efectos, el negocio fiduciario al negocio simulado relativamente. Manifiesta que "[e]n un sistema causalista, como el español, que no admite el negocio abstracto, los llamados negocios fiduciarios se manifiestan en dos momentos; el contrato de compraventa, por ejemplo, simulado o con causa falsa (falta de precio), y los pactos disimulados, también, por ejemplo, de garantía o mandato".

⁵⁴⁸ DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema...*, op. cit., I, pág. 529.

Esta teoría ha sido criticada por PANTALEÓN PRIETO, voz "Negocio Fiduciario (D° Civil)", en *EJB*, op. cit., pág. 4408, el cual después de afirmar que "[t]ras la decisiva crítica de Federico de Castro, ningún autor de prestigio sostiene ya entre nosotros la "teoría del doble efecto"", añade, sin embargo, que "el núcleo de la misma conserva vigencia en aquellas construcciones para las que el efecto de las fiducias es transferir al fiduciario un propiedad fiduciaria, formal, ad extra o frente terceros. Tesis éstas que crean un absurdo jurídico (una suerte de "propiedad relativa") innecesariamente: sin que sea preciso para una adecuada protección de los terceros". Más recientemente la propiedad formal ha sido sometida a crítica por FUENTESECA, Cristina, *El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona, 1997, págs 79, 185 y 218; así en la pag. 79 considera que "[e]l problema radica en saber qué es, en qué consiste ésta ¿Se ha transmitido una propiedad a medias? ¿Sólo se han transferido algunas facultades? ¿Cuales serían éstas exactamente? No nos parece que la expresión "propiedad formal" sea demasiado afortunada. En nuestra opinión, o existe transferencia de propiedad o no se da ésta. Quienes admiten una propiedad formal quizá no se están percatando de que quien transmite aquella no está transfiriendo una verdadera propiedad. Lo único que se manifiesta es que no hay intención de hacer dueño verdadero a una persona en aquellos supuestos en que se reconoce a un propietario como formal".

sólo la representación del dueño para poder obrar en el caso según los fines del verdadero negocio perseguido"⁵⁴⁹.

En cuanto a las declaraciones jurisprudenciales, como muy acertadamente ha manifestado PANTALEÓN PRIETO, "las diferentes construcciones del negocio fiduciario se acumulan con una absoluta falta de congruencia interna, aunque, por fortuna, ello no suele impedir que se alcancen soluciones correctas"⁵⁵⁰. Sin embargo, FUENTESECA ha elaborado un estudio minucioso de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, demostrando que en muchas sentencias se alude a la Teoría del doble efecto, pero no es una teoría que sirva para fundamentar el fallo. Sólo cinco sentencias admiten una transmisión de la propiedad con todas sus consecuencias (SSTS de 10 de Marzo de 1944; 25 de Mayo de 1944; 31 de Octubre de 1955; 10 de Julio de 1957 y 18 de Febrero de 1965). Las restantes sentencias o describen dicha teoría o reconocen la existencia de una propiedad formal, lo que en opinión de la autora, implica, en el fondo, una cierta concesión a la existencia de un negocio simulado relativamente⁵⁵¹.

⁵⁴⁹ ALBALADEJO, *Derecho civil...*, op. cit., I, vol. segundo, pág. 280. En un sentido similar se expresa PANTALEÓN PRIETO, voz "Negocio Fiduciario (D° Civil)", en *EJB*, op. cit., pág. 4408, al afirmar que "en nuestro Derecho, los negocios fiduciarios no pueden producir el efecto de transmitir al fiduciario la propiedad de una cosa o la titularidad de un derecho (...). La eficacia de la fiducia *cum creditore* no puede ser otra que la de constituir un derecho real de garantía a favor del fiduciario (...). La eficacia de una fiducia *cum amico* será la propia de un contrato de mandato o de comisión".

⁵⁵⁰ PANTALEÓN PRIETO, voz "Negocio Fiduciario (D° Civil)", en *EJB*, op. cit., pág. 4408.

⁵⁵¹ FUENTESECA, *El negocio fiduciario...*, op. cit., pág. 177 ss., distingue cuatro etapas en la jurisprudencia del TS en torno al tema: en una 1ª etapa destaca la sentencia de 23 de Mayo de 1935 que reconoce que se transmite la propiedad pero no el dominio absoluto; en una 2ª etapa, que comprende de las STS de 10 de marzo de 1944 hasta la de 20 de Noviembre de 1965, el TS parece inclinarse mayoritariamente hacia la teoría del doble efecto reconociendo una transmisión de la propiedad, pero en esta etapa destacan también sentencias aisladas relativas a la simulación (STS de 7 de junio de 1955, 25 de Septiembre de 1956), o propiedad formal (STS de 8 de marzo de 1963); en una 3ª etapa, las sentencias del TS, padecen, según la autora, cierta confusión al abordar el tema, aunque parece vislumbrarse a partir de la sentencia de 14 de Diciembre de 1965; en esta etapa el TS parece inclinarse hacia el reconocimiento de la propiedad formal, pero con confusión y poca claridad puesto que en aquellas que parece propugnar

Tras esta breve exposición del negocio fiduciario, sería comprensible que la teoría tradicional defensora de la transmisión de la propiedad al usufructuario de cosas consumibles, considerara a éste usufructo como un negocio fiduciario si partiéramos de la idea del negocio fiduciario desde el prisma de los pandectistas, quienes consideraban el negocio fiduciario como aquel en virtud del cual el fiduciante (nudo propietario) transmite al fiduciario (usufructuario) definitivamente la propiedad y como consecuencia, el fiduciario se hace dueño mientras que el fiduciante ostenta un derecho de crédito contra el fiduciario, el cual estará obligado a utilizar la titularidad adquirida sin contradecir la finalidad para la cual se le confió. Sin embargo, poquísimos autores han defendido esta tesis.

Pero es que además, si se defiende la transmisión formal o la no necesidad de transmisión al fiduciario, se puede apuntar que en el art. 482 Cc, en la construcción del usufructo de cosas consumibles, no es totalmente ajena la idea de negocio fiduciario: por una parte, desde el momento en que permite algo para lo que en principio haría falta ser propietario; por otra parte, partiendo de la idea de que en el negocio fiduciario no hay verdadera transmisión, ahí se ampliaría la posible asimilación con el art. 482 Cc, en cuanto legitima a un no propietario.

Los italianos NICOLÒ y GIORGIANNI, se plantearon la duda de que quizás la configuración jurídica del usufructo de cosas consumibles, donde se defiende que produce una transmisión de la propiedad y una obligación de restituir, permitía hacer entrar este usufructo en el esquema del negocio fiduciario. Sin embargo, niegan tal posibilidad por

la teoría del doble efecto, acaba apoyándose en sentencias relativas a la propiedad formal; y por último, en la 4ª etapa, destaca el cambio o giro jurisprudencial producido a partir de 1995, en que las sentencias se acercan a la idea del mandato, garantía, o cumplimiento de un fin previsto y determinado, lo que para la autora constituye un paso más hacia una dirección más acertada. (Cfr., en sentido similar, DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel, "El pacto de retroventa. Sus relaciones con el negocio fiduciario y con el negocio simulado (Estudio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado)", *RCDI*, enero-febrero, 1998, págs. 69 ss.).

no haber en el usufructo de cosas consumibles el elemento típico y la justificación de todo negocio fiduciario: la *causa fiduciae*⁵⁵². Tampoco NUSSBAUM considera que en el usufructo de cosas consumibles se produzca un negocio fiduciario afirmando que no existe propiedad fiduciaria porque el usufructuario no ejerce la propiedad que le corresponde en interés del constituyente del usufructo⁵⁵³.

No obstante, la negación por parte de estos autores de la existencia de un negocio fiduciario en el caso del usufructo de cosas consumibles se debe a que dan por supuesto que el usufructuario es propietario, que ha habido una verdadera transmisión de la propiedad.

Sin embargo, lo decisivo para rechazar la aplicación de la figura del negocio fiduciario es la misma existencia del art. 482 Cc, en el cual legalmente se acepta la posibilidad de que un no propietario pueda consumir unos bienes de titularidad ajena. Si no existiera el art. 482 Cc, entonces la figura del negocio fiduciario adquiriría todo su sentido, puesto que probablemente la única posibilidad o vía para poder disfrutar de cosas consumibles, además de adquiriéndolos, sería constituyendo un negocio fiduciario. Es decir, ya que legalmente la

⁵⁵² NICOLÒ y GIORGIANNI, voz "Usufrutto (diritto civile)", *Nuov. Dig. It., op. cit.*, pág. 782. En cambio, NICOLÒ, comentario al art. 185 (cose consumabili), en *Codice civile, ..., op. cit.*, pág. 636, parece admitir el negocio fiduciario pero en otras circunstancias: "mentre per le cose consumabili la conversione dell'usufrutto in proprietà è lo strumento logicamente necessario, come si vedrà subito, per assicurare il godimento dell'usufruttuario, invece per le cose non consumabili, se le parti vogliono di la restituzione dell'equivalente, esse sono sostanzialmente lontano dall'intento pratico che normalmente si persegue con la costituzione dell'usufrutto, e si dovrà vedere perciò se lo squema negoziale posto in essere non debba essere diversamente qualificato (mutuo, negozio fiduciario e così via)". Sin embargo, los autores no nos aportan una explicación de su conclusión.

⁵⁵³ NUSSBAUM, *Das Niessbrauchsrecht des BGB...*, *op. cit.*, pág. 41, tras afirmar que "[e]s bedarf nicht der Ausführung, dab der uneigentliche Niebbrauch nicht ein Niebbrauch. d. h. ein begrenztes dingliches Recht an fremder Sache ist, sondern dab er lediglich ein schuldrechtliches Verhältnis erzeugt", añade en la nota 3 que "Fiduziarisches Eigentum liegt allerdings nicht vor, denn der uneigentliche Niebbraucher übt das ihm zufallende Eigentum Keineswegs im Interesse des Bestellers (Ersatberechtigten) aus". En el mismo sentido se expresa PROMBERGER, Günter, Comentario al § 1067 BGB, en *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Drittes Buch (Sachenrecht)*, 12. neubearbeitete Auflage, Berlin, 1980, pág. 246.

un negocio fiduciario. Es decir, ya que legalmente la configuración del usufructo impediría consumir los bienes consumibles (puesto que el usufructo, como tal, supondría conservar la forma y la sustancia sin posible excepción si no existieran los arts. 467 *in fine* y 482 Cc), la única posibilidad sería la siguiente: transmitir la propiedad de los bienes consumibles (por ejemplo, a través de la compraventa), pero con el verdadero fin de ceder sólo el disfrute de tales bienes y la consiguiente obligación de restituir el equivalente. El art. 482 Cc evita tener que recurrir a esta figura, pues legitima al usufructuario para consumir los bienes, sin necesidad de tener que buscar esa legitimación a través de medios indirectos, los cuales serían indispensables si no se admitiera legalmente el usufructo de cosas consumibles.

Por último, como argumento a favor de la inexistencia de negocio fiduciario en caso de usufructo de cosas consumibles, se ha dicho que en los negocios fiduciarios hay que restituir la misma cosa que se transmite: una cosa determinada e individual, mientras que en el usufructo de cosas consumibles se restituye un equivalente⁵⁵⁴.

Si se ha pretendido ver en el usufructo de cosas consumibles un posible negocio fiduciario ha sido por la circunstancia de dejarse llevar por unos supuestos de hecho quizás parecidos, sobre todo desde el prisma de la doctrina tradicional: la existencia de una transmisión de la propiedad con obligación de restituir el bien al cumplirse el pacto fiduciario. Sin embargo, el usufructo de cosas consumibles tiene su propia clasificación y consideración legal sin necesidad de tener que recurrir a la figura del negocio fiduciario.

⁵⁵⁴ CARIOTA-FERRARA, Luigi, *I negozi fiduziari*, Padova, 1933, pág. 118.

2. Efecto que produce la consumición del bien sobre el derecho de usufructo y la nuda propiedad

Hasta ahora hemos analizado la posición jurídica del usufructuario sometiendo a crítica la teoría tradicional partidaria de considerar al usufructuario como propietario. Hemos tratado de demostrar que en el usufructo de cosas consumibles no es necesario convertir al usufructuario en propietario para permitirle consumir los bienes: el consumo es una consecuencia del uso que como usufructuario está facultado a ejercer.

En todo caso, tanto si se defiende que hay transmisión como si se mantiene la pervivencia del derecho real y la nuda propiedad hasta el consumo, el verdadero problema a resolver es el que surge con el consumo de los bienes. Ese consumo, al provocar la desaparición de los bienes entregados en usufructo y la aparente inexistencia del objeto sobre el que se constituyó el derecho real, crea la necesidad de replantear qué sucede con los derechos existentes sobre tales bienes -usufructo y nuda propiedad-, y cómo se justifica la obligación de restituir por parte del usufructuario.

La teoría tradicional, que defiende la transmisión de la propiedad, se preocupa fundamentalmente de buscar una legitimación para el consumo por parte del usufructuario, que no encuentra en una concepción estricta del usufructo. Pero apenas presta atención a las consecuencias del consumo, dando por supuesta la extinción de la propiedad en ese momento.

La actitud de la doctrina más reciente da por supuesta la legitimación para consumir aún por parte del titular de un *ius in re aliena*, y busca una solución al verdadero problema, el que surge con la desaparición del bien al efectuar el consumo, defendiendo que se produce la pérdida de la propiedad con el consiguiente nacimiento de un derecho de crédito.

Es evidente que la pérdida de la propiedad no puede plantearse como una alternativa a la tesis que defiende la

transmisión de la propiedad, pues son cuestiones distintas. Esta última ha sido utilizada por la doctrina para justificar el consumo del bien; en cambio, la pérdida de la propiedad aparece como una consecuencia del consumo y la desaparición del bien. De hecho, quienes defienden que hay transmisión de la propiedad al usufructuario, a la vez afirman su extinción una vez consumidos los bienes. Por eso ambas teorías sólo son contrapuestas en la explicación que ofrecen respecto a la configuración jurídica del derecho hasta el momento del consumo.

En consecuencia, respecto a los efectos que produce el consumo del bien y su consiguiente desaparición en los respectivos derechos de usufructuario y nudo propietario, la doctrina es unánime al defender la extinción de los mismos. La postura es lógica por principio, pues como derechos reales que son, recaen sobre bienes, y pierden su apoyatura cuando tales bienes desaparecen. En todo caso, es preciso cuestionar si realmente hay una desaparición del objeto, planteando si cabe alguna solución alternativa, más satisfactoria que la admitida generalmente.

Procederemos a continuación a analizar la postura doctrinal que considera que tras el consumo se genera una pérdida de la propiedad y el nacimiento de un derecho de crédito, para someterla posteriormente a crítica.

2.1. La teoría de la pérdida de la propiedad, la extinción del derecho real y el nacimiento de un derecho de crédito

Según la doctrina expuesta, en aplicación de la doctrina general, la desaparición del objeto de la realidad jurídica conlleva la pérdida de la propiedad por parte del nudo propietario y con ello la extinción del derecho real⁵⁵⁵.

⁵⁵⁵ RUIZ SERRAMALERA, *Lecciones...*, op. cit., pág. 40, nota 1, afirma que "[l]a pérdida del derecho de propiedad se produce con toda evidencia cuando las cosas se consumen (la destrucción de la cosa es uno de los modos de perder la propiedad)".

Entre nosotros, uno de los primeros defensores de la pérdida de la propiedad por parte del nudo propietario fue JORDANO BAREA⁵⁵⁶. Además, en su tesis la pérdida de la propiedad tiene también una consecuencia en la relación jurídico real: la extinción del *ius in re aliena*. Por ello el autor afirma que una vez consumidas las cosas de otro por el ejercicio de un poder jurídico adecuado "se pierden a un tiempo la propiedad y el *ius in re aliena*"⁵⁵⁷. El autor con esto cierra su tesis, demostrando que el usufructo de cosas consumibles es un derecho real de goce distinto de la propiedad, que coexiste con ella hasta el momento del consumo.

En un sentido similar se expresa DÍEZ-PICAZO, al afirmar que cuando el usufructuario de cosas consumibles las consume, se produce una *violación o lesión* del derecho real, "provocando indebidamente su extinción", entendiendo por *violación o lesión* del derecho real aquel "obstáculo puesto al pacífico y continuado ejercicio del derecho", es decir, "un impedimento de ejercicio"⁵⁵⁸.

El consumo, sin embargo, no puede considerarse una lesión o violación al derecho real; la consumición no va acompañada de los requisitos que el autor considera imprescindibles para que se produzca la lesión o violación, es decir, una perturbación posesoria o una negativa o

⁵⁵⁶ JORDANO BAREA, "El cuasi-usufructo...", *loc. cit.*, pág. 994. Con posterioridad también la defienden, entre otros, GETE-ALONSO y CALERA, *Estructura y función...*, *op. cit.*, pág. 362; CLEMENTE MEORO, en LÓPEZ LÓPEZ, y MONTÉS PENADÉS, *Derechos reales...*, *op. cit.*, pág. 484; DÍEZ PICAZO, y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema...*, *op. cit.*, vol. III, pág. 418. En Italia, BARBERO, *L'usufrutto...*, *op. cit.*, pág. 16, considera que el art. 995 del Codice al establecer el régimen de restitución (idéntico al art. 482 Cc) "non parla de restituzione delle cose e tanto meno di rivendica da parte del concedente: il che farebbe supporre che la proprietà va perduta".

Legalmente, la ley 353-2 de la Compilación de Navarra afirma que "[s]on consumibles aquellas cosas de las que no se puede hacer un uso apropiado sin consumirlas o perder su propiedad"

⁵⁵⁷ JORDANO BAREA, "El cuasi-usufructo...", *loc. cit.*, pág. 994. En el mismo sentido se expresa GETE-ALONSO, *Estructura y función...*, *op. cit.*, pág. 362: "el nudo propietario sólo deja de serlo en el momento que se produce la utilización de la cosa, con lo que desaparece el derecho real sobre la misma".

⁵⁵⁸ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, *op. cit.*, III, pág. 871.

desconocimiento del derecho del titular⁵⁵⁹. El usufructuario lo único que hace es ejercer las facultades que le concede la ley: "servirse de la cosa". Entonces el problema radica en el objeto, en su especialidad, no en la actuación del usufructuario, que en ningún caso es lesiva pues se limita a hacer lo que la ley le permite.

Si bien estamos de acuerdo con la pérdida de la propiedad de la "misma cosa" entregada en usufructo una vez que ésta se consume, veremos posteriormente que puede someterse a duda el hecho de que se extinga el derecho real.

Destaca también la teoría de GETE-ALONSO, que en cuanto al régimen jurídico de las cosas consumibles, observa los siguientes efectos: la destrucción de la cosa, la pérdida del derecho de propiedad y, por último, el nacimiento de un derecho de crédito⁵⁶⁰.

Respecto a este derecho de crédito, afirma que "[s]iempre que en el acto jurídico en el que haya de intervenir una cosa consumible, aparezca, por exigencia legal, una obligación de devolución o restitución, dados los efectos anteriormente examinados [se refiere a la destrucción de la cosa y a la pérdida de la propiedad], se predica, legalmente, el nacimiento de un derecho de crédito del tradens a la exigencia bien de otro tanto de lo mismo

⁵⁵⁹ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, op. cit., III, pág. 871.

⁵⁶⁰ GETE-ALONSO y CALERA, *Estructura y función...*, op. cit., págs. 361 a 363.

El hecho de que el "nudo propietario" adquiere un derecho de crédito contra el "usufructuario", convirtiéndose en un acreedor, ha sido defendido por la inmensa mayoría de la doctrina. Sin embargo, esa misma doctrina es partidaria, a la vez, de la transmisión de la propiedad al usufructuario. Destacan, entre muchos, DE BUEN, en notas a COLIN y CAPITANT, *Curso elemental...*, op. cit., tomo segundo, vol. II, pág. 393; ALBALADEJO, *Derecho civil...*, op. cit., III, vol. segundo, pág. 70. En Francia, BEUDANT, *Cours de droit civil...*, op. cit., pág. 490, n. 450; HUMBERT, *Essai sur la fongibilité...*, op. cit., pág. 71; WEIL, *Droit civil...*, op. cit., pág. 481, n. 558; JUGLART, *Cours de droit civil avec plans de devoirs et études de questions pratiques*, tome I, deuxième volume, Paris, s.f., pág. 104, n. 429. En Bélgica, VAN ARENBERGH, *Traité...*, op. cit., col. 280, n. 938. En Italia, entre la doctrina del Codice de 1865, VENEZIAN, *Usufructo...*, op. cit., II, pág. 256; entre la doctrina del Codice de 1942, BARASSI, *I diritti reali...*, op. cit., pág. 211.

(de la misma especie o calidad), bien del valor de la cosa si ésta se dio tasada (art. 482, final)".

Añade que la consumibilidad, para que pueda dar lugar al nacimiento de un derecho de crédito, necesita que sea a la vez fungible, ya que la sola consumibilidad, por aplicación de las normas generales de esta materia, provocaría, por una parte, la pérdida del derecho de propiedad y, por otra parte, la extinción del derecho de crédito, si lo hubiere, en relación a la misma. Esto último a causa del art. 1182 Cc ("[q]uedará extinguida la obligación que consista en entregar cosa determinada cuando ésta se perdiere o destruyere"), ya que usar una cosa consumible conlleva perderla o destruirla, "y la cosa consumible se define siempre como individuo, es decir como determinada".

Es por ello que es preciso que la cosa sea consumible y a la vez fungible, pues "[l]a individualidad inherente al concepto de cosa consumible provoca la desaparición del objeto y de cualquier derecho en relación a la misma". Considera la autora que en el art. 482 Cc, la obligación de devolución subsiste por efecto legal, pero siempre que la cosa sea además fungible⁵⁶¹.

Sin embargo, la necesidad de que las cosas consumibles sean a la vez fungibles, puesto que la consumibilidad por sí misma genera la pérdida de la propiedad y la extinción del derecho de crédito con base en el art. 1182 Cc, puede ser discutible. Que el consumo del bien comporte la pérdida de la propiedad de la cosa que se entregó en usufructo es evidente; sin embargo, no lo es tanto acudir al art. 1182 Cc. Es un precepto que no encaja en el régimen de las cosas consumibles, porque en éste la obligación no es la de entregar una cosa concreta y determinada, sino que se trata

⁵⁶¹ En cuanto a la fungibilidad, GETE-ALONSO y CALERA, *Estructura y función...*, op. cit., págs. 363 a 367, 371, 375, afirma que al analizar el tipo contractual de préstamo de mutuo (art. 1753 Cc), se pone de relieve y se deduce el régimen jurídico de la fungibilidad: confusión objetiva, pérdida de la propiedad, adquisición de la propiedad y nacimiento de un derecho de crédito.

de una obligación distinta: lo que hay que restituir es un equivalente, ya sea de la misma cosa o su valor.

Además, atribuir la necesidad de la fungibilidad en las cosas consumibles para que "pueda nacer" un derecho de crédito, como dice GETE-ALONSO, no nos parece lo más adecuado. ¿Qué ocurre cuando son cosas consumibles no fungibles? Creemos que la estimación realizada al constituirse el usufructo tiene aquí un papel importante. La posibilidad que otorga el art. 482 Cc de restituir la estimación realizada al inicio del usufructo o el precio corriente al finalizar el usufructo está pensada para esos casos en que la cosa es consumible no fungible. La peculiaridad de la consumibilidad genera la necesidad de una especial restitución: el valor económico de la cosa desaparecida⁵⁶². Sin embargo, si se trata de una cosa que es consumible y a la vez fungible, se podrá restituir otro tanto de la misma especie y calidad.

El nacimiento de un derecho de crédito también lo defiende Díez-Picazo. El autor afirma que "[e]n todos aquellos casos en que el derecho real haya desaparecido o se haya extinguido como consecuencia del acto de violación o de lesión, el titular dispone de la posibilidad de reclamación del valor del derecho extinguido. Se transforma así lo que hasta ese momento fue un derecho real en un derecho de crédito". Añade que puede considerarse un derecho de resarcimiento o indemnización sometido a las reglas de la responsabilidad contractual o extracontractual, o como una acción de enriquecimiento sin causa⁵⁶³.

⁵⁶² Así, lo establece el § 1067 BGB: "nach der Beedigung des Nießbrauchs hat er dem Besteller den Wert zu ersetzen, den die Sachen zur Zeit der Bestellung hatten", que como vemos no concede la facultad de restituir un *tantundem* sino solamente el valor. El precepto está pensando solamente en las cosas consumibles en su sentido puro.

⁵⁶³ Díez-Picazo, *Fundamentos...*, op. cit., III, págs. 872 y 873. Blasco Gascó, en López López, y Montés Penadés, *Derechos reales...*, op. cit., pág. 133, manifiesta que "[e]s irrelevante, por cuanto a la extinción se refiere, que la pérdida o destrucción se produzca por caso fortuito o fuerza mayor o sea imputable a un tercero o al sujeto al gravamen real o, finalmente, obedezca al propio ejercicio del derecho real. En cualquier caso, la extinción de éste se produce y

Esta explicación tiene gran interés en cuanto busca un fundamento distinto al de la mayoría de la doctrina, acudiendo a las fuentes tradicionales de los derechos de crédito, evidenciando al menos tácitamente, la insuficiencia del consumo por sí solo para justificar la transformación de un derecho real en un derecho de crédito. Sin embargo, ya pusimos de manifiesto que el consumo no puede considerarse una lesión o violación del derecho real. En todo caso, tampoco puede defenderse la existencia de un enriquecimiento injustificado, pues aunque se considerase que con el consumo del bien se produce un enriquecimiento del usufructuario correlativo a un empobrecimiento del nudo propietario, no puede considerarse carente de causa el hecho de consumir el bien, al estar amparado por el título constitutivo, además del art. 482 Cc.

2.2 La posible pervivencia del derecho real

2.2.1. Crítica a la teoría de la pérdida de la propiedad, la extinción del derecho real y el nacimiento de un derecho de crédito. Otras hipótesis

Conforme la tesis expuesta, con el consumo del bien se producía la extinción de la propiedad a causa de la desaparición de la cosa de la realidad jurídica, produciéndose, a su vez, la extinción del derecho real. Pero la defensa de esta postura nos genera una duda: si el derecho real se ha extinguido, ¿de dónde surge el derecho de crédito que se defiende?

Si el art. 482 Cc prevé la restitución de un equivalente es porque se trata de una obligación inherente al derecho real de usufructo. La especialidad del objeto no permite la restitución de la misma cosa por lo que se restituirá un equivalente. Aunque el usufructo de cosas consumibles goce de una peculiaridad suprema, está inmerso,

determinados efectos de tal extinción (v. gr., indemnizaciones en virtud del contrato de seguro o ex art. 1902 Cc) pertenecen ya al ámbito propio del Derecho de obligaciones".

gráficamente a modo de cuña, en la institución del usufructo, por lo que el goce y la restitución de estas cosas, aunque sea especial, lo permite la institución del usufructo.

Por lo tanto, si se extinguiera el derecho real, habrían de extinguirse también todos los derechos y obligaciones característicos de tal derecho, entre ellos la obligación de restituir.

Algo que se constituye y surge como derecho real de usufructo no puede transformarse de forma arbitraria, en cuanto queda a discreción del usufructuario, en un derecho de crédito. Además, ¿cuál sería el régimen, duración, etc. de este derecho de crédito?

Sin embargo, puesto que el usufructuario tiene plenas facultades de disposición sobre los bienes, y consume o no, no tiene por qué restituir los mismos bienes; y puesto que desde la constitución el nudo propietario sabe que no va a recibir los mismos bienes, sería coherente defender que lo que se constituye es un puro derecho personal desde el principio: una cesión de bienes a cambio de la obligación de abonar su valor o restituir un *tantundem* en el momento cierto o incierto fijado en el título constitutivo. Un puro derecho personal consistente en una obligación de dar.

Sería coherente, pero no compatible con el criterio legal que admite el disfrute de bienes consumibles bajo la fórmula del usufructo, figura que aunque en su contenido esté compuesto por obligaciones, su única naturaleza es la de derecho real, sin que admita una formulación híbrida.

Lo que no parece coherente es defender que el usufructo una vez constituido por una duración determinada -sea el término *certus quando* o *incertus quando*- nazca como derecho real y a partir de un momento, que queda al arbitrio del usufructuario, se convierta en un derecho de crédito, siendo esto lo único que subsiste tanto para el usufructuario como para el nudo propietario hasta el momento de la extinción.

No parece justo que el derecho de usufructo nazca con una configuración que ofrece una especial garantía para los

sujetos constituyentes, para que luego se desvanezca. No resulta fácil de admitir que el nudo propietario por el mero consumo del bien, el cual forma parte del contenido natural del derecho, se vea privado de su derecho de propiedad para verse convertido en titular de un derecho de crédito. Toda garantía del nudo propietario se esfuma en un instante dependiendo de algo tan arbitrario como el consumo de un bien por parte del usufructuario. Entonces, ¿qué sentido tiene constituirlo como derecho de usufructo y considerarlo así, si en el momento en que la naturaleza real está destinada a desplegar su eficacia, que es en el de la restitución, lo único que pervive es un derecho de crédito?

Otra cuestión es que la desaparición del bien cuyo disfrute se cedió impida la continuación del derecho real. Si el bien se ha consumido, ha desaparecido, por lo tanto, ¿podemos continuar hablando de usufructo?, ¿no se extingue con ello el derecho de propiedad?

Según el criterio general, la desaparición del objeto genera la extinción del derecho real⁵⁶⁴. Es evidente que si el derecho real es un derecho sobre la cosa, un poder jurídico-económico y excluyente sobre la cosa, si desaparece el bien se extingue también el poder jurídico y su función o aprovechamiento económico⁵⁶⁵. Además, el art. 513 Cc, en sede de usufructo, recoge como quinta causa de extinción del derecho real de usufructo "la pérdida total de la cosa objeto de usufructo".

⁵⁶⁴ Valgan por todos, Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, op. cit., III, págs. 883 ss.; BLASCO GASCÓ, en LÓPEZ LÓPEZ, y MONTÉS PENADÉS, *Derechos reales...*, op. cit., págs. 132 ss; RIVERO HERNÁNDEZ, en LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos...*, op. cit., III, vol. primero, pág. 263 ss.

⁵⁶⁵ Son significativas en este sentido las palabras de CAVIN, Pierre-Eugène, *L'extinction de l'usufruit "rei mutatione"*, étude de droit romain classique, Lausanne, 1933, pág. 8: "[l]e droit réel a pour fonction de procurer la jouissance plus ou moins étendue des utilités d'une chose. Son sort est donc étroitement lié à celui de cette chose. Est-elle détruite, le titulaire se trouve dans l'impossibilité matérielle d'exercer sur elle les pouvoirs que lui confère le droit, qui perd ainsi sa raison d'être et s'eteint".

En el usufructo de cosas consumibles, aplicando los criterios generales, por lo tanto, la desaparición del bien generaría la pérdida de la propiedad por parte del nudo propietario y la extinción, al mismo tiempo, del derecho real en cosa ajena (el usufructo).

Sin embargo, el principio general anunciado según el cual la desaparición del objeto produce la extinción del derecho real, corroborado en sede de usufructo en el art. 513-5 Cc, puede matizarse con los arts. 517 y 518 Cc que a continuación procedemos a exponer.

2.2.2. Los arts. 517 y 518 Cc: el principio *rei mutatione amittitur usufructus*

Los artículos 517 y 518 Cc se hallan en la sección cuarta relativa a la extinción del usufructo; sin embargo, es discutible si tratan de verdaderos supuestos de extinción. Ambos preceptos tienen en común un mismo supuesto de hecho, pues parten de la pérdida del objeto del usufructo, pero ello no conlleva la extinción del derecho, sino la modificación del mismo.

En el art. 517, centrándonos en el apartado segundo, puesto que el primero vendría a ser una aplicación del art. 514 Cc, como supuesto de pérdida parcial del objeto⁵⁶⁶, el edificio perece y el usufructo continúa sobre un objeto diverso. Si el nudo propietario no edifica de nuevo, el usufructo continúa en forma de disfrute del suelo y los materiales. Hay una transformación del objeto que pasa de ser un edificio a ser unos "restos". Aunque podría objetarse que los "restos" son parte del edificio. Sin embargo, el precepto, en consideración al interés general y a la equidad, permite que el nudo propietario entregue al usufructuario los intereses de las sumas correspondientes al valor del suelo y el material en el caso de que aquél

⁵⁶⁶ MUCIUS SCAEVOLA, Comentario al art. 517 Cc, en *Código civil...*, op. cit., tomo IX, pág. 457; DORAL GARCÍA, Comentario al art. 517 Cc, en *Comentarios al Código...*, op. cit., tomo VII, vol. 1º, pág. 423.

decida edificar de nuevo. Incluso en este último supuesto, no se admite la extinción del usufructo sino la continuación del mismo, es decir, persiste en beneficio de aquél a quien fue otorgado el derecho: el usufructuario. Y ello aunque se sustituya la cosa sobre la cual se ejercía el goce, esto es, el terreno y el material por el correspondiente capital en dinero⁵⁶⁷. Por lo tanto, y por lo que a nosotros nos interesa, a pesar de la desaparición de la cosa usufructuada, el derecho de usufructo persiste.

Una conclusión similar puede extraerse del art. 518 Cc, en el que la indemnización del seguro pasa a ocupar el lugar de la cosa objeto de usufructo por medio de la subrogación real⁵⁶⁸. Según sea el nudo propietario o el usufructuario, o ambos, los que hayan realizado el seguro y se reconstruya o no el edificio, el usufructo continúa sobre el nuevo edificio, sobre los intereses de la suma del seguro, o sobre los materiales y el suelo o el interés del valor de los mismos.

En estos supuestos lo que hay es una modificación del objeto, una transformación, una *mutatio rei*, pero no una extinción del usufructo, a pesar de que se haya producido la destrucción del objeto originario. El usufructo

⁵⁶⁷ GROSSO, "Usufrutto o mutamenti della cosa", *Rivista di Diritto Commerciale (Riv. Dir. Com.)*, vol. 39, 1941, Parte seconda, pág. 56.

En torno al art. 517 Cc, existe la discusión doctrinal entre considerarlo como una excepción a los arts. 513-5 y 514 Cc, o una aplicación de lo que se considera que es un principio general: que en caso de incendio u otro tipo de destrucción no se extingue el usufructo. Así, por ejemplo, MORENO QUESADA, Bernardo, *Comentario al art. 517 Cc*, Ministerio de Justicia, en *Comentario...*, op. cit., I, pág. 1369; CLEMENTE MEORO, en LÓPEZ LÓPEZ, y MONTÉS PENADÉS, en *Derechos reales...*, op. cit., pág. 481, consideran que se trata de una excepción, en cambio, MUCIUS SCAEVOLA, *Comentario al art. 517 Cc*, *Código...*, op. cit., tomo IX, pág. 457; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema...*, op. cit., III, pág. 413, una manifestación del art. 514 Cc, puesto que se supone que el usufructo no está constituido sólo sobre el edificio sino que también sobre el suelo.

⁵⁶⁸ BERCOVITZ y RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, "El seguro de usufructo en el Código civil", en *Estudios en homenaje a Federico de Castro*, I, Madrid, 1976, pág. 179.

continúa, no se extingue, aunque el objeto del mismo cambie⁵⁶⁹.

El fundamento de estos preceptos es muy concreto: el de no limitar la construcción⁵⁷⁰. No obstante, y de todas formas, no hay extinción del derecho de usufructo aunque no se construya de nuevo el edificio y a pesar del perecimiento del objeto, sino que aquél continúa sobre los restos o sobre unos intereses (ya sean de los materiales y el suelo -art. 517 Cc- o del seguro -art. 518 Cc-) que paga el nudo propietario al usufructuario.

En cierto modo se transforma el derecho de usar o disfrutar materialmente el bien en el derecho a recibir un rendimiento, los frutos civiles correspondientes a su valor. Pero lo que se transforma no es el derecho (de

⁵⁶⁹ BERCOVITZ, "El seguro...", *loc. cit.*, pág. 180, afirma que "el art. 518 (...), no atiende a un supuesto de extinción, sino a uno de modificación, al igual que los arts. 517 y 518, donde se habla explícitamente de la continuación del usufructo ("mientras dure el usufructo" - "por todo el tiempo que deba durar el usufructo")"; DORAL GARCÍA, Comentario al art. 517 Cc, en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales...*, *op. cit.*, tomo VII, vol. 1º, págs. 424 y 425: "[l]a doctrina entiende que el usufructuario no ve extinguido su derecho, sino que disfrutará del suelo y de los materiales", y si el nudo propietario decide reconstruir "se produce un conflicto de intereses entre el nudo propietario y el usufructuario, ya que el derecho sobre el suelo y materiales se transforma en otro diferente: el de percibir los intereses de una suma" y añade que "[l]a transformación -convertirlo en un crédito- no le es relevante, ya que al ser el destino económico diverso del que tenía la cosa originaria, el usufructo mismo experimenta una modificación para adecuarse a la nueva naturaleza del goce -frutos civiles- que permanece posible"; MORENO QUESADA, Comentario al art. 517 Cc, Ministerio de Justicia, en *Comentario...*, *op. cit.*, I, pág. 1370, en torno al apartado segundo del precepto afirma que "aquí el edificio objeto del usufructo desaparece, y lo que hace el legislador al conceder el disfrute del suelo y los materiales al usufructuario, es modificar el anteriormente establecido; a ello no es obstáculo la destrucción del objeto, en cuanto que pueda continuar sobre otro distinto que se le subroga, si la ley así lo dice, como es el caso del art. 518, y puede afirmarse que lo es este del art. 517-II"; comentando el art. 518, pág. 1371, considera que "se trata de un caso de subrogación real, y como tal de modificación y no de extinción del usufructo, de modificación por cambio total de objeto".

⁵⁷⁰ MUCIUS SCAEVOLA, Comentario al art. 517 Cc, en *Código civil...*, *op. cit.*, tomo IX, pág. 457.

usufructo a un derecho de crédito) sino el contenido de ese usufructo⁵⁷¹.

Sin embargo, que el cambio del objeto (*mutatio rei*) no produzca la extinción del derecho real no era un principio aceptado por el Derecho romano. Todo lo contrario, ya que la *mutatio rei* se consideraba una extinción del derecho de usufructo: Paulus, Sent. 3.6.31, "Rei mutatione amittitur usufructus, si domus legata incendio conflagraverit aut ruina perierit, licet postea restitatur"⁵⁷². CAVIN, afirma que "[n]os sources nous enseignent que l'usufruit sur une maison d'habitation s'éteint si cette maison s'écroule, est démolie ou incendiée; il ne subsiste ni sur les matériaux, ni sur le terrain", y como ejemplos de la extinción del legado de usufructo por *mutatio rei* cita, entre muchos otros, el caso de un jardín invadido por las aguas o el estanque que se seca y se convierte en un campo⁵⁷³.

⁵⁷¹ GROSSO, "Usufrutto o mutamenti...", *loc. cit.*, pág. 54, comentando la sentencia de la Corte di appello di Torino -17 luglio 1940, Maffioli c. Zaretti, afirma que "[l]a efficacia della rei *mutatio* è l'espressione più radicale della delimitazione del contenuto dell'usufructo".

⁵⁷² Actualmente ALABALADEJO, *Derecho civil...*, *op. cit.*, III, vol. segundo, pág. 59 y 60, nota 86, afirma también que "el usufructo lo es sólo sobre la cosa originariamente considerada. Todo cambio de naturaleza (*rei mutatio*), lo extingue".

⁵⁷³ CAVIN, *L'extinction de l'usufruit...*, *op. cit.*, págs. 15 y 33. El autor afirma (págs. 31 y 37) que los juristas clásicos hacían depender la extinción del legado de usufructo de la pérdida de identidad de la cosa (criterio totalmente abstracto). Si la cosa se transformaba hasta el extremo de convertirse en una cosa nueva, el legado se extinguía, pero si la transformación no amenazaba la identidad de la cosa el legado de usufructo subsistía. El concepto decisivo para establecer la identidad era la de *species* (*nova species* = *nova res*). "La matière dont est faite une chose peut disparaître, cette chose reste la même tant que la *species rei* subsiste" (pág. 42). En cuanto a la *species* ni la materia ni la forma son la base de la misma (págs. 43, 45, 47), por lo tanto, su noción no descansa en los elementos constitutivos de una cosa.

La *species* es la cosa, no en consideración a su estructura interna, ni determinada por criterios físicos, sino que se trata de la cosa en cuanto que esta rinda determinados servicios, "*species désigne la chose pour autant que cette chose répond à une représentation abstraite que nous nous en faisons, représentation basée sur la fonction économique, sur l'utilité de cette chose*" (pág. 48). En cambio, *nova res* (pág. 47), no es una cosa nueva en su esencia, sino el bien que reemplaza las funciones nuevas incapaces de cumplir con su forma primitiva.

El autor afirma también que "[l]a *mutatio rei* n'est pas autre chose que la disparition de l'objet du droit. La règle *rei mutatione amittitur ususfructus* n'est que l'expression spéciale, en matière d'usufruit, de la règle générale et naturele: la perte de l'objet du droit emporte l'extinction du droit lui-même"⁵⁷⁴.; no obstante, admite una "renaissance" del derecho de usufructo, ya que por una parte, considera que el usufructo constituido sobre una área se extingue por la construcción realizada sobre la misma, pero "renace" al destruirse el edificio; y, por otra parte, el usufructo aunque se extingue por una inundación, una vez desaparecida la misma, "renace" el usufructo *ipso iure*⁵⁷⁵.

Con esta indicación, puede deducirse que en estos supuestos, no estamos ante una verdadera extinción del derecho de usufructo, que conllevaría la consolidación de la propiedad por el nudo propietario, sino más bien ante una suspensión de su ejercicio, por la imposibilidad de uso del objeto.

La regla de tradición romanista *rei mutatione amittitur ususfructus*, como hemos visto, no está actualmente vigente en nuestro Código y parece ser que fue por obra de POTHIER por lo que se introdujo este cambio en el sentido de reconocer la subsistencia del derecho de usufructo sobre el suelo y los materiales cuando el objeto se destruye,

Acaba afirmando que el "nombre" es el criterio de la identidad especialmente en materia de usufructo, y habrá *mutatio rei* y, por lo tanto, extinción del derecho cada vez que la cosa pierda su nombre (pág. 65).

⁵⁷⁴ CAVIN, *L'extinction de l'usufruit...*, op. cit., pág. 74.

⁵⁷⁵ CAVIN, *L'extinction de l'usufruit...*, op. cit., págs. 86, 90 y 92. Cfr. GUARNERI CITATI, Andrea, en la recensión a la obra citada de CAVIN, en *Studia et Documenta Historiae et Iuris (SDHI)*, 1937, anno III, págs. 203 ss., que a parte de resaltar aspectos importantes de la obra del autor, se manifiesta en contra de algunas de sus afirmaciones, sobre todo en materia de interpolaciones e interpretaciones de diversos textos de Derecho romano.

esto es, la subsistencia del usufructo a pesar de la desaparición del objeto⁵⁷⁶.

Así pues, el principio general según el cual la pérdida del objeto produce la extinción del derecho real se ve matizado por los arts. 517 y 518 Cc, en los cuales se regula una modificación del derecho real y no una extinción del mismo a pesar del perecimiento del objeto. Por ello se puede también plantear qué sucede con el usufructo de cosas consumibles, si puede o no considerarse a su vez como una matización del principio general.

2.2.3 La consumición del bien sin extinción del derecho real y el usufructo de cosas consumibles

En el usufructo de cosas consumibles tampoco es tan claro ni evidente que la desaparición del objeto conlleve la extinción del derecho real de usufructo.

⁵⁷⁶ Así lo han puesto de manifiesto RIVERO HERNÁNDEZ, en LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos...*, op. cit., III, vol. segundo, pág. 57; BERCOVITZ, "El seguro...", loc. cit., pág. 179.

En efecto, POTHIER, "Traité du Douaire...", op. cit., n. 256-7º, págs. 178 ss., tras exponer la teoría romanista, afirma en la pág. 180 que "[d]ans notre droit françois, on ne s'attache pas aux subtilités du droit romain; et soit que l'usufruit soit d'une universalité de biens, soit qu'il soit l'usufruit spécial d'une certaine chose; lorsque la chose chargée d'usufruit a changé de forme, et a été convertie en une autre chose, on doit décider que l'usufruit n'est pas éteint, et qu'il doit subsister dans la chose en laquelle a été convertie celle qui a été chargée de l'usufruit".

"C'est pourquoi, si l'on a donné à une femme pour son douaire conventionnel l'usufruit d'une maison; si la maison vient à être incendiée par le feu du ciel, et que le propriétaire ne juge pas à propos de la rebâtir, la donataire doit jouir par usufruit de la place, et la louer comme elle pourra; et elle doit pareillement jouir en usufruit du prix que seront vendus les matériaux qui en restent. Si, au contraire, le propriétaire rebâtit la maison, la douairière aura l'usufruit de la maison qui aura été rebâtie".

"Par la même raison, lorsqu'on a donné à une femme pour son douaire conventionnel l'usufruit d'une certaine rente, et que le débiteur en fait le rachat; poique cette rente, dont la douairière avoit l'usufruit, soit éteinte par le rachat qui en a été fait, l'usufruit de la douairière ne sera pas pour cela éteint; mais il sera transporté sur les deniers provenus u rachat, ou plutôt sur le remploi qui en sera fait en autres rentes ou héritages".

A diferencia del art. 517 Cc, POTHIER también somete en usufructo en nuevo edificio reconstruido por el nudo propietario, y así se reconoce expresamente en el art. 750 del Código civil suizo.

Desde la constitución del usufructo, el nudo propietario sabe que no va a recibir la misma cosa sino un equivalente ya previamente determinado y, sin embargo, existe derecho real desde el principio.

Con el consumo del bien desaparece la *res ipsa*, la cosa determinada y concreta que el nudo propietario entregó al usufructuario. Sin embargo, la especialidad del objeto, por tratarse de cosas consumibles si a la vez son fungibles, permite que se entregue una *res nova*, es decir, una cosa de igual especie y calidad que la *res ipsa*. En el usufructo de cosas consumibles no se produce una transformación de la cosa objeto de usufructo, sino una verdadera y propia sustitución de una cosa por otra, con unas características idénticas que no permiten diferenciar la *eadem res* de la *res nova* por la especialidad de la naturaleza del objeto: la fungibilidad⁵⁷⁷. En cambio, si las cosas son consumibles pero no fungibles, la *res ipsa* se sustituye por el *pretium rei* (el valor de la cosa).

Es evidente que entre la *res ipsa* y la *res nova* no se percibe una solución de continuidad del objeto, como puede suceder entre la *res ipsa* y el valor de la cosa. En el primer caso hay una relación directa e inmediata entre los dos objetos, en cambio, en el segundo, la relación es indirecta y mediata.

La *res nova* al ser de la misma especie y calidad que la *res ipsa* puede evitar la extinción del objeto del derecho real. La función económica se realiza igualmente

⁵⁷⁷ En un sentido similar se expresa MOURLON, *Repetitions ecrites...*, op. cit., pág. 715, afirma que "comme dans l'usufruit, l'une des parties acquérait l'usage d'une chose, sous l'obligation de faire une restitution; seulement, au lieu de rendre la chose même dont elle avait eu usage, elle rendait une autre chose; mais comme cette chose était en tous points semblable à celle que le propriétaire avait aliénée, celui-ci se trouvait, en quelque sorte, dans la même position que le nu-propiétaire auquel on rend sa propre chose. Il y avait donc là l'équivalent parfait d'un usufruit proprement dit".

ENEZIAN, *Usufructo...*, op. cit., I, pág. 4, n. 3, afirma que "[p]ara que sean compatibles el disfrute presente y el venidero en las cosas mismas que no son aptas para repetición de utilidad, necesítase que sea posible la reiteración, o sea la sustitución de la cosa; esto es, que indistintamente se pueda tomar como medio de utilidad el objeto, u otro de igual género, y asegurar el disfrute, más bien que de la cosa misma, de su equivalente".

por la identidad de los objetos. A esto podría objetarse que al tratarse de una sustitución (una *res nova*), lo que se produciría es la extinción del derecho real ya que el art. 517-2 Cc nada dice de la continuidad del usufructo sobre el nuevo edificio, como por ejemplo hace el art. 750-1-2 Cc suizo: "[l]e propriétaire n'est pas tenu de rétablir la chose détruite", "[s]'il la rétablit, l'usufruit renaît". Sin embargo, si el art. 517-2 Cc adopta esa solución es porque el usufructo sobre un edificio es un usufructo propio, constituido sobre un bien concreto y determinado, donde hay que restituir el mismo bien y si desaparece no puede continuar sobre el mismo ni sobre el nuevo que le sustituya. Además, la naturaleza del bien puede salvar esa objeción puesto que al tratarse de cosas consumibles fungibles se permite con ello la persistencia del objeto aunque la cosa se sustituya.

Además, la conservación de la forma y la sustancia modela el contenido del usufructo común, configurándose como un límite objetivo, de manera que la transformación de la cosa supone una alteración del objeto, considerable como infracción en relación al contenido del derecho⁵⁷⁸. Sin embargo, en el usufructo de cosas consumibles la forma y la sustancia no forman parte del contenido del usufructo, por lo que la transformación no tendrá la incidencia que puede tener en el usufructo común.

En la sustitución del objeto originario por el *pretium rei*, actúa con más intensidad el pacto que las partes hayan podido establecer en virtud del art. 470 Cc, o la ley (art. 482 Cc). Además, la no extinción del usufructo aunque se cambie la *res ipsa* por el precio, también queda reflejada en los arts. 517-2 y 518 Cc. Así, al igual que el nudo propietario puede pagar los intereses del valor del suelo y los materiales (art. 517-2 Cc) o del seguro (art. 518 Cc) si desea construir de nuevo, el usufructuario puede restituir el valor de la cosa conforme al art. 482 Cc aun con más motivo ya que la relación entre el valor de la cosa

⁵⁷⁸ GROSSO, "Usufrutto o mutamenti...", *loc. cit.*, pág. 54.

y la *res ipsa*, viene certificada por la naturaleza de las cosas consumibles, cuya desaparición tras el consumo sólo puede salvarla su valor, y por la permisón del art. 482 Cc (o el pacto entre particulares)⁵⁷⁹.

Así pues, hay un cambio de objeto pero el derecho de usufructo continúa siendo el mismo⁵⁸⁰.

⁵⁷⁹ RUIZ SERRAMALERA, *Lecciones...*, op. cit., pág. 40, nota 1, manifiesta que "en éste usufructo especial (aunque se dude mucho sobre éste extremo) debe entenderse que el nudo propietario conserva su derecho sobre la misma cosa (sobre su identidad) mientras no haya sido utilizada o consumida, y que sólo cuando esto ocurre es cuando la ley transforma su derecho en la percepción del valor patrimonial que tuviera (o sobre otra de igual calidad)". Sin embargo, esta afirmación es algo ambigua, pues se refiere a que se transforma en un derecho de crédito y además, no conserva su derecho sobre la "misma cosa" mientras no consuma sino un derecho predeterminado a recibir un equivalente.

La mayoría de la doctrina ve en el art. 517-2 Cc el nacimiento de un derecho de crédito a favor del usufructuario, una transformación del usufructo en un derecho de crédito, pero lo que se transforma no es el derecho sino el contenido del derecho. Así, MUCIUS SCAEVOLA, Comentario al art. 517 Cc, en *Código civil...*, op. cit., tomo IX, pág. 457, manifiesta que se compensa al usufructuario de la desposesión del suelo y de los materiales con el pago de unos intereses; DORAL GARCÍA, Comentario al art. 517 Cc, en *Comentarios a Código...*, op. cit., tomo VII, vol. 1º, pág. 424 Cc, afirma que hay transformación: se convierte en un crédito; MORENO QUESADA, Comentario al art. 517 Cc, Ministerio de Justicia, en *Comentario...*, op. cit., I, pág. 1370: "nace a su favor el derecho a que el propietario le pague, mientras dure el usufructo, los intereses de las sumas correspondientes al valor del suelo y de los materiales"; DíEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema...*, op. cit., III, pág. 412: "[s]e convierte entonces el usufructuario en titular de un derecho de crédito contra el propietario por esos intereses".

⁵⁸⁰ Sin embargo, tras lo expuesto anteriormente, se nos genera la duda de determinar si lo que se produce es, quizás, una novación.

Puede producir cierta perplejidad recurrir a la novación cuando estamos inmersos en relaciones jurídico-reales. Sin embargo, lo hacemos de la mano de DíEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, op. cit., III, pág. 879., el cual afirma que "por lo menos alguno o algunos de los problemas que están implícitos en la figura de la novación se pueden plantear en materia de relaciones jurídico-reales".

El cambio de objeto en el usufructo de cosas consumibles, se trataría de un cambio causal. Cabría distinguir entre una modificación simple, con pervivencia de efectos, y una modificación novativa, con total sustitución de la reglamentación o del sistema de regulación de intereses. Para hablar de una modificación novativa, serían precisos los requisitos del art. 1204 Cc: "[p]ara que una obligación quede extinguida por otra que la sustituya, es preciso que así se declare terminantemente, o que la antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles".

Es evidente que si se admitiera la posible novación de las relaciones jurídico reales, con el cambio de la misma cosa por la *res nova* o *pretium rei* estaríamos ante un modificación simple, con una plena pervivencia de los efectos de la relación modificada, en aquellos aspectos no modificados.

A tenor de lo expuesto, se podría pensar que el propietario de la cosa usufructuada lo es del valor de la misma⁵⁸¹. El valor se plasma de este modo en unos objetos concretos protegidos por una acción real. El valor sería lo que daría sentido a la figura, por lo que el nudo propietario sería propietario de un valor económico⁵⁸². Es a partir de esta idea de valor por lo que la doctrina ha llegado a considerar que lo que se produce es una transformación de un derecho de usufructo en un derecho crédito. Y es inevitable reconocer que cuando lo que hay que restituir es el valor, la diferencia práctica entre considerarlo como derecho real o derecho de crédito es prácticamente irrelevante.

2.2.4. La *perpetuatio usufructus* o *perpetuatio domini*

Consideramos que con el cambio de la *res ipsa* por la *res nova* o *pretium rei*, estamos ante una *perpetuatio usufructus* o *perpetuatio domini*, es decir, es posible la subsistencia del derecho real. No es justo dar peor

Sin embargo, consideramos que defender la novación en sentido jurídico, extrapolándola del Derecho de Obligaciones, no parece lo más idóneo si puede acudir a otras vías.

⁵⁸¹ Así lo consideran entre otros, MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código...*, op. cit., tomo IV, pág. 525; DE BUEN, voz "usufructo", en EJE, op. cit., pág. 588; CATÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español...*, op. cit., tomo II, vol. 1º, pág. 29. En cambio entre la doctrina italiana, a pesar de aceptarse también esta tesis (por ejemplo, RICCI, *Corso teorico-pratico...*, op. cit., pág. 165), NICOLÒ-GIORGIANNI, voz "Usufrutto (Diritto civile)", en *Nuov. Dig. It.*, op. cit., págs. 781 y 782, afirman que "[n]è vale, a nostro avviso, per salvare l'unità dei due istituti, affermare che oggetto del quasi-usufrutto non è direttamente la cosa, ma il suo valore. (...). Senonchè, a prescindere dalla circostanza, che, come è preveduto dallo stesso art. 483, non sempre la stima viene effettuata, è da ricordare che il valore di una cosa non può giammai formare oggetto di un rapporto giuridico, in quanto è esso stesso un rapporto tra due cose, le quali soltanto possono essere considerate oggetto di rapporti giuridici"; en el mismo sentido BARASI, *I diritto reali...*, op. cit., pág. 211.

⁵⁸² RUIZ SARRALAMERA, *Lecciones...*, op. cit., pág. 39, afirma que "el nudo propietario mantiene su derecho más que sobre la cosa misma sobre su contenido o valor económico, puesto que la devolución de éste último constituye, en esencia, la obligación que corresponde al usufructuario al terminar el usufructo".

condición al usufructo de cosas consumibles, pasando de ser un derecho real a un derecho de crédito, que a un usufructuario común⁵⁸³. No hay que desvirtuar lo que es el usufructo de cosas consumibles, ni pasar con ello de un derecho real a un derecho de crédito.

La acción real siempre existe, y precisamente por ser un derecho real, el nudo propietario está legitimado para exigir la *res nova* o el *pretium rei*, ya que tiene un derecho constituido sobre la *res ipsa*⁵⁸⁴. Existe una inmutabilidad o identidad de la relación jurídica a pesar del cambio o sustitución de la cosa afectada.

El legislador al encajar el art. 482 cc en el usufructo, en cierto modo rompió el concepto tradicional del derecho real, sin embargo, ubica el precepto en sede de usufructo, entre otras finalidades para darle eficacia real. Así pues, el usufructuario de cosas consumibles debe poder defender su derecho frente a terceros que le priven de sus bienes puesto que es un usufructo y es usufructuario. Del mismo modo, el derecho del nudo propietario tendrá eficacia real para reclamar el *tantundem* o la estimación, pero no el mismo bien, en el momento de la restitución.

⁵⁸³ NICOLÒ, Comentario al art. 185 (Cose consumibile), en *Codice civile...*, op. cit., pág. 638, tras admitir la transmisión de la propiedad al usufructuario, afirma que "il proprietario, se veda peggiorata la sua posizione dato che perde la tutela più energica propria del diritto reale e acquista solo un diritto di credito", pero considera, por otra parte, que "è avvantaggiato, dal punto di vista economico, dal fatto che egli riceverà alla fine dell'usufrutto il *tantundem* e quindi non subirà gli effetti dannosi del deterioramento che normalmente consegue all'uso di una cosa".

⁵⁸⁴ En contra se manifiesta, entre muchos, VENEZIAN, *Usufructo...*, op. cit., I, pág. 4, n. 3, quien afirma que tras el consumo "aparece la compatibilidad, no de dos derechos reales -porque el derecho real es aquél que tiene por objeto una cosa determinada, y el equivalente de una cosa determinada no es una cosa determinada-, sino de un derecho real y otro de obligación, cuya suma compone la utilidad total, y de cuyos sumandos representan, uno, el valor de la utilidad futura, y el otro, el valor de la diferencia entre ésta y la utilidad total". Sin embargo, esta idea de que tras el consumo ya no se cumple el principio del derecho real según el cual este tiene por objeto una cosa determinada puede rebatirse, porque en el usufructo de cosas consumibles el bien a restituir está tan determinado como aquel sobre el que se constituye guardando una relación directa; si bien el concepto de "determinación" debe ensancharse para admitir esta idea.

Entonces, si entendemos el usufructo como derecho de goce y/o consumición, pero con la reaparición del *corpus* o sustancia, aunque novada o remozada, no hablaríamos de *quasi* (a menudo son equívocos: *quasi-traditio*, *quasi-possessionis*, *quasi-contractus*, etc.), sino de *usufructo* sin más. Las vicisitudes de la relación jurídica no pueden variar lo que es: un usufructo.

La duda que se puede suscitar es si lo que se produce en el usufructo de cosas consumibles es una subrogación real, puesto que ésta supone un principio general de conservación de un derecho a pesar del cambio material de su objeto.

En toda subrogación real pueden distinguirse dos elementos: uno cambiante, el objeto del derecho, que viene a sustituirlo otro objeto en el patrimonio del titular del derecho; y otro estable, el derecho que permanece el mismo y con iguales características sobre el nuevo objeto que ha reemplazado al anterior⁵⁸⁵. Por lo tanto, es preciso plantear si en el usufructo de cosas consumibles lo que realmente se produce es una subrogación real, ya que la *res ipsa* se sustituye por la *res nova* o el valor.

Para que se produzca la subrogación real se requiere una relación de causalidad entre el antiguo objeto y el nuevo que lo sustituye, es decir, que se dé una relación de procedencia y origen entre ellos.

Es esto lo que permite diferenciar el principio de subrogación real del principio de equivalencia, según el cual carece de interés el destino que haya podido tener el objeto antiguo, sólo tiene relevancia el valor del bien que ha desaparecido, pero sin ser precisa una relación de

⁵⁸⁵ MARÍN PADILLA, M^a Luisa, "La formación del concepto de subrogación real", *RCDI*, Septiembre-Octubre, 1975, pág. 1192. La autora define la subrogación real como "un principio de conservación de un derecho, a pesar del cambio material de su objeto, mediante una conservación en valor individualizado por su origen y procedencia y, al mismo tiempo y en casi todas las ocasiones en las que ella interviene, se nos presenta como principio general complementario con el principio también general del enriquecimiento injusto, constituyendo un remedio más, distinto de la acción "in rem verso" y de la "condictio", para prevenir o remediar el equilibrio patrimonial injustamente perturbado".

causalidad. Evidentemente que la subrogación real requiere también la idea de valor económico de los bienes, "pero este valor es necesario que esté identificado, y que el valor obtenido (precio) de un bien proceda de ese mismo bien, tenga su origen en él"⁵⁸⁶.

MARÍN PADILLA afirma que la subrogación real no puede darse en el usufructo de cosas consumibles. Según lo dispuesto en el art. 482 Cc, "lo que la ley pretende en todo momento, y puesto que se le concede al usufructuario la facultad de disponer de las cosas usufructuadas, es que se restituya en su día en razón de equivalencia, es decir, aplicando otro sistema contrario al principio de subrogación real que, en todo momento, considera la individualidad de los bienes y su procedencia y origen"⁵⁸⁷. Añade la autora que si en el usufructo de cosas consumibles se admitiera la subrogación real, se correría el riesgo de desvirtuar la subrogación real aplicándola en supuestos en que no se dan las condiciones para ello. Además, considera que la subrogación real es un principio supletorio y no entra en vigor cuando el legislador tiene otro procedimiento para conseguir el fin que se propone, como es el caso del art. 482 Cc. "El legislador, en este caso, no hace en ningún momento mención del origen o procedencia de los bienes, porque en realidad no le interesa considerarlos

⁵⁸⁶ MARÍN PADILLA, "La formación...", *loc. cit.*, pág. 1207.

⁵⁸⁷ MARÍN PADILLA, "El principio general de la subrogación real en los derechos reales de garantía y goce", *RCDI*, Noviembre-Diciembre 1978, págs. 1179 y 1180.

Sin embargo, este no es el parecer de BONET CORREA, "El dinero...", *loc. cit.*, pág. 137, pues tras afirmar que en los arts. 1047, 1056, 821, 822, 1062 Cc, etc., "el dinero actúa como equivalente o sustitutivo de otros valores patrimoniales que una persona debe percibir, procurando al titular la misma utilidad que le prestarían aquellas cosas o bienes, pero con la particularidad de que el alcance es mayor que el de las propias cosas, al extenderse a las relaciones de disfrute que fueron constituidas sobre la cosa en el momento que se verificó el hecho jurídico que constituye la causa de equivalencia; es decir, que ocurre un fenómeno de subrogación real", añade que "tal subrogación real del dinero aparece en el caso del usufructuario, cuando el usufructo comprende cosas que no pueden usarse consumirse (art. 482)".



así, sino simplemente por su valor y exclusivamente por él"⁵⁸⁸.

Aunque pudieran ser objeto de discusión tales argumentos, el hecho de que exista o no subrogación real entre los bienes consumidos y los que sustituye el usufructuario, no prejuzga la subsistencia del derecho real, ya que no es esa la función de aquella, destinada a mantener el equilibrio patrimonial. Además, el supuesto de hecho en el que se produce la subrogación real no coincide con el del art. 482 Cc, el cual prevé anticipadamente el objeto de la restitución con independencia de la suerte que corran los bienes objeto de usufructo.

En todo caso, en el usufructo de cosas consumibles podría acudirse a la subrogación real en el sentido puramente gramatical: sustituir y poner una cosa en lugar de la otra; pero no en su significado técnico-jurídico.

⁵⁸⁸ MARÍN PADILLA, "El principio general...", *loc. cit.*, pág. 1180. CARRASCO PEREA, *Derecho civil...*, *op. cit.*, pág. 230, considera que el principio de subrogación real "sólo procede en los casos en que lo admite la ley". En cambio DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema...*, *op. cit.*, I, pág. 388, señala que "en los casos en que ésta no la señale no hay inconveniente en que juegue por aplicación de la analogía".

Capítulo IV

La obligación

"con la obligación de pagar el importe de su avalúo al terminar el usufructo, si se hubiesen dado estimadas. Cuando no se hubiesen estimado, tendrá el derecho de restituirlas en igual cantidad y calidad, o pagar el precio corriente al tiempo de cesar el usufructo"

I. El régimen restitutorio en el usufructo de cosas consumibles

1. Planteamiento general del problema restitutorio

1.1. La extinción del usufructo de cosas consumibles: causas y efectos

Si hay una cuestión problemática en el usufructo de cosas consumibles es, junto a la delimitación de su naturaleza jurídica, el régimen restitutorio una vez terminado el derecho de usufructo.

El Código civil no regula expresamente y con carácter general las causas extintivas de un derecho real, como hace en sede de obligaciones (art. 1156 Cc). Las causas de extinción se establecen en cada derecho real en particular, y en el usufructo las regula el art. 513 Cc, aunque no de forma exhaustiva. Sin embargo, no todas esas causas son aplicables al usufructo de cosas consumibles⁵⁸⁹.

Las principales causas extintivas del usufructo de cosas consumibles son la muerte del usufructuario, el transcurso del período de tiempo estipulado, la renuncia por parte del usufructuario y el cumplimiento de una posible condición reflejada en el título constitutivo⁵⁹⁰.

⁵⁸⁹ CROME, *Manuale del Diritto civile...*, op. cit., § 207, pág. 589, sin embargo, considera que "quanto ai modi con cui cessano, l'usufrutto e il quasi usufrutto non sono giuridicamente distinti l'uno dall'altro".

⁵⁹⁰ Así lo manifiestan, en Francia, GENTY, *Traité des droit d'usufruit...*, op. cit., n. 418, pág. 399; PROUDHON, *Trattato dei dritti d'usufrutto...*, op. cit., n. 120, pág. 80; HUMBERT, *Essai sur la fongibilité...*, op. cit., pág. 93. En Italia, entre la doctrina del Codice de 1942, PESCATORE - ALBANO - GRECO, *Comentario al art. 995 del Codice en Commentario...*, op. cit., pág. 142; PUGLIESE, *Usufrutto...*,

En cuanto a la consolidación, siendo partidarios de una *perpetuatio usufructus*, consideramos que también es causa de extinción del usufructo porque se reúne en una misma persona la titularidad del derecho real y la titularidad del gravamen real⁵⁹¹.

Sin embargo, hay ciertas causas de extinción de derechos que, como ya tuvimos ocasión de ver, no extinguen el usufructo de cosas consumibles. Así, se considera que el no uso del bien, su abuso, o destrucción, perpetúan el derecho de usufructo⁵⁹². Reconocer estas causas como extintivas del derecho de usufructo supondría ir contra la

op. cit., n. 156-I, pág. 660. En Alemania, GLÜCK, *Commentario...*, *op. cit.*, § 645-III, pág. 385; HELD, *Die Lehre vom usufructus...*, *op. cit.*, § 17, pág. 77; LAHOVARI, *De usufructu...*, *op. cit.*, § 17, pág. 53; HANAUSEK, *Die Lehre vom uneigentlichen...*, *op. cit.*, § 4, pág. 25; FRANK, *Ueber den uneigentlichen...*, *op. cit.*, § 8, pág. 38.

⁵⁹¹ La doctrina partidaria de la transmisión de la propiedad al usufructuario no considera que la consolidación extinga el derecho de usufructo. Así, en Francia, GENTY, *Traité des droits d'usufruit...*, *op. cit.*, n. 418, pág. 399: "[i]l ne peut pas non plus finir par la consolidation; car la consolidation est l'effet de l'acquisition de la propriété par celui qui n'a que l'usufruit. Or, le quasi usufruit est, des l'origine, propriété"; PROUDHON, *Trattato dei dritti d'usufrutto...*, *op. cit.*, n. 120, pág. 80; HUMBERT, *Essai sur la fongibilité...*, *op. cit.*, pág. 92: "il est évident que le quasi-usufruit ne peut s'éteindre par consolidation, puisque, par définition, la propriété et la jouissance sont réunies sur la tête de l'usufruit". En Italia, PUGLIESE, *Usufrutto...*, *op. cit.*, n. 156-I, pág. 661, en cambio, en cuanto a la reunión en la misma persona del derecho del nudo propietario y del usufructuario afirma que: "[i]n tal caso non si produce propriamente la consolidazione contemplata dall'art. 1014 n. 2, bensì la confusione prevista dall'art. 1253, in quanto l'usufruttuario ha in effetti la posizione di debitore e il nudo proprietario quella di creditore, sicché il rapporto su cui incide tale riunione è il rapporto obbligatorio avente per oggetto la restituzione del *tantundem* o del valore en denaro. Si pertanto il nudo proprietario subentra nel debito dell'usufruttuario o questi acquista il credito del nudo propietario, o ancora credito e debito si reuniscono in un terzo, il credito, anziché divenire esigibile, si estingue secondo i principi comuni". En Alemania, GLÜCK, *Commentaire...*, *op. cit.*, § 645-III, pág. 385; HELD, *Die Lehre vom usufructus...*, *op. cit.*, § 17, pág. 77; HANAUSEK, *Die Lehre vom uneigentliche...*, *op. cit.*, § 4, pág. 26: "[d]er Quasiniessbrauch geht unter durch Confusion nach deren allgemeinen Regeln. Aus der L. 57 D de usufr. 7.1 im Vergleich mit L. 17 D. quibus modis 7.4 ergibt sich, dass der Niessbrauch durch Consolidation nur untergeht, wenn der Usufructuar das Eigentum aus einem unwiderruflichen Grunde erworben hat. Auch diese Bestimmung ist analog auf den Quasiniessbrauch auszudehnen"; FRANK, *Ueber den uneigentlichen...*, *op. cit.*, § 8, pág. 40.

⁵⁹² Este es el parecer de la doctrina citada en las dos anteriores notas.

esencia del mismo derecho del usufructuario, pues su goce en la mayoría de los casos comporta su destrucción.

Si esas son, a *grosso modo*, las principales causas extintivas del usufructo de cosas consumibles. En cuanto a sus efectos, en el usufructo común una vez finalizado, la recuperación de las facultades del nudo propietario se producen *ipso iure*, sin estar subordinadas a la entrega del bien⁵⁹³. Sin embargo, es obligación del usufructuario entregar la cosa usufructuada una vez haya cesado su derecho. Esta devolución no es causa de la reversión al propietario de las facultades hasta entonces integradas en el usufructo, sino consecuencia de ésta⁵⁹⁴. Por ello, el art. 522 Cc afirma que "[t]erminado el usufructo, se entregará al propietario la cosa usufructuada"⁵⁹⁵.

En el usufructo de cosas consumibles este régimen dispuesto para el usufructo común sufre importantes variaciones, puesto que el consumo del bien imposibilita la restitución de la misma cosa entregada en usufructo. Es el propio art. 482 Cc el que regula el régimen restitutorio especial que rige en este tipo de bienes.

⁵⁹³ En este sentido, BELUCHE RINCÓN, *La relación obligatoria...*, op. cit., pág. 221, manifiesta que al extinguirse el usufructo "no se somete al nudo propietario a ninguna forma, ni a ninguna condición para entrar en el goce, puesto que éste no ha sido desvinculado de la propiedad más que temporalmente y desde el momento que el goce del usufructuario ha cesado el del nudo propietario recomienza".

⁵⁹⁴ CLEMENTE MEORO, en LÓPEZ y LÓPEZ y MONTÉS PENADÉS, *Derechos reales...*, op. cit., pág. 473.

⁵⁹⁵ Según PUGLIESE, *Usufrutto...*, op. cit., pág. 529, n. 124, "[s]enza questa norma [él se refiere al art. 1001-1 del Codice que es el equivalente a nuestro art. 522 Cc] l'usufruttuario o i suoi eredi dovrebbero solo astenersi da ulteriori ingerenze della cosa e tollerare che il nudo proprietario se ne impossessasse, rimanendo soggetti alla rivendicazione, così come all'inizio dell'usufrutto il nudo proprietario deve unicamente tollerare la presa di possesso da parte dell'usufruttuario. Ma la legge, mentre lascia immutata la situazione esistente in base ai principi all'inizio dell'usufrutto, interviene a modificare quella che si avrebbe alla fine, prescrivendo che l'usufruttuario o i suoi eredi effettuino la restituzione della cosa al nudo proprietario. Questi perciò, oltre il diritto e l'azione reali, acquista anche un diritto di credito, avente per oggetto un contegno positivo dell'usufruttuario o dei suoi eredi, con tutti i vantaggi che ne derivano".

Así pues, el art. 522 Cc queda desplazado por el art. 482 Cc cuando el usufructo recae sobre cosas consumibles⁵⁹⁶. El único punto de conexión entre ambos preceptos es la obligación de restituir, obligación esencial del usufructo como institución. Por lo demás, en el usufructo común es preciso restituir el mismo bien (art. 522 Cc), en cambio en el usufructo de cosas consumibles se restituye un equivalente (art. 482 Cc). Algunos autores del siglo pasado afirmaban que al restituir un equivalente se "finge" restituir los mismos bienes entregados⁵⁹⁷, por lo que ya no estaríamos ante una derogación sino ante una ficción legal.

Actualmente, la obligación de restituir del usufructuario de cosas consumibles no depende de la entrega de la caución, como sucedía en Derecho romano, sino que se trata de una obligación legal; es la ley la que obliga a restituir, no la caución⁵⁹⁸.

⁵⁹⁶ En este sentido se expresa PALERMO, *Usufrutto...*, op. cit., n. 103, pág. 158, en torno al Derecho italiano al afirmar que el art. 995 del Codice "costituisce una deroga al principio generale fissato nell'art. 1001 cod. civ. [nuestro art. 522 Cc] che riguarda il momento risolutivo della fattispecie" (en el mismo sentido en n. 295, pág. 484).

⁵⁹⁷ Así se manifiestan FALCÓN, *Exposición doctrinal...*, op. cit., pág. 235: "[c]omo con su uso desaparecen, se finge restituir los mismos bienes, entregando otros iguales en cantidad y calidad"; VISO, *Lecciones elementales...*, op. cit., pág. 77; SÁNCHEZ ROMÁN, *Derecho civil español...*, op. cit., tomo. III, libro segundo, pág. 568.

⁵⁹⁸ En este sentido se expresa actualmente en Francia SIRINELLI, "Le quasi-usufruit (suite et fin)", loc. cit., pág. 14, n. 71: "[p]our obtenir la délivrance de la chose, le titulaire d'un usufruit ordinaire devait, en droit romain, s'engager sous caution à user de la chose en bon pare de famille et à la restituer en fin d'usufruit. Cet engagement volontaire ne paraît plus nécessaire aujourd'hui puisque les obligations de l'usufruitier existent par le seul effet de la loi". Con anterioridad, en Alemania, HANAUSEK, *Die Lehre vom uneigentlichen...*, op. cit., § 4, pág. 22: "[d]er Grund der exceptionellen Stellung des Legats eines Quasiususufructus nach der besprochenen Richtung hin, liegt darin, dass die zum Wesen des Quasiususufructus gehörige Restitutionsverbindlichkeit ursprünglich nur durch die Cautio entstand, und erst ganz allmählich eine -immer nur subsidiäre- gesetzliche Restitutionsverbindlichkeit des Quasiniessbrauchers anerkannt wurde".

Como ya hemos tenido ocasión de ver a lo largo de este trabajo, la caución en el Derecho romano cumplía una doble función: justificaba la transmisión de la propiedad y permitía la restitución, no del mismo bien sino de un equivalente, así, GROSSO, "Sul quasi usufrutto", loc. cit., pág. 260, afirma que "la cautio veniva ad avere ben altra funzione che nell'usufrutto proprio, in quanto era essenziale alla

La caución o fianza juega actualmente en la restitución el mismo rol que en el usufructo común: una garantía para el nudo propietario. La obligación de restituir la impone el art. 482 Cc, armonizándose, de este modo, los intereses del nudo propietario con los del usufructuario.

El deber de restituir nace al constituirse el usufructo y debe cumplirse al terminar el usufructo; desde esa fecha es cuando puede exigirse su cumplimiento⁵⁹⁹.

1.2. La restitución en el usufructo de cosas consumibles en relación a los sistemas restitutorios del Cc

En el Derecho español no existe una teoría de la restitución de carácter general, sino diversos supuestos de la misma, agrupados, según CARRASCO PERERA, en cinco modelos⁶⁰⁰, de los cuales, el que nos interesa en particular

configurazione del rapporto e da essa sorgeva l'obbligo di restituzione del *tantundem*, quando sarebbe finito l'usufrutto". Vimos también que en el Derecho Justiniano la caución no era esencial para crear el *quasi usufructus*, convirtiéndose en un medio para garantizar el cumplimiento -tal como sucede actualmente-, no para crear una obligación (Cfr. PUGLIESE, *Usufrutto...*, op. cit., pág. 648, n. 152).

⁵⁹⁹ VENEZIAN, *Usufrutto...*, op. cit., II, págs. 594 y 595, añadiendo que "antes de dicho instante, el propietario que es un acreedor a plazo, puede exigir la restitución, extinguiéndose para el usufructuario el beneficio del plazo, si cae en insolvencia o disminuye por actos propios la fianza prestada, o no afianza como prometió".

⁶⁰⁰ CARRASCO PERERA, "Restitución de provechos (I)", loc. cit., págs. 1068 ss., recoge estos modelos: en el primero, que constituye el sistema restitutorio general, se encuadraría la restitución de un bien ajeno detentado sin derecho, independientemente del título por el que se entró indebidamente a poseer. En este modelo se incorporaría la reivindicatoria del art. 348 Cc, la "condictio" del art. 1895 Cc o la restitución sucesoria de los arts. 197 Cc y siguientes en el caso de la reaparición del ausente; en un segundo modelo se englobaría la restitución de los bienes debida a la pérdida de eficacia (o ineficacia inicial) del título por el que se entró a poseer. Aquí se hallarían los casos de resolución o rescisión contractual (arts. 1124-1295 Cc), el cumplimiento de la condición resolutoria (art. 1123 Cc), la nulidad del contrato (art. 1303 ss Cc), entre otros casos; el tercer modelo se caracterizaría por la restitución de los bienes en razón de un título preferencial la eficacia del cual se dilata en el tiempo, por ejemplo las sustituciones fideicomisarias (art. 783 Cc); para finalizar, el quinto modelo abarcaría la restitución solutoria,

es el cuarto: el compuesto por la restitución derivada de la obligación de reentregar en contratos o derechos reales que suponen una cesión temporal a persona en concepto distinto de dueño: usufructo, comodato, etc.

Es en este modelo donde encajaría la restitución por parte de un usufructuario de cosas consumibles. Sin embargo, dada la naturaleza del bien, esta restitución adquiere matices especiales, ya que no se restituye la misma cosa que se entregó, sino un *tantundem* o el valor de la estimación, como pone de manifiesto el mismo art. 482 Cc. Los problemas restitutorios se centrarán básicamente, como tendremos oportunidad de ver, en el estudio de los riesgos, pues no cabe en estos casos hablar de la restitución de provechos o del reembolso de los gastos hechos en la cosa⁶⁰¹.

Por lo tanto, el art. 482 Cc regula un régimen propio de restitución para los supuestos de las cosas consumibles-fungibles y las cosas puramente consumibles, haciendo de

es decir, la entrega de bienes en cumplimiento de una obligación de dar: arts. 1097 Cc, 1160 Cc, 1182 Cc, etc.

A raíz de estos modelos el autor anuncia cinco problemas que deben resolverse por las normas que imponen la obligación de restituir (págs. 1070 ss): el régimen de provechos obtenidos de la cosa; las indemnizaciones; el régimen de los gastos hechos en la cosa; los riesgos y los subrogados, es decir, los casos en que la cosa restituible se pierde o se dispone eficazmente a favor de tercero, habiendo entrado en el patrimonio del obligado a restituir un determinado bien representativo de la salida patrimonial.

La restitución, según afirma el autor en la pág. 1141, "es, en gran medida, un aspecto más en la teoría de la reparación de daños, y desde luego no es indiferente al modo por el que se entró a poseer o del que surge la obligación de restituir(...). Y todo ello porque entre nosotros no existe un único suceso causante que describa completamente el área del derecho de restitución".

⁶⁰¹ CARRASCO PERERA, "Restitución de provechos (I)", *loc. cit.*, págs. 1075-1076 afirma que en el Código esta restitución, que llama "simplificada" por la reducción de problemas que supone, "sólo se conserva en casos marginales, como es el art. 380 (adquisición de muebles) (...). En el resto del sistema, una restitución del *genus* sólo se disciplina para los casos en que haya existido una previa entrega de cosas fungibles (cuasi usufructo, préstamo, dote estimada)".

En cuanto al problema de las indemnizaciones o la pretensión de la reparación del daño, GARCÍA VICENTE, José Ramón, *Ley de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles: el derecho de revocación*, Pamplona, 1997, pág. 194, nota 167, excluye este problema "porque no es un problema propio del deber de restitución sino concurrente con él, puesto que su fuente es el "daño" y no, como pudiera parecer, la simple infracción del deber de restituir o de sus reglas".

difícil aplicación ciertas normas pensadas para el usufructo común, como, por ejemplo, la del art. 457 Cc en el cual se afirma que "[e]l poseedor de buena fe no responde del deterioro o pérdida de la cosa poseida", excepto en los casos de dolo. Este régimen restitutorio especial, como pone de manifiesto RUIZ SERRAMALERA, "funciona a semejanza de un seguro obligatorio, que cubre un riesgo determinado -el consumo de la cosa por el usufructuario-, en el que el asegurador es el usufructuario"⁶⁰².

Ya hemos dicho que en el Código civil no hay una teoría general de la restitución, aunque se pretenda buscarla (así, por ejemplo, en los arts. 451 a 457 Cc relativos a la liquidación posesoria, en los arts. 1303 o 1295 Cc en torno a la nulidad y rescisión, en los principios de enriquecimiento, etc.). Ello no será un obstáculo en nuestro caso, puesto que el art. 482 Cc especifica el régimen a aplicar en el caso de constituirse un usufructo de cosas consumibles, sin embargo, no es un régimen completo pues hay problemas que no contempla, como, por ejemplo, el de los riesgos.

No faltan autores, que ven en el art. 482 Cc una regla de cumplimiento de un derecho de crédito, como consecuencia de la concepción que considera al nudo propietario como un acreedor. Aplican, por ello, las reglas propias del Derecho de obligaciones⁶⁰³.

⁶⁰² RUIZ SERRAMALERA, *Lecciones...*, op. cit., pág. 41, nota 1.

⁶⁰³ DORAL GARCÍA, comentario al art. 482 Cc, en *Comentarios al Código civil...*, op. cit., tomo VII, vol. I, pág. 218: "[e]l art. 482, apartado segundo, verbigracia, es -a mi juicio- una regla de pago: el modo en que el pago es liberatorio".

2. El bien objeto de la restitución

2.1. El dilema histórico en torno a la restitución en el usufructo de cosas consumibles

La restitución regulada en el art. 482 Cc parte de dos supuestos distintos: uno es cuando se hayan estimado los bienes, en cuyo caso el usufructuario estará obligado a restituir "el importe de su avalúo al terminar el usufructo"; el otro es la hipótesis en que no se hayan estimado, en que el usufructuario "tendrá el derecho de restituir las en igual cantidad y calidad, o pagar su precio corriente al tiempo de cesar el usufructo".

Sin embargo, la regulación restitutoria del usufructo de cosas consumibles no ha sido pacífica. Ya en el Derecho romano, aparecen las primeras discrepancias entre los conocidos textos de las Inst., lib. II, tit. IV (De usufructu), § 2 (Constituitur) y el de Gayo en el D., lib. VII, tit. V (De usufructu earum rerum), l. 7 (Si vini). Mientras que en las Instituciones sólo parece impuesta la restitución de la estimación, en el Digesto se permite restituir cosas de la misma calidad o, habiendo sido estimadas las cosas, su valor, "quod et commodius est"⁶⁰⁴. Así pues, en el Digesto se da una opción que en las Instituciones no aparece.

⁶⁰⁴ Entre otros, analizan esta diferencia RUGGIERO, "Sulla cautio...", *loc. cit.*, págs 87 ss, quien concluye (pág. 89) que "[n]el quasi usufrutto provvede, per la sola restituzione, la nuova cautio del Senatoconsulto. Con essa l'usufruttuario è obbligato a restituire, originariamente, l'*ipsam quantitatem*; e più tardi, per lo svolgimento ulteriore della giurisprudenza, anche la *simplice aestimationem*"; PAMPALONI, "Sull'oggetto...", *loc. cit.*, págs. 101 ss, quien considera que la posibilidad de restituir la estimación es una interpolación; SANFILIPPO, "Note esegetiche...", *loc. cit.*, pág. 72, en la nota 15 añade que "[i]l sistema di promettere in luogo del tantumdem, atto ad estendere il quasi usufrutto alle cose infungibili è ritenuto, con ragione, innovazione compilatoria"; GROSSO, *Usufrutto...*, *op. cit.*, pág. 415: [e] parrebbe che i Romani si fossero arrestati a questa promessa di restituzione del tantumdem. Senonchè in D. 7, 5, 7, in alternativa colla restituzione della stima che della cosa sia stata fatta (...). In I. 2, 4, 2 si va più in là, e si parla solo di restituzione della stima".

La falta de concreción de la forma restitutoria persiste a lo largo del *ius commune* entre autores de épocas muy distintas. Así, mientras CURTIUS⁶⁰⁵, Simon DE PRAETIS⁶⁰⁶, o NOODT⁶⁰⁷, por ejemplo, son partidarios de la restitución del *tantundem*; BALDUS⁶⁰⁸, SOCINUS⁶⁰⁹, URSILLUS⁶¹⁰, ROLANDUS A VALLE⁶¹¹, PURPURATUS⁶¹², BERTRANDUS⁶¹³, entre otros,

⁶⁰⁵ CURTIUS en notas a Paulus Castrensis, *In secundam Digesti Veteris...*, op. cit., Lex X, Partis tertiae, n. 2, fol. 158r: "tenetur praestare cautionem de restituendo tantundem: non autem idem corpus finito usufructu".

⁶⁰⁶ DE PRAETIS, *De ultimorum voluntatum...*, op. cit., liber quartus (De interpretatione ultimorum...), n. 79, dubitatione X, pág. 342.

⁶⁰⁷ NOODT, *Opera omnia*, op. cit., Caput. XX (De quasi usufructu quantitatum introducto a Senatu: quod qua forma?), pág. 168: "fructuarius, finito vero usufructu, non tenetur tantundem, sed quod ex re superest restituere; contra in quasi usufructu tenetur fructuarius non id, quod ex re superest, restituere, sed tantundem; alterum enim consequens est rei, praebenti usum salva substantia, quod functionem recipienti non in genere, sed in specie: alterum est consequens rei, quae usu consumuntur, quod functionem habet magis in genere, quam in specie".

⁶⁰⁸ BALDUS UBALDUS, *In primam Digesti Veteris...*, op. cit., "De usufructu earum rerum, quae usu consumuntur vel minuuntur", lex prima, fol. 307r: "[c]autio de utendo salva rerum substantia non interponitur in his rebus, quae usu consumuntur, sed de aestimatio restituenda".

⁶⁰⁹ SOCINUS, *Prima pars consiliorum*, Lugduni, 1550, Consilium CXV, n. 23, fol. 216: "respectu rerum, quae usus consumuntur (...) tenetur cavere se restitutam finito usufructu, tantam pecuniam, quanta res illa fuerint aestimatae".

⁶¹⁰ URSILLUS, en las anotaciones a DE AFFLICTIS, *Decisionum sacri regii...*, op. cit., en la anotación n. 2 de la Decisio CCCXLII ("De inventario legati librorum usufructus faciendo"), pág. 562: "debet cautio praestari de solvendo dicta aestimationem finito usufructu".

⁶¹¹ VALLE, Rolandus a, *Consiliorum seu mavis responsorum*, Lugduni, 1573, volume secundum, Consilium XXXVII, pág. 122, n. 6: "debet praecedere aestimatio, et cavere quod finito usufructu dicta aestimatio restituatur".

⁶¹² PURPURATUS a PINEROLIO, *Consiliorum celeberrimi...*, op. cit., consilium CCCCLII ("Redemptoris nostri Jesucristicrucifixi invocato nomine"), n. 7, fol. 78: "promittat de illis aut earum aestimatione restituendis ad formam et mentem iuris"; posteriormente añade que "quomodo sint aestimando, inventarizanda, et pro earum estimatione cavendum".

⁶¹³ BERTRANDUS, Stephanus, *Consiliorum sive responsorum carpentoractensis*, volume I, Francofurti, 1603, secunda pars primi voluminis consiliorum, Consilium XXXVI (De usus et usufruct), pág. 456: "[q]uo vero ad alia, quae usu consumuntur, illa possunt

consideran que lo que hay que restituir al finalizar el usufructo es la estimación. No faltan juristas (por ejemplo, ARETINUS⁶¹⁴, DONELLUS⁶¹⁵, ALTHUSIUS⁶¹⁶, ZOESIUS⁶¹⁷, BORCHOLTEN⁶¹⁸, VINNIUS⁶¹⁹, DOMAT,⁶²⁰ VOET⁶²¹, POTHIER⁶²²,

aestimari: et deinde praestabitur cautio de restituenda finito usufructu dimidia parte aestimationis seu pretii, ad quod aestimabuntur", añadiendo: "[p]raeterea etiam designabuntur bona, quae usu consumuntur, et quae aestimabuntur, et promittet praedicta Ludovica quoad bona quae habebat restituera aestimationem finito usufructu".

⁶¹⁴ ARETINUS, *Comentaria, seu lectura, super quatuor...*, op. cit., De usufructus, fol. 70, en la glosa a las Inst., lib. II, tit. IV (De usufructu), § 2 (Constituitur), n. 2: "cautio usufructuari debet esse aut eiusdem qualitatis res que usu consumuntur restituantur aut aestimatis rebus certe pecunie nomine cavendum est et sic alternative loquit, unde sufficit alterum".

⁶¹⁵ DONELLUS, *Comentarius de iure civili, op. cit.*, lib. X, cap. IV (De usufructu rerum fungibilium), págs. 34 y 35, § 11: "[r]estitutionis genus hoc est: promittit fructuarius se restitutum non aedem res, quas accepit, quod in rebus consumtis fieri non potest; sed tantundem, sive pecuniae usufructus constitutus erit, sive vini, olei, frumenti et similium rerum, quae vere usu consumuntur. Sed in vino et similibus commodius putatur tollendae omnis controversia caussa, quae de bonitae rerum et quantitate incidere solet, eas res fructuario dari aestimatas, ut fructuarius promittat, quanti aestimatae erunt, tanta pecuniam se restitutorum".

⁶¹⁶ ALTHUSIUS, *Dicaeologicae...*, op. cit., lib. I, caput. XXIV "De servitutibus personarum", págs 94 y 95, n. 35: "cautio, tantundem, finitam servitute, restituendi, hoc est, res eiusdem generis, qualitatis, & quantitalis, vel si fieri nec illa potest, aut ita placeat, aestimatio rei servientis in pecunia restituatur".

⁶¹⁷ ZOESIUS, *Commentarius ad institutionum...*, op. cit., pág. 198, n. 4, refiriéndose al usufructo impropio afirma que "in improprium cavendum tantum est de re ituenda se suo tempore, non in specie, quia res inutilis foret fructuario, secundum dicta, sed in genero, eiusdem qualitatis aut faltem eius aestimatione", en el n. 8, al diferenciar el usufructo impropio del mutuo, afirma que en el primero se admite restituir la estimación, "cum ut satisfiat mutuo sit reddenda res eiusdem generis; neutiquam autem satisfiat afferendo aestimationem". En su otra obra, *Commentarius in Codicem...*, op. cit., lib. III, ad tit. 33 "De usufructus & Habitatione & ministerio servorum", pág. 148, afirma también que "[i]n quasiusufructus una tantum cautio defideratur, solum de restituenda re, in suo tempore, non in specie, quia foret inutilis usufructus, sed in genero vel aestimatione".

⁶¹⁸ BORCHOLTEN, *Ad instituta...*, op. cit., De usufructu, § II Quibus in rebus, pág. 128, n. 4 (Am earum rerum qua usu consumuntur quasi usufr. constitui possit): "heredi cavere, se finito usufructu, aut eiusdem qualitatis res restitutum, aut aerum loco aestimationem, si res fuerit aestimatae".

⁶¹⁹ VINNIUS, *In quatuor libros institutionum...*, op. cit., Inst., lib. II, tit. IV (De usufructu), textus "Quibus in rebus constituitur", al comentar las palabras "De tanta pecunia restituenda, si morietur, aut capire minuetur", pág. 251, n. 5: "[a]d restitutionem

OINOTOMUS⁶²³, SCHRADER⁶²⁴) que consideran que el usufructuario tiene la facultad de restituir el *tantundem* o la estimación.

Una mención especial merece CASTILLO DE SOTOMAYOR quien realiza un estudio más minucioso de la cuestión, reflejando, a la vez, las discordancias de la época. El jurista considera que si las cosas no se han estimado, el usufructuario debe prestar caución "de aliis rebus eiusdem qualitatis & bonitatis & in eodem genere finito usufructu restituendis"; en cambio, si se han estimado los bienes,

quod attinet, promittit fructuarius, se restitutorum non eadem corpora, quae accepit, quod consumptis iis fieri non potest: sed tantundem, sive pecunia ususfructus relictus sit, sive vini, olei, frumenti, aut similium rerum. Caeterum ut obviam eatur contentionem, quae de rei qualitate incidere posset, commodius est in vino & rebus similibus eas res dari fructuario aestimatas, eumque certae pecuniae nomine cavere, atque ita moderandum quod ait Justinianus *his rebus aestimatis satisfari*"; más adelante afirma que se promete restituir "alias eiusdem generis, aut aestimationem".

⁶²⁰ Aunque situemos al autor entre la doctrina del *ius commune*, al igual que a POTHIER, no hay que olvidar que se trata de juristas que tuvieron una gran influencia en la codificación francesa. DOMAT, *Les lois civiles...*, op. cit., tome second, lib. I, tit. XI, section III, n. 7, págs. 362 y 363: "l'usufruitier est distingué du propriétaire, en ce qu'il est obligué, après l'usufruit fini, de rendre, selon la condition de son titre, ou une pareille quantité de même nature que celle qu'il avait reçue, ou la valeur des choses, au temps qu'il les a prises, car c'est de cette valeur qu'il a eu l'usufruit".

⁶²¹ VOET, *Comentariorum...*, op. cit., lib. VII, tit. V, pág. 169, n. 1: "non eadem in specie, sed in genere, seu res similes eiusdem quantitatis & qualitatis, restituantur; aut earum aestimatio quae fuit tempore ususfructus acquisiti".

⁶²² POTHIER, "Traité du douaire et des donations", en *Oeuvres...*, op. cit., parte II, chapitre V, article II, n. 212, pág. 427, afirma lo siguiente: "à la charge par lui de rendre, après l'expiration de son usufruit, c'est-à-dire, après sa mort, à l'héritier du prédécédé, ou à ses représentants, le montant de la part du prédécédé, tant dans l'argent comptant que dans les autres effets mobiliers de la communauté, suivant la prise qui en a été faite par l'inventaire".

⁶²³ OINOTOMUS, *In quattuor Institutionum...*, op. cit., lib. II, tit. III, n. 4, pág. 216: "[e]stque illa cautio alternativa: cavebit enim aut de restituenda re, eiusdem qualitatis, & bonitatis, cuius erat res fructuaria, quae usu consumitur, aut de restituenda eius aestimatione, quantum scilicet valebat tempore usufructus concessi".

⁶²⁴ SCHRADER, *Imperatoris iustiniani...*, op. cit., titulus quartus: De usufructus, § 2 (Ulpian. XXIV, 26.27. D. h. l. 3, § 1; VII, 5, l. 2 § 1), pág. 241, en sus comentarios a las palabras "aestimatis...aestimatae": "solis commodioris et frequentationis cavendi formae Institutiones pro sua natura mentionem faciunt; Digesta alteram addunt. Pugna itaque inter utrumque locum nulla est".

"cautio praestatur de aestimatione finito usufructu reddenda". Según el autor no hay, por lo tanto, una obligación alternativa, sino que se restituirá la estima o el *tantundem* según se hayan estimado o no los bienes. No obstante, reconoce que puede interponerse caución alternativa de restituir una cosa u otra, si al que se le debe restituir así lo desea. Por lo tanto la voluntad de las partes puede configurar la restitución⁶²⁵. El motivo por el cual no considera oportuno defender la alternatividad es el perjuicio que puede representar para el nudo propietario o sus herederos "cum fructuarius finito usufructu, elligeret solvere id, quod sibi utilius esset, & haeredi inutilius"⁶²⁶. Observamos que esta configuración de la restitución, al distinguir la estimación o no de los bienes, se aproxima a la regulación del art. 482 Cc.

Entrando ya en la época de la Codificación, el problema de la restitución tampoco fue pacífico. Destaca el conflicto doctrinal que se generó en Francia tras la promulgación del art. 587 del Code: "l'usufruitier a le droit de s'en servir, mais à la charge d'en rendre pareille quantité, qualité et valeur, o leur estimation, à la fin de l'usufruit". La poca claridad de estas palabras hizo que la

⁶²⁵ CASTILLO DE SOTOMAYOR, *Quotidianorum controversiarum...*, op. cit., lib. I, cap. XVII, en el n. 9, fol. 105r y n. 15, fol. 105v, básicamente, recoge su tesis en torno a la restitución. En el n. 17, fol. 106v afirma: "non concesserit lex fructuario facultatem restituendi alternative unum aut alterum, sed potius denegaverit, volueritque, rebus non aestimatis tantundem in genere restituendum, aestimatis vero rebus, quod pecuniae nomine, & aestimationis caveatur, & praerium aestimationis restituatur posset tamen alterativa cautio interponi de uno aut altero restituendo, vel unum aut alterum finitu usufructu etiam rebus aestimatis restitui, ex voluntatis restituentis".

A lo largo de este capítulo XVIII el jurista recoge las posturas de diversos autores discrepantes con la suya. Así, critica en el n. 10, fol. 105v, la postura de CASTRENSIS y SIMON DE PRAETIS, reflejadas en notas anteriores, quienes parten de la restitución del *tantundem*, sin distinguir el supuesto que se haya hecho o no estima. En el n. 13, fol. 105v, recoge las posturas de juristas, a los cuales no nos ha sido posible acceder, partidarios de una restitución alternativa: PINELUS, Antonius Galeatius MALVASIA, etc., sin embargo, corroboramos esta tesis con los autores citados anteriormente partidarios de la alternativa.

⁶²⁶ CASTILLO DE SOTOMAYOR, *Quotidianorum controversiorum...*, op. cit., lib. I, cap. XVII, n. 16, fol. 106v.

doctrina francesa volcara su interés en su interpretación, generándose, básicamente, las siguientes posturas: considerar que hay una obligación alternativa de restituir el *tantundem* o el valor del día del inicio del usufructo⁶²⁷; defender la obligación alternativa pero tomando en consideración el valor de la estimación realizada al finalizar el usufructo⁶²⁸; y alejándose de la literalidad del precepto, estan los partidarios de negar la obligación alternativa y distinguir dos supuestos, según se hayan estimado los bienes, en cuyo caso habrá que restituir el valor, o que no se hayan estimado, por lo que habrá que restituir el *tantundem*⁶²⁹.

⁶²⁷ Esta es una tesis defendida por un pequeño sector doctrinal entre los que destacan PROUDHON, *Trattato dei diritti d'usufrutto...*, op. cit., volume primo, pág. 479, n. 1006; TOULLIER, *Le droit civil français...*, op. cit., tome deuxième, pág. 84, n. 398, alegando que las últimas palabras del precepto "al final del usufructo" no se refieren a la estima, sino al momento en que hay que restituir.

Este criterio sigue el art. 538 del Código civil de Louisiana: "[a]t the termination of the usufruct he is bound to pay to the naked owner either the value that the things had at the commencement of the usufruct or deliver to him things of the same quantity and quality". Las notas de YIANNOPOULOS, A. N., a este precepto en *Louisiana civil Code 1997, (As Revised and Amended through the 1996 Sessions of the Legislature)*, se limitan a afirmar que "[t]he usufructuary acquires the ownership of the property subject to the usufruct, and, therefore, he is free to dispose of it as he sees fit, subject to certain obligations prescribed by law. (...) upon termination of the right, the usufructuary or his heirs, as the case may be, are merely under obligation to account to the naked owner".

También sigue este criterio el art. 2871 del Código civil de Argentina: "con el cargo de restituir otro tanto de la misma especie o calidad, o el valor estimativo que se les haya dado en el inventario". Sin embargo, las notas de VÉLEZ SANSFIELD, al precepto, en *Código civil de la República Argentina*, 21ª edición mayo 1996, se limitan a resaltar que "[e]n casi todos los códigos se dice que el usufructuario de cosas consumibles debe volver otras iguales en la misma cantidad, de la misma calidad y valor. Es preciso borrar la palabra valor. (...) La ley romana no manda, sino aconseja que se estimen las cosas de consumo dadas en usufructo".

⁶²⁸ En esta línea se adscriben entre otros, DELVINCOURT, *Istituzioni...*, op. cit., pág. 363; TROPLONG, *Du contrat de mariage et des droits respectifs des époux*, Paris, 1857, n. 3159, pág. 193; *Du contrat de société civil et commerciale*, Paris, 1843, pág. 66, n. 590; MASSE, *Droit commercial...*, op. cit., pág. 546, n. 1409; AUBRY et RAU, *Cours...*, op. cit., pág. 739, § 236. Se advierte que esta teoría es poco armónica con el art. 587 del Code puesto que las palabras "al final del usufructo" se refieren a toda la frase, no a la estima.

⁶²⁹ Esta ha sido la postura más defendida por la doctrina, destacando, entre otros, DEMOLOMBE, *Traité...*, op. cit., tome second,

Fruto de esta problemática interpretativa, se modificó el artículo 587 del Code por ley de 17 de mayo de 1960⁶³⁰: "à la charge de rendre, à la fin de l'usufruit, soit des choses de même quantité et qualité soit leur valeur estimée à la date de la restitution", siendo ésta la versión vigente en la actualidad: el valor que tenga al final del usufructo.

En nuestro proceso de Codificación quedó reflejada también la incertidumbre en torno a la restitución⁶³¹. Así,

pág. 243, n. 293; DURANTON, *Cours...*, op. cit., tome deuxième; pág. 435, n. 1388 (577); DUVERGIER sur TOULLIER, *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code*, ouvrage dans lequel on a taché de réunir la théorie a la pratique par C.B.M. Toullier continué et complété par J.B. Duvergier, Sixième édition, vol. deuxième, Paris, s.f., pág. 157, nota a) al n. 398; DEMANTE, *Cours analytique...*, op. cit., pág. 506 ss, n. 426-bis; MARCADÉ, *Explication théorique et pratique...*, op. cit., pág. 465, n. 485; VUILLAUME, *Commentaire analytique...*, op. cit., pág. 155; MOURLON, *Repetitions écrites...*, op. cit., pág. 728; DELSOL, *Explication élémentaire...*, op. cit., págs. 475 y 476, n. 822; HUC, *Commentaire...*, op. cit., pág. 229, n. 182; BOILEAUX, *Commentaire...*, op. cit., pág. 408; LAURENT, *Principes...*, op. cit., págs. 514 ss., n. 408; PLANIOL, *Traité élémentaire...*, op. cit., tome premier, pág. 597, n. 1789; BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis...*, op. cit., págs. 843 ss., n. 1558; SIVILLE, Leone, *Supplemento al principii di diritto civile francese di Francesco Laurent*, volume secondo, Milano, 1904, n. 788-1-, pág. 380; HUMBERT, *Essai sur la fongibilité...*, op. cit., pág. 77. Aunque esta interpretación no sea la más fiel al art. 587 de Code, consideran estos autores que es la más adecuada a los principios romanos y a las palabras de DOMAT ("selon la condition de son titre"), que deben interpretarse en el sentido de que el título se refiere al hecho de que haya habido o no estima. Consideran también, que si resulta imposible la restitución del tantundem, se aplicará el Derecho común: restituir el valor de las cosas según el tiempo y lugar de la restitución.

⁶³⁰ Art. 1er de la Loi n° 60-464 du 17 mai 1960 *Modifiant divers articles du code civil en tant qu'ils prévoient des indemnités dues à la suite de certaines acquisitions ou restitutions de biens faisant l'objet de droits réels mobiliers ou immobiliers* (J.O. 18 mai, p. 4504). Comenta esta ley, BIZIÈRE, Pierre, "La loi 17 mai 1960 et l'évaluation des indemnités relatives a l'exercice du droit d'accession, d'usufruit et de copropriété", *Sem. Jur. (JCP)*, I, n. 1602, 1961, afirmando en el capítulo V, que "[d]epois la loi du 17 mai 1960, l'article 587 du Code civil prévoit que ce calcul sera effectuée à la date de la restitution".

⁶³¹ La doctrina de esta época suele recoger todas las posturas o tesis en torno a la restitución. Así, parten simplemente de la restitución de otro tanto, por ejemplo, ÁLVAREZ, José M^a, *Instituciones...*, op. cit., tomo I, pág. 182: "prestando caución el cuasi usufructuario que acabado el uso de la cosa volverá otro tanto en el mismo género de aquello que recibió"; MARTÍ de EIXALÁ, *Tratado elementar...*, op. cit., tomo segundo, pág. 20: "prometiendo devolver otro tanto al momento que cese aquel derecho"; DOMINGO DE MORATÓ, *El Derecho civil...*, op. cit., tomo primero, pág. 359: "á su tiempo

mientras en el Proyecto de 1836 se reproducía el antiguo art. 587 del Code⁶³², en el Proyecto de 1851 sólo se reconocía la restitución del *tantundem*⁶³³, y el Anteproyecto de 1882 reproducía casi literalmente el actual art. 482 Cc⁶³⁴.

El actual art. 482 Cc zanja el dilema a través de la distinción del supuesto de que se hayan o no estimado los

devolverá otro tanto del mismo género y calidad"; ELÍAS, *Derecho civil...*, op. cit., tomo I, pág. 277: "obligación de devolver luego de finido el usufructo la misma cantidad y calidad de lo que recibió".

Son partidarias de la alternativa -restituir otro tanto o la estima-, entre otros: GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Códigos...*, op. cit., tomo segundo, pág. 620: "obligándose a devolver su estima ú otro tanto de la misma especie y calidad"; NAVARRO AMANDI, *Código civil...*, op. cit., art. 745, pág. 352: "estará obligado á devolver su estimación ú otras equivalentes en cantidad y calidad".

Incluso se distingue, por otro sector doctrinal, el hecho de que haya estima o no de los bienes: SÁNCHEZ DE MOLINA, *El Derecho...*, op. cit., pág. 118, n. 508: "[e]n el usufructo de cosas fungibles, si se aprecian, se dá fianza de volver su precio; y en otro caso de volverlas en otras especies iguales en bondad, calidad, peso, medida y número"; ESCRICHE, *Diccionario...*, op. cit., voz Usufructuario, pág. 1187: "con la carga de volver al fin del usufructo la estimación de ellas si se estimaron, ó bien otras iguales en bondad, calidad y cantidad si no se hubiesen estimado"; MARCOS GUTIÉRREZ, *Librería de escribanos...*, op. cit., pág. 257, n. 16: "no ha de constituirse alternativamente en cualquiera de los dos casos[se refiere a que se haya hecho apreciación o no de los bienes], como con equivocación afirman algunos"; en idéntico sentido, TAPIA, *Febrero novísimo...*, op. cit., pág. 556, n. 15; GARCÍA GOYENA, AGUIRRE, y MONTALBÁN, *Febrero o librería...*, op. cit., pág. 288, n. 898.

⁶³² Art. 824: "En cuanto a las cosas de que no puede hacerse uso sin consumirlas, el usufructuario tiene el derecho de disfrutarlas, pero con la obligación de devolver al otro igual cantidad, calidad y valor, o su estimación, al fin del usufructo".

⁶³³ Art. 449-2° i.f: "Respecto de los bienes fungibles, la fianza será únicamente de restituir otro tanto de la misma especie y calidad". No se hace mención alguna a la estima. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios...*, op. cit., no comenta esta restitución, sino que se limita a hacer una remisión al art. 444.

⁶³⁴ Art. 486: "Si el usufructo comprendiera cosas de las que no se puede usar sin consumirlas, el usufructuario tendrá derecho a servirse de ellas con la obligación de pagar su valor al terminar el usufructo si se hubiesen dado estimadas. Cuando no se hubiesen estimado, tendrá el derecho de restituirlas en igual cantidad y calidad, o pagar el precio corriente al tiempo de cesar el usufructo". Observamos que las únicas variaciones respecto al actual art. 482 Cc es el cambio de "su valor" por "el importe de su avalúo", y el de "pagar el precio" por "pagar su precio".

bienes, estableciendo una obligación simple en el primer caso, y una alternativa en el segundo supuesto⁶³⁵.

A pesar de la afirmación del art. 482 Cc, no faltan autores que *de lege ferenda* propongan una lectura alternativa del precepto. Así, SANTOS BRIZ, para evitar los problemas derivados de la inflación o deflación monetaria, considera que "la norma general debía ser la restitución de cosas de la misma especie y calidad, y en su defecto su tasación según el valor que tendrían al terminar el usufructo"⁶³⁶.

Con esta rápida exposición histórica de la restitución, observamos que no hay un criterio unánime en este tema, sino que se recogen, por parte de la doctrina y las legislaciones, todo un conjunto de posibilidades en torno a esta cuestión.

2.2 Contenido de la restitución: el equivalente

Al referirnos a la restitución hemos usado con frecuencia la expresión "su equivalente" dada la imposibilidad de restituir las mismas cosas, y ahora es el momento de precisar un poco más su contenido, puesto que se trata de un término excesivamente genérico.

Entregar la equivalencia supone no restituir la identidad (los cuerpos ciertos). Sin embargo, la

⁶³⁵ El Codice civile de 1942 (art. 995) -al igual que el de 1865 (art. 483-, y el art. 1451 del Código civil portugués -asimismo el art. 2209 del Código portugués de 1867-, se expresan en idéntico sentido.

⁶³⁶ Observamos, por lo tanto, que lo que propone es una obligación subsidiaria: SANTOS BRIZ, *Derecho civil, op. cit.*, tomo II, pág. 410. Ya con anterioridad, ALCALDE PRIETO, *Curso teórico-práctico...*, *op. cit.*, pág. 129 afirmó que la obligación era la de "devolver otro tanto de igual cantidad y calidad, ó su estimación á no ser posible lo primero".

Esta propuesta es la que se recoge en el art. 726 del Código civil del Brasil: "ficando porém este obrigado a restituir, findo o usufruto, oequivalente em gênero, qualidade e quantidade, ou não sendo possível, o seu valor, pelo preço corrente ao tempo da restituição".

BEUDANT, *Cours...*, *op. cit.*, pág. 490. n. 451, ya afirmaba que "[l]a restitution en pareille qualité et quantité est la règle; la restitution en espèces, d'après estimation, l'exception".

equivalencia engloba dos supuestos: la equivalencia *in natura* y la equivalencia en valor⁶³⁷.

La equivalencia *in natura* está íntimamente conectada a la fungibilidad ya que supone entregar cosas de la misma especie y calidad. Es en razón de la fungibilidad por lo que la restitución no se hace en identidad, pero al tratarse de cosas reemplazables unas por otras, identidad y equivalencia llegan a identificarse. Así, si el usufructo recae en cosas consumibles que a la vez son fungibles, podrá restituirse la equivalencia *in natura*.

La equivalencia en valor, en cambio, está íntimamente conectada con la consumibilidad pura, es decir, con cosas consumibles no fungibles. En este caso la equivalencia no puede ser con cosas de la misma especie y calidad por no existir, sino que habrá que buscar un sentido más lato de equivalencia: el valor.

Observamos que, aparentemente, es posible asegurar un mismo efecto entre una ejecución *in natura* (cosas de la misma especie y calidad) y en valor. No obstante, la entrega del valor no asegura verdaderamente la equivalencia con la cosa desaparecida. Por una parte, existe el problema de las fluctuaciones monetarias; por otra parte, el valor ya no supone la aparente identidad que proporciona una cosa de la misma especie y calidad.

Sin embargo, la aproximación o paralelismo entre la restitución por equivalencia *in natura* y equivalencia en valor conducen al legislador a conferir, al obligado a la restitución una opción entre una y otra⁶³⁸. Esto es lo que

⁶³⁷ MALAURIE, Marie, *Les restitutions en droit civil*, Paris, 1991, chapitre II, págs. 81 ss., hace una clasificación de los "modes de la restitution" partiendo de una "restitution en nature" y una "restitution en valeur"; la primera clasificación la subdivide en la "restitution à l'identique" o *in specie* (cuerpos ciertos y cosas fungibles individualizadas), y la "restitution par équivalent" o *in genere*, y dentro de esta última (pág. 87) establece un doble sentido "équivalence en nature ou équivalence en valeur".

⁶³⁸ MALAURIE, *Les restitutions...*, op. cit., pág. 93. En la pág. 104 advierte que "[e]n général, il est indifférent de se voir restituer une valeur ou une chose équivalente [se refiere a cosas de la misma especie y calidad], sauf dans les cas de rationnement imposé par une économie de pénurie. Car dans ce cas, la valeur est alors moins importante que une peut l'être le bien en nature. S'il n'est pas

sucede en el art. 482 Cc, aunque el precepto presenta más peculiaridades, como tendremos oportunidad de ver posteriormente.

Por lo tanto, en el caso de cosas consumibles a la vez fungibles, la restitución de cosas de la misma especie y calidad (equivalencia *in natura*) tendría que ser la regla y la restitución del valor (equivalencia en valor) la excepción; sin embargo, el art. 482 Cc regula una opción entre uno y otro modo restitutorio dada su similitud. En cambio, en las cosas puramente consumibles sólo cabría la restitución por equivalencia de valor⁶³⁹.

2.3. Consecuencia del no consumo del bien a efectos restitutorios

Hasta ahora hemos partido del hecho de que se ha consumido el bien, por lo que su desaparición genera la necesidad de restituir un equivalente (ya sea *in natura* o en valor). Sin embargo, cabe la posibilidad de que extinguido el usufructo no se hayan consumido los bienes, permaneciendo, por lo tanto, en su identidad. La duda que se plantea es si es necesario restituir los mismos bienes o el usufructuario puede ampararse en el régimen restitutorio del art. 482 Cc, no siendo preciso restituir los mismos.

La mayoría de la doctrina que se plantea esta cuestión, es partidaria de restituir los mismos bienes entregados si estos no se han consumido. Se basan en que el

possible d'obtenir celui-ci, autant avoir son équivalent. Mais le rationnement est une hypothèse rare dans une économie d'abondance. Aussi, l'intérêt pratique de la question est réduit".

⁶³⁹ En este sentido, HUMBERT, *Essai sur la fongibilité...*, op. cit., pág. 79, afirma que en el caso de que las cosas consumibles sean también fungibles "[c]'est seulement dans cette hypothèse que l'on peut envisager de rendre des choses de pareilles quantité et qualité et qu'il y a lieu, par conséquent, de discuter sur l'influence qui doit être attribuée à l'estimation, quant à la nature de la restitution. Si, au contraire, les choses consommables sur lesquelles porte l'usufruit ne sont pas fongibles avec d'autres de même espèce, une seule solution s'offre aux parties: la restitution en valeur, sur la base de l'estimation qui doit, en ce cas être faite à l'ouverture de droit".

usufructo es un derecho de goce y la propiedad, por lo tanto, no se ha perdido por parte del nudo propietario⁶⁴⁰.

Sin embargo, si defendemos que en el usufructo de cosas consumibles se conservan los derechos sobre los bienes con independencia de que se consuman o no, es decir, con independencia de que existan los mismos bienes entregados o no, entonces a la hora de la restitución, es irrelevante para el respeto del derecho del nudo propietario que se le entreguen los mismos bienes o no.

640 Aunque se trate de autores que defienden la transmisión de la propiedad al usufructuario, ésta la admiten en un momento posterior a la constitución del derecho. Así, entre nosotros, PEÑA BERNALDO DE QUIROS, *Derechos reales...*, op. cit., pág. 276, nota 32: "[e]l usufructuario debería, si no las consumió, devolver las mismas cosas: y en su caso, por tratarse -según estimamos- de una obligación de hacer (devolver cosas específicas), no podría extinguir su obligación por compensación"; JORDANO BAREA, "El cuasi-usufructo...", loc. cit., pág. 1008, nota 83: "la restitución se efectuará *in individuo* cuando subsistan las mismas cosas, en todo o en parte, al fin del usufructo, por no haberse ejercitado el derecho a servirse de ellas con la consumición"; DORAL GARCÍA, comentario al art. 482 Cc, en *Comentarios al Código civil...*, op. cit., tomo VII, vol. I, pág. 216: "[d]a por supuesto este precepto que el usufructuario ha usado de las cosas, en otro caso, no tendría el "derecho", sino "la obligación" de restituirlas en el estado que se hallaban al comenzar el usufructo"; RIVERO HERNÁNDEZ, en LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos...*, op. cit., III, vol. II, pág. 78: "[s]i la cosa usufructuada no ha sido consumida a la extinción del gravamen, parece preferible -y se adecúa perfectamente a la tesis de Jordano y De Martino, por la que nos hemos decantado- que deba ser devuelta esa misma cosa, en la que el usufructuario sólo tiene un derecho de goce, y cuya propiedad no perdió nunca el nudo propietario"; CLEMENTE MEORO, en LÓPEZ y LÓPEZ, y MONTÉS PENADÉS, *Derechos reales...*, op. cit., pág. 484: "el usufructuario deberá devolver las mismas cosas que le fueron entregadas si no las consumió o es posible individualizarlas"; DíEZ-PICAZO, y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema...*, op. cit., III, pág. 417: "[a]unque el Código no lo diga de manera expresa, se sobreentiende que, si al extinguirse el usufructo, el usufructuario no se ha servido de las cosas y no las ha consumido, tiene la obligación de devolver esas mismas cosas, pues el artículo 482 contempla sólo el uso efectivo".

En Italia, entre la doctrina del Codice de 1865, CICU, *L'usufrutto...*, op. cit., pág. 188: "egli infatti potrebbe ritenere conveniente di non consumare la cosa, per restituirla così com gli fu consegnata; costringerlo a restituirne il valore in ogni caso significa alterare arbitrariamente oltre quella del costituente, anche la sua volontà che era quella di acquistare un usufrutto e non la libera disposizione della cosa"; entre la doctrina del Codice de 1942, DE MARTINO, comentario al art. 995 del Codice, en *Commentario...*, op. cit., pág. 189: "se la cosa non è stata consumata dall'usufruttuario, questi ha l'obbligo di restituirla al termine dell'usufrutto"; PALERMO, *Usufrutto...*, op. cit., pág. 159, n. 103: "[n]on può poi omettersi di rilevare che l'usufruttuario può anche non esercitare la sua facoltà di godimento della cosa, riconsegnando la medesima al proprietario alla fine del suo diritto"

Asímismo, la ley no distingue. El art. 482 Cc no precisa que deba restituirse el equivalente sólo en el caso de un consumo efectivo⁶⁴¹; es posible que así se establezca en el título constitutivo, por lo que a él deberá estarse. Pero si nada se precisa por las partes, habrá que atenerse al art. 482 Cc.

Además, restituir los mismos bienes u otros equivalentes poco debe importar al nudo propietario porque representan lo mismo con mayor o menor identidad -según se trate del *tantundem* o del valor-, de lo contrario, se habrían especificado los bienes y ya no nos hallaríamos ante un usufructo de cosas consumibles⁶⁴².

El usufructuario tiene libertad de actuación para consumir o no los bienes, disponer de ellos, darles otro uso, etc., porque en eso consiste su derecho de disfrute sobre los mismos. Y puede hacerlo cuándo y cómo quiera, sin que el nudo propietario pueda fiscalizar si se han consumido o no tales bienes, pues sería una intromisión en el ámbito del derecho conferido legalmente al usufructuario. Es evidente que sin esa fiscalización el nudo propietario no dispondrá de los elementos de juicio para saber si subsisten los mismos bienes.

Pero es que además, al nudo propietario le es indiferente si se han consumido o no los bienes, si se le restituyen los mismos o un equivalente, pues su derecho a la restitución está más protegido al estar predeterminado desde la constitución del usufructo la restitución de otro tanto o el valor, sin depender de la vicisitudes que sufran

⁶⁴¹ RUIZ SERRAMALERA, *Lecciones...*, op. cit., pág. 40, nota 1: "en ningún caso el Código somete la devolución de otra cosa o de su precio al hecho que el usufructuario se haya o no servido de la que recibió del dueño, pero hay que destacar que el art. 482 confiere al usufructuario la facultad de servirse de ella aunque se consuma".

⁶⁴² ALBALADEJO, *Derecho civil*, op. cit., tomo III, vol. segundo, pág. 72, al afirmar que el usufructuario queda obligado a restituir otro tanto, añade "o lo mismo recibido, ya que también sería otro tanto". Ya pusimos de manifiesto la posibilidad del usufructuario de restituir las mismas cosas entregadas si no se han consumido, sin embargo, el artículo en este caso está pensando en el consumo efectivo de los bienes y la imposibilidad material de restituir los mismos bienes ya que han desaparecido.

los bienes. Además la naturaleza fungible que suele acompañar a los consumibles, convierte a todos los bienes de la misma especie y calidad en "idénticos".

Lo que puede suceder es que al nudo propietario no le sea indiferente el recibir una cantidad de bienes o el valor, pues las circunstancias pueden provocar que tenga una preferencia, pero lo cierto es que esta elección no depende de que se hayan consumido o no los bienes, sino que es una facultad del usufructuario.

Por lo tanto, no creemos que sea obligatorio restituir los mismos bienes si no se han consumido, por lo que el usufructuario cumple tanto si restituye los mismos bienes usufructuados y no consumidos, como el equivalente al que le obliga el art. 482 Cc⁶⁴³.

⁶⁴³ En un sentido similar se expresa MALUQUER DE MOTES, Comentario al art. 482 Cc, en Ministerio de Justicia, Comentario..., op. cit., tomo I, pág. 1293, afirma que el usufructuario puede "entregar lo mismo que recibió, ya que (...) el usufructuario no está obligado a usar las cosas que son objeto de entrega, o puede entregar el precio correspondiente"; ALBÁCAR LÓPEZ, José Luis, y CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, Comentario al art. 482 Cc, en Código civil, doctrina..., op. cit., tomo II: "[e]l usufructuario puede no usar las cosas consumibles y, no consumidas éstas, restituir las mismas cosas entregadas al término del usufructo. Puede considerarse, en tal caso, que está obligado alternativamente a entregar las cosas usufructuadas y no consumidas u otras equivalentes conforme especifica este artículo".

Tampoco son partidarios de restituir el mismo bien obligatoriamente, MUCIUS SCAEVOLA, Comentario al art. 482 Cc, en Código civil, op. cit., pág. 321: "despréndese del artículo 482 que, aun no verificándose la completa extinción o consumición de aquéllas, no hay obligación de entregar lo que de ellas reste, como en el caso del art. 481, sino sólo pagar el importe del avalúo o restituir otras cosas de la misma especie y calidad que las entregadas"; ALBALADEJO, Derecho civil..., op. cit., III, vol. segundo, pág. 71, consecuente con su tesis de transmisión de la propiedad al entregar el bien, afirma que "[t]iene derecho a servirse de ellas, pero puede no usar - eso es facultad suya-, y, en tal caso cumple también pagando avalúo, en vez de tener, entonces, que devolver lo mismo recibido".

La actual doctrina alemana se manifiesta también en esta línea, aunque debemos precisar, como veremos posteriormente, que el § 1067 BGB sólo obliga al usufructuario a restituir el valor que las cosas tenían al tiempo de la constitución del derecho; así, SPRENG, Comentario al § 1067 BGB, en STAUDINGERS Kommentar..., op. cit., pág. 1163, c), afirma que el usufructuario no restituirá "der gleichen Quantität gleicher Sachen; auch die Rückgabe des nicht verbrauchten Restes ist ausgeschlossen"; en el mismo sentido, PROMBERGER, comentario al § 1067 BGB, en STAUDINGERS Kommentar..., op. cit., pág. 246, n. 5; PALANDT, Bürgerliches..., op. cit., comentario al § 1067 BGB, pág. 1215, 2): "[d]er Nießbraucher hat den Wert zu erstatten; er ist nicht verpflichtet, unverbrauchte oder den verbrauchten gleichart Sachen zurückzugewähren".