

rantía (porque si no se le suprime expresamente, se presume que quiso lo contrario, o sea, mantener ese deber), hay contradicción entre partición y disposición.

Únicamente, prevalecerá—como decíamos—la disposición testamentaria si el “haber querido lo contrario” del 1.070-1.º se entiende referido a la disposición testamentaria; si no, el 1.070-1.º proclama el triunfo de la partición, porque el deber de garantía lo suprime taxativamente la ley. O sea, aquí no existe el límite que en materia de lesión imponía el artículo 1.075.

Es lamentable tener que admitir esta norma del 1.070-1.º

El 1.075 impone que la partición se ajuste a la disposición en caso de lesión inicial. En caso de evicción (79), el 1.070-1.º permite que en ciertos supuestos, la disposición no se cumpla.

Hay, pues, que ajustarse a la disposición en la partición, pero si los bienes partidos son objeto de evicción, la fuerza de la partición hace, a veces que la disposición sea ineficaz. El único límite puesto a las consecuencias de semejante postura anómala del Código en este punto, es el deber legítimo.

En definitiva, el artículo 1.056 dice que se pasará por la partición en cuanto ésta —ajustándose a la disposición—no perjudique a la legítima. Los bienes partidos han de llenar, por tanto, la cuota de que se dispuso en favor de cada sucesor. Pero cuando *expresamente* se exima de la obligación de garantía en esta partición se podrá producir el efecto de que la disposición no se cumpla, ya que si el sucesor sufre evicción, como no tiene derecho a ser indemnizado, los componentes de su lote de que no haya sido despojado no cubrirán el valor de la partición a que fué llamado.

Por esto es aconsejable considerarla existencia de vicios como un supuesto de lesión, porque además difícilmente se podrá aplicar lo que el Código dispone al tratar de la compraventa, para el caso de que sean ocultos.

## X. Conclusión

El fin fundamental del artículo 1.056 es hacer herederos, y que éstos perciban bienes determinados, lo cual no es lo mismo que suceder a título singular.

El artículo 1.056 significa lo que nosotros creemos, o significa, en caso contrario, la desaparición de la necesidad de la forma en las disposiciones mortis causa, y, en este caso, facilita *formas* de disponer mortis causa, que son, podríamos decir, verdaderos testamentos no previstos ni incluidos ni autorizados en el Capítulo del Código que trata de ellos. La mejor alabanza que se puede hacer de ese 1.056 es indicar que no recoge el espíritu del 899 del Proyecto, en el que no se exigía que la partición se ajustase a la disposición, y se permitía partir, no sólo al testador, sino a todo causante, lo cual era edificar sobre arena gran parte del Derecho sucesorio.

(79) Para nosotros tenemos que realmente, y omisión hecha del espíritu del Código, demuestra una verdadera lesión inicial.

# El cuasi-usufructo como derecho de goce sobre cosa ajena

JUAN B. JORDANO BAREA  
Doctor en Derecho

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—I. LA CONSTRUCCIÓN TRADICIONAL: 1. La teoría que concibe el usufructo en cosas consumibles como usufructo *impropriae dictum* a través de la propiedad.—2. El momento del traspaso del dominio.—3. Los inconvenientes de la teoría y los intentos de superarlos. Crítica.—4. Punto de partida para una revisión. II. ENSAYO DE CONSTRUCCIÓN: 5. El supuesto de hecho del artículo 467: el *salva rerum substantia* como límite del disfrute y sus excepciones. Usufructo con facultad de disposición.—6. Usufructo de la hacienda mercantil, con especial relación a las mercancías destinadas a la venta. *Ius disponendi* y disfrute de la hacienda.—7. Consumibilidad jurídica y consumibilidad física: artículo 482.—8. El llamado cuasi-usufructo como poder o derecho de disfrute sobre las cosas ajenas *quae primo usu consumuntur* (usufructo especial por razón del objeto).—9. Los posibles obstáculos de la construcción: a) La pretendida transmisión de la propiedad por circunstancias extrañas a la naturaleza del derecho (mezcla o confusión). b) El principio *aestimatio facit venditionem*. c) La facultad de la segunda parte del artículo 482; cuasi-usufructo y mutuo.—10. Consecuencias que derivan de la construcción: a) La pérdida casual de las cosas. b) La quiebra del cuasi-usufructuario.

## INTRODUCCION

El artículo 467 del Código civil, al describir el contenido del usufructo, diciendo que da derecho a disfrutar los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y sustancia, *a no ser que el título de su constitución o la ley autoricen otra cosa*, plantea, ante todo, el problema de determinar cuáles son las excepciones, legales o convencionales, del *salva rerum substantia*, y después si todas o algunas de dichas desviaciones caben dentro del esquema legal del usufructo.

Porque, suprimida la vigencia absoluta de aquel límite clásico, cabe ampliar—siempre con la vista puesta en nuestro Derecho—el ámbito del usufructo para comprender supuestos tradicionalmente considerados como anómalos, y señaladamente el llamado cuasi-usufructo o usufructo impropio (1).

Siempre que se esté ante un supuesto de hecho caracterizado por el "derecho a disfrutar", habrá que calificarlo como usufructo, de acuerdo con nuestro ordenamiento, aunque aquel poder de goce conduzca, por la naturaleza especial del objeto, a la consumición del mismo. Esto es lo que el Código, acaso de forma poco consciente, hace en el artículo 482, al decir que si el usufructo comprendiera cosas que no se pueden usar sin consumirlas, el usufructuario tendrá derecho a servirse de ellas.

En estas páginas nos proponemos intentar la construcción del *quasi usufructus* como derecho de goce sobre las cosas consumibles ajenas, enmarcándolo dentro del cuadro legal típico del usufructo (artículo 466), como una de sus modalidades por razón del objeto, si quiera con características propias suficientemente acusadas.

El estudio exige doble tarea: una, como etapa previa, de negación de lo comúnmente admitido, y otra, constructiva.

La construcción que podemos llamar clásica del cuasi-usufructo lo estructura como usufructo *impropriae dictum*, a través de la propiedad. Después de exponer esta *communis opinio*, pasaremos a su crítica, poniendo de relieve sus inconvenientes y los intentos de superarlos, para sentar al mismo tiempo los presupuestos de una revisión. iniciando seguidamente la segunda parte, dedicada a definir la naturaleza y la estructura del cuasi-usufructo en nuestro Derecho.

A esto nos ayudará el estudio del usufructo con facultad de disposición, particularmente el análisis de la estructura que asume el usufructo de la hacienda comercial respecto a los bienes consumibles o mercaderías destinadas a la venta que en la misma se encuentran.

Este examen puede ser decisivo para nuestra tesis. Los puntos de conexión son sutilísimos. Como que, según veremos, rozan el concepto mismo de la consumibilidad—física o jurídica—, y así como en contra de una doctrina (que convierte el usufructo de la hacienda en un cuasi-usufructo, con traspaso de propiedad, total o parcial), hoy superada, se afirma por casi todos, aparte, claro está, los diferentes matices con los que se caracteriza el usufructo sobre esta *universitas*. no ser necesaria la transmisión de la propiedad para justificar el *ius distrahendis* del usufructuario de la hacienda, sería posible legitimar el *ius abutendi*—en realidad, se trata sólo de un poder adecuado de disfrute (*ius utendi*)—del cuasi-usufructuario.

(1) Así, por ejemplo. RUGGIERO: *Istituzioni di diritto privato*, revisadas por MAROI, Messina, 1937, págs. 362-363, según el cual se está frente a una especie anómala de usufructo, en la que la más profunda desviación del tipo normal está representada por la adquisición que el usufructuario realiza de la propiedad de las cosas sujetas a su goce y por el deber de restituir al cesar el usufructo otro tanto de la misma calidad.

El cuidadoso deslinde de estas figuras aclarará mucho, porque de él depende en gran parte el resultado a que lleguemos.

Estudiaremos también los obstáculos que pueden oponerse a la construcción del poder de goce sobre las cosas consumibles ajenas: la transmisión de la propiedad por circunstancias extrañas a la naturaleza del derecho (mezcla o confusión), el principio *aestimatio facit venditionem* y la pretendida facultad de la segunda parte del artículo 482, analizando con este motivo las relaciones que median entre el cuasi-usufructo y el mutuo.

Por último, dedicaremos nuestra atención a las consecuencias que se derivan de construir el cuasi-usufructo como *ius in re aliena*, en los casos de pérdida casual de la cosa y quiebra del cuasi-usufructuario, del mayor interés práctico.

En realidad, es mirando a estos resultados como encuentra justificación nuestro estudio, que podía pecar de conceptualista, si no estuviera motivado por un conflicto de intereses, que reclama una solución justa y más adecuada a la realidad de las situaciones concretas del vivir jurídico.

## I

### LA CONSTRUCCION TRADICIONAL

1. Como usufructo impropio o anormal—*quasi usufructus*—se considera tradicionalmente el usufructo sobre las cosas consumibles. Dado que el uso normal de las mismas consiste en su consumo, queda excluido el *uti frui salva rerum substantia*. En realidad, según esta corriente, el usufructo de los bienes de utilidad simple (2) se convierte en una transmisión de la propiedad, con la obligación de restituir el *tantundem* o el valor al fin del usufructo. El así llamado usufructuario de cosas consumibles no obtiene—como afirma WOLFF (3)—usufructo alguno, sino la propiedad.

(2) La expresión es de VENEZIAN. "Son bienes de utilidad reiterada—dice—los susceptibles de renovar la satisfacción de iguales o diversas necesidades en épocas distintas; bienes de utilidad simple, los que agotan en una sola vez su aptitud para satisfacer necesidades humanas" (*Usufructo, uso y habitación*, traducción esp. de ATARD con notas de CASTÁN, t. I, Madrid, 1928, pág. 3). Cfr. PAMPALONI: *SulFoggetto del quasi usufrutto*, en "Bulletino dell'Istituto di Diritto romano". XIX, 1907, pág. 90, n. 15 y págs. 109 y sigs., el cual critica la asimilación conceptual hecha por VENEZIAN entre bienes consumibles y de utilidad simple. A su juicio, no es oportuno incluir en la definición de la consumibilidad la circunstancia de que respecto a las cosas consumibles no es posible una repetición del uso. "Son cosas consumibles—dice—las cosas que no pueden ser objeto de usufructo (propio), porque el uso conforme a su destino económico altera (de algún modo) la substancia." Cualquiera que sea el valor de este concepto para el Derecho romano, lo cierto es que el término de VENEZIAN cuadra perfectamente al objeto del cuasi-usufructo según el Código.

(3) WOLFF: *Derecho de cosas*, II, Barcelona, 1937, págs. 101 y sigs., quien añade que el cuasi-usufructo no es usufructo, de igual modo que la propiedad fi-

Nuestra doctrina sigue la construcción tradicional. Los autores están de acuerdo en admitir que el usufructuario de cosas consumibles adquiere la propiedad de las mismas.

Así, CASTÁN afirma que el usufructo sobre cosas consumibles tiene un carácter excepcional y anómalo, puesto que al conceder al usufructuario el derecho de consumir la cosa se le confiere, no ya el disfrute, sino la propiedad misma (4). A juicio de PÉREZ y ALGUER, el Código civil construye el usufructo de las cosas que no es pueden usar sin consumirlas como *usufructo*, pero su esencia es diferente: el usufructuario de aquéllas es en todo caso propietario (5). Para MANRESA es cierto que no cabe disfrutar o usar las cosas *fungibles* o consumibles por el uso de otro modo (salvo *ad pompam vel ostentationem*) que consumiéndolas; pero también es cierto—añade—que al conceder su uso se concede la cosa misma, el dominio absoluto (6). Según SÁNCHEZ ROMÁN, el supuesto del artículo 482 es claramente el del llamado usufructo sobre cosas *fungibles*, según las define el artículo 337 del Código civil, que propiamente es el caso del *quasi usufructus romano*, traído a la impropia consideración de usufructo por el Código, cuando en realidad el usufructuario adquiere la propiedad de las cosas y queda obligado, cuando el usufructo termina, a la devolución del valor en que fueron estimadas al constituirse aquél o, en su defecto, a la restitución de otras en igual cantidad y calidad o a pagar su precio corriente al tiempo de cesar el usufructo (7).

Las razones con que se justifica la necesidad del traspaso del dominio al usufructuario son: la incompatibilidad del goce sobre las cosas *quae in abusu consistunt* con la propiedad de otro (8), y la necesidad, como *conditio sine qua non*, de ser propietario para poder consumirlas legítimamente (9).

---

ducia no es derecho de prenda. La comparación, desde el punto de vista de la tesis comúnmente admitida, es acertada. En ambos casos se consigue el resultado de un *ius in re aliena*—de garantía o de goce—a través de la propiedad.

(4) CASTÁN: *Derecho civil español común y foral*, t. II, 6.ª ed., Madrid, 1943, página 237.

(5) Anotaciones a WOLFF, ob. cit., II, pág. 103. Respecto al alcance del derecho y opción que al usufructuario de cosas consumibles concede el artículo 482, vid. infra págs. 42 y sigs.

(6) MANRESA: *Comentarios al Código civil español*, IV, 3.ª ed., pág. 418.

(7) SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho civil*, III, pág. 569.

(8) "No se puede concebir un derecho de propiedad distinto o independiente del usufructo—dice VALVERDE (*Tratado de Derecho civil español*, II, Valladolid, 1910, pág. 427)—cuando se trata de cosas que se consumen por el uso."

(9) Se habla a este respecto, principalmente por la doctrina francesa, de *ius abutendi*, el cual presupondría la propiedad. El cuasi-usufructo, según COLIN-CAPITANT, ejerce sobre la cosa el más grande derecho posible; tiene, sobre el usufructuario ordinario, el *ius abutendi* (*Curso elemental de Derecho civil*, II, Madrid 1923, pág. 711). Según PLANIOL y RIPERT, para las cosas consumibles *primo usu* el *ius utendi* no es nada sin el *ius abutendi*. Ahora bien, como el *ius abutendi* se niega al usufructuario normal, el cuasi-usufructo atribuye a su titular la propiedad de las cosas sobre las que recae su derecho (*Traité de droit civil française*, III, Paris, 1926, pág. 715). Vid. además JOSSELAND: *Cours de droit civil positif française*, I, Paris 1930, págs. 927 y sigs.

El único medio o instrumento — se afirma — que hace posible el goce o disfrute de las cosas consumibles ajenas es la adquisición de la propiedad de las mismas por parte del usufructuario. GIORGIANNI excluye las cosas consumibles como objeto de un derecho de goce (en sentido técnico) sobre cosa ajena. Tal exclusión se fundamenta, a su juicio, en la imposibilidad del goce repetido de tales bienes. “La única forma de goce de los llamados bienes de utilidad simple—agrega—consiste en consumirlos y, por tanto, en destruirlos. Ahora bien; respecto a tales bienes, la doctrina es justamente unánime en reconocer la imposibilidad de la atribución del goce a persona diversa del propietario. Y en efecto, en tanto se puede hablar de goce de una cosa ajena en cuanto la individualidad de la cosa, y, por consiguiente, la propiedad de la misma, subsista no obstante el goce” (10).

VENEZIAN, que representa lo que pudiéramos llamar el pensamiento clásico en la materia, considera imposible la constitución de un derecho real de goce, distinto de la propiedad, sobre aquellos bienes para los que la atribución de un disfrute implica necesariamente la de la propiedad. “Los bienes que agotan en una sola vez su aptitud para satisfacer necesidades humanas—escribe—no pueden servir de objeto a una potestad diversa del derecho de propiedad, porque o sería inútil ésta o aquella potestad quedaría sin contenido al reservarse el dueño la posibilidad de obtener toda la utilidad” (11).

Pero VENEZIAN afirma la posibilidad de que el concepto económico que inspira el usufructo se aplique también a los bienes consumibles, substraídos a un propio derecho de usufructo. Aun cuando, a su juicio, sea igual la relación económica, no puede, según él, revestir la misma forma jurídica. “Si la cosa no es susceptible de prestar utilidad sino una sola vez, y al prestarla pierde su 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. Para que sean compatibles el disfrute presente y el venidero en las cosas mismas que no son aptas para repetición de utilidad, necesitase que sea posible la reiteración, o sea la substitución 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. Entonces aparece la compatibilidad, no de dos derechos reales—porque el derecho real es aquel que tiene por objeto una cosa determinada—, sino un *derecho real* (propiedad del cuasi-usufructuario) y *otro de obligación* (crédito personal del constituyente)” (12).

---

(10) GIORGIANNI: *Contributo alla teoria dei diritti di godimento su cosa altrui*, I, Milán, 1940, pág. 29

(11) Ob. cit., I, pág. 3.

(12) Ob. cit., I, pág. 2.

La forma jurídica que, según VENEZIAN, realiza el contenido económico del usufructo con relación a las cosas que se consumen por el uso consiste, pues, en atribuir la propiedad de las mismas a aquel a quien se quiere conceder el disfrute, a reserva de la obligación de restituir el *tantundem eiusdem generis* (o el precio).

2. Mas ¿cuál es el instante decisivo para la estructura del cuasi-usufructo, puesto que en éste siempre se actúa, según la doctrina dominante, una transmisión de la propiedad de las cosas del propietario al cuasi-usufructuario?

El momento en el cual se opera la transmisión de la propiedad es, según VENEZIAN, el del acto constitutivo.

A su juicio, si la naturaleza o el destino de la cosa no consienten que sobre ella, y como relaciones distintas de potestad, se constituyan un usufructo y una nuda propiedad, *en el preciso momento en que por el negocio o acto jurídico se pudiera constituir y se originara el derecho de usufructo, en el supuesto de constituirse sobre una cosa diferenciada, el usufructuario adquiriría la propiedad de la misma.* "El anterior propietario (constituyente) o sus sucesores, en sustitución de la propiedad, que pasa al usufructuario—añade—, adquieren un derecho de crédito dirigido a la restitución del equivalente. De este modo, si la cosa perece por caso fortuito antes de la entrega, parece para el usufructuario que se ha convertido en dueño, subsistiendo entonces su obligación de restituir" (13).

No obstante, el mismo VENEZIAN dice en otro lugar que *al nacer el usufructo, lo que se adquiere es el "ius in re aliena", y no la propiedad de las cosas consumibles, que requiere la previa toma de posesión por parte del usufructuario* (14).

BARBERO hace notar la patente contradicción que resulta de referir el momento del traspaso de la propiedad a dos instantes tan diferentes: el de la perfección del título constitutivo y el de la entrega de las cosas o *traditio* (15).

Pero, a nuestro juicio, no existe esta contradicción, porque en el mismo VENEZIAN se encuentran elementos suficientes para salvarla.

El, en efecto, aclara la coexistencia de esa dualidad de momentos diciendo que cuando el negocio jurídico origen del usufructo no confiera inmediatamente un derecho real; cuando este derecho real de usufructo haya de procurarlo la prestación del obligado, como sucedería si el objeto del legado de usufructo no está en el patrimonio del titular, o está determinado *in generis*, su prestación es la que transmite la propiedad al usufructuario (16).

Ahora bien; teniendo en cuenta que en el Derecho italiano rige el principio de la transmisión de la propiedad *nudo consensu* en los ne-

(13) Ob. cit., II, pág. 256.

(14) Ob. cit., II, pág. 75, n. 1.

(15) BARBERO: *Il quasi-usufrutto ed il quasi uso*, en "Rivista di Diritto civile". 1939, pág. 218, n. 2.

(16) VENEZIAN: Ob. cit., II pág. 256.

gocios jurídicos inter vivos (contratos), la aparente incompatibilidad de las dos afirmaciones de VENEZIAN se desvanece, puesto que la segunda, en virtud de la cual hay que referir el momento de la transmisión de la propiedad a la *traditio*, sólo tiene, según VENEZIAN, un valor excepcional para dos casos concretos de legados (de cosa ajena y de cosa genérica). En estas dos hipótesis, evidentemente, el negocio jurídico origen del usufructo no confiere inmediatamente un derecho real (17).

En nuestro Derecho, por el contrario, de acuerdo con la norma del artículo 609 del Código civil, según la cual la propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por consecuencia de ciertos contratos *mediante la tradición*, a ésta, como norma general, habría que referir el momento de la adquisición del dominio por parte del usufructuario de bienes consumibles (18).

Como, según se desprende del artículo 482 del Código civil, el constituyente o propietario pierde, sin precisar cuándo, su derecho de propiedad para adquirir un crédito personal contra el cuasi-usufructuario, y, según la doctrina tradicional, éste precisa convertirse en dueño de las cosas dadas en usufructo para poder ejercitar su derecho, habría que concebir en nuestro ordenamiento—siempre desde el punto de vista de la construcción clásica—la estructura del cuasi-usufructo del siguiente modo: el usufructuario de cosas consumibles adquiere por la *traditio* (19) la propiedad de los bienes que recibe en goce, y contrae la obligación de pagar el importe de su avalúo al ter-

---

(17) Según VENEZIAN, también puede ser relevante en algún caso el momento de la consumición. Tal ocurre, a su juicio, con las pertenencias de bienes inmuebles, que revisten el carácter de bienes de utilidad simple, como el heno, las semillas, la paja, los piensos, el estiércol. Estas cosas se destruyen con usarlas una vez, pero el cultivo normal del fundo usufructuado exige que al consumirse unos elementos, se vayan realizando los actos que preparan su renovación; de modo que lo que constituye el requisito para la apropiación legítima por parte del usufructuario no es que desde un principio haga suyos los efectos con la obligación de restituir después su equivalente, sino que vaya efectuando su apropiación a medida que ello sea necesario para que pueda disponer de tales elementos como lo haría el dueño (ob. cit., II, págs. 262 y sigs.). CICU (*Corso sull'usufrutto* Bologna 1923-1925 cit. por ASCARELLI: *In tema di deposito regolare*, en "Termini Emiliana" 1927, II, col. 84, n. 23) sitúa en todo caso el momento del traspaso de la propiedad en el instante de la consumición de las cosas, teniendo en cuenta que, no disponiendo expresamente otra cosa la ley, es en ese momento y no en otro anterior cuando el usufructuario precisa convertirse en propietario para poder destruir y apropiarse por la consumición las cosas dadas en usufructo. También puede ocurrir, según VENEZIAN, que la cosa susceptible originariamente de sujetarse a usufructo se transforme en cosa de utilidad singular, y entonces, en el momento de la transformación es cuando se cambia la cualidad de usufructuario por la de propietario (ob. cit., II, pág. 257).

(18) Para los legados, en cambio, habría que tener en cuenta lo dispuesto en los artículos 881, 882, 884 y 885 del Código civil.

(19) La única excepción estaría constituida por el caso de un legado de usufructo que comprendiese una o varias cosas consumibles específicas y determinadas, propias del testador porque entonces, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 882, habría que admitir que el legatario adquiere la propiedad desde el momento de la muerte del causante.



minar el usufructo o de restituir el *tantundem* o abonar el precio corriente al tiempo de cesar aquél, según los casos.

Así, se situaría en la *traditio* el momento de la transmisión del dominio, de acuerdo con los principios que regulan el sistema de las transmisiones en nuestro Derecho (transmisión por la entrega de la cosa, más o menos espiritualizada) (20).

3. Esta construcción tiene sus inconvenientes de tipo práctico, y suscita fuertes reparos de orden doctrinal y legal.

Se comprende que el mutuario adquiera por la *traditio* la propiedad de las cosas prestadas, porque, abstracción hecha de la voluntad de las partes para transmitir, así lo dispone de modo terminante la ley (21). Pero con relación al usufructo de cosas consumibles, falta una norma correlativa (22). El usufructo no es por sí mismo un acto traslativo de dominio (23). Tanto el que da una cosa *utendi fruendi causa*, como el que la recibe, no tiene intención alguna de transmitir ni de adquirir la propiedad. Y no se puede hacer una excepción con las cosas consumibles porque, normalmente, el cuasi-usufructo no es objeto de una constitución autónoma y específica, sino que por lo común resulta de un usufructo sobre un complejo de cosas, alguna de las cuales por su especial naturaleza reclama una regulación propia (24).

Así que sería harto forzado hacer alusión a la voluntad tácita o presunta de las partes, porque éstas, en la mayor parte de las ocasiones, sólo piensan en constituir un usufructo, faltando consiguientemente el *animus* de transmitir el dominio.

En el silencio de la ley no debe admitirse, pues, el paso de la propiedad de las cosas consumibles del constituyente o nudo propietario al cuasi-usufructuario, hasta tanto que se demuestre de forma convincente que es totalmente imprescindible.

Y, como veremos, no sólo carecen de peso los argumentos aducidos por los partidarios de la tesis tradicional, sino que la admisión de aquel traspaso conduce a resultados totalmente injustos.

Reconoce WOLFF que el defecto de la institución del cuasi-usufructo, tal como es configurada por la doctrina común, consiste en que se considera, de una manera *directa*, como propiedad (si bien indirecta

(20) Cfr. URSICINO ALVAREZ: *El problema de la causa en la tradición*. Madrid, 1945, págs. 104 y sigs.

(21) Vid. artículo 1.753 del Código civil. Sobre las relaciones que median entre cuasi-usufructo y mutuo, vid. *infra*, págs. 44 y sigs.

(22) Diversamente ocurre en el Derecho alemán, donde el § 1.067 dispone expresamente que el usufructuario de cosas consumibles adquiere la propiedad. El artículo 772, párrafo 1.º del Código civil suizo, establece que las cosas que se consumen por el uso pasan, *salvo disposición en contrario*, a la propiedad del usufructuario, que queda siendo deudor de su valor al fin del usufructo. Sobre la interpretación de este artículo, vid. ROSSEL y MENTHA: *Manuel de droit civil suisse*, II, Lausanne sin fecha, págs. 156 y sigs.

(23) BARBERO: *Ob. cit.*, pág. 214.

(24) Repárese en que el Código, en el artículo 482, sólo previó este evento: "si el usufructo *comprendiera* cosas..."

tamente, por la limitación introducida por el vínculo obligatorio, consiga el fin de todo usufructo, que es el disfrute temporal); y esto es —a su juicio—inconveniente. Así, por ejemplo, en caso de concurso del cuasi-usufructuario, el concedente queda reducido a tener un crédito sometido a concurrencia (25).

Con razón observa BARBERO que, en contra de aquella doctrina, puede hacerse valer una exigencia de tipo práctico que reclama protección.

Si se entregan unas cosas consumibles en ejecución de un título, en el que se haya expresado claramente la voluntad de dar dichas cosas—por sí solas (26) o junto con otras de diferente naturaleza, formando una unidad patrimonial—en usufructo, se conforma poco con esta voluntad de las partes el que, en el supuesto de quiebra del usufructuario, aquéllas caigan en la masa en beneficio de sus acreedores. De este modo, mientras que los acreedores no podrían aprovecharse más que de los frutos y demás utilidades producidas por los inmuebles y las otras cosas de utilidad repetida, sobre las que el usufructuario sólo tiene la posesión y el goce a título de usufructo, con relación a las cosas de utilidad simple, aun entregadas para el mismo fin y con la misma intención, se beneficiarían con la propiedad misma, dejando al constituyente en la postura de un simple acreedor, sujeto al concurso de los demás acreedores ordinarios, a la hora de ejercitar su derecho de crédito (27).

Por su parte, COLIN y CAPITANT observan que el hecho de que el pretendido usufructuario de cosas consumibles se convierta en propietario tiene para él consecuencias ventajosas y desventajosas. Las ventajas consisten en que ejerce sobre aquéllas el más amplio derecho posible, porque tiene, sobre el usufructuario ordinario, el *ius abutendi*. Los inconvenientes—añaden—consisten en que si las cosas sobre que recae su derecho perecen por caso fortuito, sin que haya podido servirse de ellas consumiéndolas o enajenándolas, no por eso deja de estar obligado a restituir su valor o equivalente al fin del usufructo: es deudor, no de una cosa cierta, sino de una cantidad de cosas de un determinado género (*genus non perit*). Por el contrario, en el usufructo propio el usufructuario queda libre por la pérdida casual de la cosa (*res perit domino*) (28). Esta poco equitativa diferencia de tratamiento—imputación del riesgo al cuasi-usufructuario en un caso, y al nudo propietario en otro—en la misma relación sólo se explica por razones de estructura y no por la naturaleza especial del objeto, porque los mismos principios regirían aun en el caso de que se tratase de un usufructo sobre cosas fungibles (consumibles) *individualizadas*,

(25) WOLFF: Ob. cit., II, pág. 101, n. 9.

(26) Sin duda que el artículo 482 admite una extensión a este supuesto, que por ser poco frecuente no se tuvo en cuenta en el momento de dictar el precepto.

(27) BARBERO: Ob. cit., pág. 212. Es esta una consecuencia injusta que puede evitarse de acuerdo con nuestra construcción, como veremos en lugar oportuno.

(28) COLIN-CAPITANT: Ob. y loc. citis

es decir, contadas, pesadas o medidas (por ejemplo, mercaderías en fardadas o contenidas en recipientes determinados). A pesar de tratarse de cosas ciertas, tendría que soportar la pérdida por caso fortuito el cuasi-usufructuario, que en todo caso sería propietario de ellas y deudor de género, según la construcción tradicional.

Acaso para evitar la consecuencia totalmente injusta de atribuir, desde luego, la propiedad a quien sólo se pensó conceder un derecho de goce sobre cosa ajena (usufructo), es por lo que por algunos autores, como CÍCU (29), se retrasa hasta el instante de la *consumitio* el momento de la transmisión, haciendo posible que el constituyente o propietario hasta aquel momento soporten el riesgo de la pérdida fortuita y que los acreedores puedan ejercitar el derecho de separación en caso de quiebra del cuasi-usufructuario.

Pero así se sigue afirmando la absoluta necesidad del traspaso del dominio como presupuesto necesario e inherente a la estructura del derecho de usufructo sobre los bienes que se consumen por el uso. En otras palabras: se niega que el usufructuario desde un principio haga suyos los bienes consumibles con la obligación de restituir después su equivalente, pero se afirma que efectúa su apropiación a medida que ello es necesario *para que pueda disfrutar de tales bienes como lo haría el dueño*.

BARBERO ha refutado suficientemente la necesidad, como *conditio sine qua non*, de ser propietario para poder consumir legítimamente las cosas objeto del cuasi-usufructo. "El derecho de servirse de las cosas consumibles—escribe—se concede al cuasi-usufructuario, ciertamente, para el mismo fin que al usufructuario, con relación a las cosas de utilidad repetida: *apropiarse*, no las cosas mismas, sino la utilidad que procuran. Ahora bien; la cosa, según su naturaleza, procura de modo diverso la propia utilidad: el buey arrastrando el carro o arado; el campo produciendo los frutos y ofreciéndolos a la percepción; el vino, el aceite, prestándose a ser consumidos; el dinero, al gasto. Con referencia al diverso modo como la utilidad se procura, varía también necesariamente el modo como el hombre se las apropia, el cual constituye, por tanto, el modo del goce de las cosas" (30).

A propósito de ese goce, distingue su *posibilidad*, como dato puramente material, de su *legitimidad*, como conducta jurídica. Para que sea posible basta que el goce se actúe de tal forma que la cosa proporcione su utilidad y ésta sea percibida por el hombre. Para que sea legítimo basta aqdel conjunto de condiciones, necesarias y suficientes, para excluir la lesión del derecho ajeno. Así, con relación al usufructo ordinario, las circunstancias que lo hacen *posible y legítimo* son: de una parte, el hecho de que la cosa misma esté en la disposición material del usufructuario; de otra, la existencia de un acto o negocio jurídico sobre cuya base la ley otorga el derecho o poder de servirse de la cosa (*ius utendi fruendi*), aunque no se tenga la propiedad.

(29) Ob. y loc. cit.

(30) Ob. cit., págs. 213.

BARBERO se pregunta si estas mismas circunstancias no bastarán también para el cuasi-usufructo. Porque es perfectamente concebible que un determinado sujeto goce *legítimamente* de unas cosas ajenas, aunque dicho goce implique la destrucción de las mismas. El ladrón que consume *ilegítimamente* frutos ajenos contra la voluntad de su dueño efectúa su *apropiación* en sentido económico, pero no adquiere la propiedad por la consumición, sino que la destruye. ¿No se podría dar el mismo resultado sobre la base de una conducta *legítima*?

Si, como observa BARBERO, el propietario consiente en la entrega para que otro goce de unas cosas consumibles, sin querer enajenarlas, no hay razón para dar a tal querer un contenido diverso del que realmente tiene, ni para deducir de aquí la existencia de un traspaso no querido de propiedad. Y no la hay porque, aun cuando no puede usarse de las cosas de aquella naturaleza sin consumirlas, basta el consentimiento del titular para esta consumición—implícito en la voluntad de darlas en usufructo—para que el goce o disfrute mismo y la consiguiente consumición sean legítimos. Si, una vez efectuado el goce, la propiedad se pierde con la destrucción del objeto—por lo que éste no puede ser restituído entonces *in individuo*, sino en el *tantundem* o en el valor—, esta no es una razón que justifique el traspaso de propiedad en virtud del acto constitutivo o de la *traditio*, de modo que aquel que en la hipótesis de un usufructo normal sería, y continuaría siendo, el nudo propietario, pierda en el cuasi-usufructo la propiedad y resulte desde el principio convertido en un simple acreedor del precio o del *tantundem* (31).

Estas consideraciones de BARBERO en contra de la doctrina tradicional son, a nuestro juicio, decisivas, si bien, como en el apartado siguiente se verá, disentimos del punto esencial de su tesis, consistente en admitir la transmisión de la propiedad, no como elemento estructural del usufructo, sino como consecuencia de ciertas circunstancias que afectan a la naturaleza del objeto (32).

Podemos, pues, afirmar que si el traspaso de la propiedad de las cosas consumibles no es un presupuesto necesario para justificar la legitimidad del goce del cuasi-usufructuario, dicha transmisión no es un elemento inherente a la naturaleza y estructura del cuasi-usufructo (33). Por tanto, no puede sobrevenir en el momento del acto cons-

(31) Ob. cit., págs. 213-214.

(32) Vid. infra págs. 36 y sigs., donde tratamos de superar este posible obstáculo a la construcción del cuasi-usufructo como derecho de goce sobre la cosa ajena, procedente de la pretendida transmisión del dominio por circunstancias extrañas a la naturaleza del derecho.

(33) Vid. NUSSBAUM (*Das Nießbrauchsrecht des B. G. B. unter den Gesichtspunkten der Rechtsstatsachenforschung (Zugleich ein Beitrag zur Kritik des B. G. B.)* Berlín 1919, pág. 94), quien de *lege ferenda* intenta salvar las injustas consecuencias a que conduce el usufructo impropio, según el § 1.067 del B. G. B., en el artículo XXV de su contraproyecto sobre el derecho de usufructo. NUSSBAUM no considera esencial para el goce legítimo del cuasi-usufructuario su conversión en propietario, al permitir que en ciertos casos, cuando exista disposición contraria, se prescindiera de esa cualidad.

titutivo—cosa que, como más arriba dijimos, sería inadmisibile en nuestro Derecho—ni, faltando además la voluntad, con la *traditio*, o en el instante mismo de la consumición.

De hecho, la doctrina que estima la previa adquisición de la propiedad como un presupuesto imprescindible del goce del usufructuario está ligada a la teoría que ve en los derechos reales de goce sobre cosa ajena un derecho que tiene como contenido una parte de la propiedad, o mejor, una de las facultades que integran la propiedad, destacada de ésta y transmitida al titular del *ius in re aliena* (34). Concebido el usufructo ordinario como una cesión de la simple facultad de disfrute—*ius utendi fruendi*—, ésta para el cuasi-usufructo, el cual reclamaría la concesión del *ius abutendi* (derecho de abusar, sin perjuicio de tercero ni del orden público), que es la más amplia facultad, implicando como implica, según esta doctrina, no sólo las facultades de goce y disposición, sino también la suma de ellas, es decir, la propiedad misma (35).

Mas, si de acuerdo con la corriente de opinión, hoy dominante, se rechaza aquella teoría, por estimar que parte de un concepto ya superado de la propiedad, considerada como suma de facultades (36).

(34) Vid. PLANIOL-RIPERT: Ob. cit., III, págs. 712 y sigs.; JOSSEKAND: Ob. cit., págs. 922 y sigs.; SIMONCELLI: *Trattato delle locazione dei predi rustici e urbani*, I, Lanciano, 1892, pág. 15; BEKKER: *Ueber die objekte und die Kraft der Schuldverhältnisse*, en "Zeitschrift der Savigny Stiftung" (Römanistische Abtheilung), 1902 págs. 1 y sigs., especialmente pág. 8; KRÜCKMANN: *Beschränker Rechtserwerb oder qualitative Teilung, nach römischen Recht*, en "Archiv für die civilistische Praxis", vol. 103, 1908, págs. 139 y sigs., especialmente págs. 155 y sigs. Sobre la cuestión en el Derecho romano y en la doctrina romanista especialmente con relación al usufructo, el cual, con apoyo en las fuentes, es considerado por algunos como *pars fundi*, vid. ARANGIO RUIZ, voz *iura in re aliena*, en *Dizionario pratico di diritto privato*, III, 2.ª parte, págs. 123 y sigs.

(35) Vid. supra, n. 9.

(36) En contra del concepto clásico del derecho de propiedad y a favor de la moderna concepción vid. BARASSI: *La proprietà*, Milán, 1939, págs. 27 y sigs. Como nota GIORGIANNI (ob. cit., pág. 141), el concepto casi plástico del traspaso de una de las facultades que constituyen el contenido de la propiedad del propietario al titular del derecho de goce, si a primera vista puede parecer sugestivo, después de un atento examen se ve que es totalmente erróneo. En efecto, de realizarse tal traspaso debería actuar aquella forma especial de sucesión en los derechos conocida con el nombre de "sucesión constitutiva". Mas, como ha sido recientemente afirmado, dicha forma de suceder sólo impropiaamente es tal. En realidad dice NICOLÓ, no existe en ella la trasmisión de un derecho o facultad de un titular a otro sino la constitución *ex novo* de un derecho sobre el presupuesto del antiguo (*Nuova Digesto Italiano*, vol. XII 1.ª parte, pág. 988). Pero donde la teoría en examen sufre el más grave quebranto es cuando se intenta aplicar a los derechos de goce de menor contenido, diferentes del usufructo, no sólo a propósito de las servidumbres prediales a las cuales con frecuencia la doctrina se refiere para demostrar la inadmisibilidad de tal construcción, sino también respecto al uso y habitación. Dado que el usuario puede únicamente gozar de la cosa en los límites de sus necesidades personales y de las de su familia, y como, por tanto, su goce puede concurrir con el del propietario, resulta difícil explicar qué facultad de las que forman parte del dominio es la que se transmite al usuario. Para la crítica de la teoría de los derechos de goce sobre cosa ajena, como resultantes del desmembramiento de la propiedad, vid. además BARASSI: *I diritti reali limitati (In particolare l'usufrutto e le servitù)*, Milán, 1937, págs. 25 y sigs.

y se construyen los *iura in aliena* como poderes inmediatos y autónomos sobre la cosa, no hay dificultad alguna en configurar el cuasi-usufructo como un poder adecuado de disfrute sobre las cosas ajenas *quae primo usu consumuntur*, compatible con la propiedad de otro, que sólo queda limitada o comprimida (37).

4. Ya vimos que a GIORGIANNI le parece decisivo, en contra de todo intento de construcción del cuasi-usufructo como derecho de goce de cosa ajena y a favor de la tesis dominante, que unánimemente reconoce la imposibilidad de atribuir el goce de una cosa consumible a persona distinta del propietario, el hecho de que no pueda subsistir —como por el contrario sucede en el usufructo propio— la propiedad ajena después del goce (38).

Pero si esto tiene validez para los derechos de disfrute sobre los bienes de utilidad repetida, en tanto que pueden proporcionar un goce continuado sin perder su individualidad, no la tiene para los bienes de utilidad simple, que prestan el goce una sola vez (*primo vel uno usu*), perdiendo su existencia al mismo tiempo. El mismo GIORGIANNI no se recata en afirmar que la exclusión de los bienes de utilidad simple, como objeto posible de los derechos reales de goce (y, por consiguiente, del usufructo), encuentra su fundamento en la imposibilidad de un disfrute repetido de dichos bienes. Con ello cae en manifiesto círculo vicioso. Primero construye el concepto técnico de los derechos de goce sobre cosa ajena, tomando como base los bienes de utilidad reiterada o pensando en ellos tan sólo, y después excluye, sin más, la posibilidad de aplicar el concepto a los bienes de utilidad simple, argumentando que éstos no son capaces de un goce repetido.

Lo que se precisa es ver si el concepto técnico de los derechos de goce sobre cosa ajena se adapta también al disfrute económico de los

---

(37) Como veremos en lugar oportuno, el cuasi-usufructo se debe estructurar en nuestro Derecho no sobre la base del *ius abutendi*, sino teniendo por sustra'o 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). Este poder, configurado así, no sólo permite la vida de la propiedad ajena como derecho unitario y abstracto, con la facultad en potencia de recuperar su plenitud, sino que también deja el campo abierto a otros poderes y facultades en la zona no afectada por el mismo, hasta tanto que su ejercicio agote el derecho de propiedad por la pérdida del objeto. No nos parece por tanto, rigurosamente exacto afirmar, como lo hace VENEZIAN (ob. cit., I, pág. 3), que los bienes consumibles no pueden servir de objeto a una potestad diversa del derecho de propiedad porque ni es cierto, de una parte, que con la concesión de su usufructo se haga inútil el dominio, ni de otra, que éste prive de contenido a aquel derecho. Afirmar esto equivaldrá a sostener, desde el punto de vista de la teoría refutada, que la cesión del *ius abutendi* al cuasi-usufructuario, necesaria para que éste pueda consumir legítimamente las cosas consumibles, cuya única forma posible de goce consiste en la consumición, implica el traspaso de la propiedad y que ésta lleva siempre consigo el *ius abutendi*.

(38) Su argumento, como se recordará, es éste: que en tanto se puede hablar de "gocce de la cosa de otro", en cuanto que la individualidad de la cosa y, por consiguiente, la titularidad del dominio de la misma permanezca no obstante el goce (*Diritti di godimento... cit.*, pág. 29).

bienes consumibles, porque de lo contrario habría que renunciar a la construcción dogmática de la categoría para construir un nuevo concepto que comprendiese otras realidades económicas que no se pueden desconocer.

Hasta el momento de la consumición puede hablarse de un derecho de goce o disfrute sobre las cosas consumibles ajenas, en cuanto que la titularidad *ius domini* de las mismas subsiste, no obstante, aquel derecho. Y si, 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*, a consecuencia de la destrucción del objeto, no hay motivo para no considerar al cuasi-usufructo como un derecho real de goce, distinto de la propiedad y coexistente con ella hasta aquel momento.

Es, pues, perfectamente compatible el derecho del cuasi-usufructuario con el dominio del nudo propietario. Lo incompatible es el ejercicio del primero con la subsistencia de la propiedad. Mas esto no impide que se pueda hablar del goce de una cosa consumible ajena, porque allí donde termina la propiedad de otro acaba también el propio disfrute, con la consumición del objeto común a ambos derechos. La no subsistencia de la propiedad después del goce es una consecuencia impuesta por la naturaleza del objeto, que—como veremos—en nada afecta a la naturaleza del derecho (39).

Queda así precisado, como punto de partida para una revisión de la tesis tradicional, cómo y hasta cuándo pueden coexistir el dominio ajeno y el derecho del cuasi-usufructuario, coexistencia que, por otro lado, es característica esencial, no sólo del usufructo, sino también de los demás *iura in re aliena*.

---

(39) Es curioso observar que quien, como VENEZIAN, afirma la unidad del concepto económico que inspira el usufructo, tanto para los bienes de utilidad repetida como para los de utilidad simple, se ve obligado por la fuerza de las cosas a construir el concepto jurídico de forma diferente para unos y otros bienes porque no se puede dar lugar a un disfrute temporal de los bienes de utilidad simple, a semejanza del que se realiza con los de utilidad reiterada, sin recurrir al expediente del traspaso de su propiedad con la obligación de restituir el *tantundem* o el valor al cabo de cierto tiempo (transmisión temporal *fructu causa* de la propiedad), lo cual permite hacer el distinguo de la utilidad presente o actual y de la utilidad futura respecto a unos bienes que por su misma naturaleza no pueden prestar más que una sola utilidad (Cfr. VENEZIAN, ob. cit., I, págs. 3 y sigs.). Por el contrario, quien afirme que el concepto económico, aunque parecido, no es exactamente el mismo para ambas categorías de bienes, puede construir el concepto jurídico del usufructo de forma unitaria, como poder de disfrute de los bienes ajenos, consumibles o no, siempre que a ello no obste el ordenamiento.

## II

## ENSAYO DE CONSTRUCCION

5. Nuestro Código describe el usufructo en el artículo 467 diciendo que "da derecho a disfrutar los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y substancia, a no ser que el título de su constitución o la ley autoricen otra cosa". El desvío de la fórmula clásica—*usus fructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia*—, inserta en las fuentes romanas (40), es manifiesto. Ya no constituye, como sucedía en el Derecho romano clásico, una condición o límite objetivo del derecho de disfrute el conservar la substancia (41). Se ha transformado en condición subjetiva de tal derecho; cambio que, como agudamente se ha observado, se refleja de modo claro en la misma descripción, donde en vez de contraponer, como en la fórmula romana, al *ius utendi fruendi* el ablativo absoluto *salva rerum substantia*, se impone al usufructuario la obligación de conservar (42), que, por ser un simple deber, tiene un carácter accesorio y no de esencia para el usufructo (43). Se explica, pues, que el Código permita la salvedad contenida en los últimos términos del artículo 467.

(40) D. 7, 1, 1. (PAULUS, libro III ad Vitellium); Inst. 2, 4, pr.

(41) De acuerdo con BONFANTE (*Corso de diritto romano*, III, *Diritti reali*, Roma, 1933, pág. 53); GIRARD (*Manuel elementaire de droit romain*, 6.<sup>a</sup> ed., París, 1918, pág. 370, nota), y DI MARZO (*Sulla definizione romana dell'usufrutto*, en "Studi per Fadda", Nápoles 1906, vol. I, pág. 146), estimamos que con el *salva substantia* los clásicos querían decir que los bienes de utilidad simple, o consumibles, no eran susceptibles de usufructo. En el Derecho clásico se trataría, pues, de un límite objetivo: el usufructo no podía recaer sino sobre cosas susceptibles de un uso repetido. Este es el significado que un texto de ULPIANO—*in iure civili earum rerum, quarum salva substantia utendi fruendi potest esse facultas* (Reg. XXIV, 26). Aparte de esta interpretación, que pudiéramos llamar histórica, del *salva rerum substantia*, estas palabras tienen en la Instituta y en las Pandectas un significado no ambiguo, aclarado por un texto de CELSO (D. 7, 1, 2). El *salva substantia* aludiría, según esta interpretación legal, a la suerte que inseparablemente siguen cosa y derecho: éste se extingue cuando aquélla perece (paráfrasis de TEÓFILO II 4, pr.). (Cfr. RUGGIERO: *Usufrutto e diritti affini (C. d. servizi personali)*, Nápoles, 1913, págs. 32 y sigs.) Pero este sería el pensamiento de Justiniano y no el de los clásicos, como GIRARD observa (ob. y loc. cit.). Para otras interpretaciones, vid. RUGGIERO, ob. cit., págs. 29 y sigs.

(42) VENEZIAN: Ob. cit., II, pág. 315. Este es el significado que hay que atribuir a las palabras del Código. No se trata de un límite fundamental que el usufructuario encuentra en el goce de la cosa, como por el contrario sostienen NICCOLO y GIORGIANNI (*Nuovo Digesto italiano*, vol. XII, 2.<sup>a</sup> parte, pág. 780, voz "usufrutto"), a pesar de que la ley italiana, como nuestro Código, habla claramente de una obligación de conservar la substancia de la cosa.

(43) Hasta tal punto que, según VENEZIAN, perdura el derecho del usufructuario aun cuando sufra alteración la substancia; únicamente queda extinguido con el aniquilamiento total de la cosa, cuando de ella no reste parte alguna que pueda utilizarse, aunque sea de modo distinto al normal (ob. cit., II, pág. 315).



porque ello es una lógica consecuencia de la naturaleza accidental atribuida por el precepto a la obligación de conservar la forma y substancia.

No incurre el Código en vaguedad e indeterminación al caracterizar el usufructo como una nota que viene a ser desmentida y anulada por el mismo legislador, como dice algún autor (44), porque lo característico de este derecho real no es el deber de conservar, sino el *derecho a disfrutar los bienes ajenos* (45). Ni tampoco las excepciones del artículo 467 equivalen a desnaturalizar el usufructo, ni pueden, como cree VALVERDE, ocasionar el peligro de que haya que calificar legalmente como usufructos, relaciones jurídicas que no tienen tal carácter, si se pactó que pudieran transformarse substancialmente o ser alteradas las cosas en su materia o en su forma (46). Siempre existirá el criterio del *ius utendi fruendi* (47) para discriminar si se está o no frente a un supuesto concreto de usufructo, según el esquema del Código, porque ni siempre que por la voluntad privada se exima a un sujeto de la obligación de no alterar la forma o de conservar la substancia se sale del supuesto de hecho típico de aquel derecho, ni hay por qué encuadrar dentro del artículo 467 relaciones jurídicas caracterizadas por el *ius disponendi* o *distrahendi*.

En cuanto a lo primero, basta tener en cuenta los casos de alteración de la forma, consentida en el título constitutivo por el propietario, aducidos por MANRESA. Estimamos, con dicho autor, que la voluntad de los particulares puede modificar de algún modo la obligación de no poder alterar la forma o substancia de la cosa, siempre que pueda entenderse que los poderes concedidos al usufructuario son de disfrute, en absoluto o de aprovechamiento, en cualquier forma, de lo que usufructúan (48).

En cuanto a lo segundo, habrá que admitir, de acuerdo con el criterio a que hemos aludido, que siempre que sobre una cosa se conceda algún derecho a disponer, aunque sólo sea condicionalmente, no se constituirá usufructo tan sólo, sino también otro derecho real distinto.

(44) CASTÁN: Ob. cit., pág. 231.

(45) "Creemos—dice certeramente MANRESA—que el Código, en su definición o explicación, ve un requisito esencial: el derecho de disfrutar o gozar los bienes ajenos; y un requisito, con razón o sin ella, accidental, la obligación de conservar la forma y substancia de las cosas, requisito, sin duda no considerado como de esencia cuando el mismo Código no lo respeta, y al cual únicamente se refiere en la dicción o salvedad final" (ob. cit., IV, pág. 354). A nuestro juicio, hay una razón fundamental para estimar el deber de conservar la substancia como accidental. De otro modo se imposibilitaría construir el cuasi-usufructo como derecho de goce sobre cosa ajena y encuadrarlo en el supuesto típico del usufructo según el Código (art. 467), como una de sus modalidades por razón del objeto.

(46) Ob. cit., pág. 431.

(47) El Código habla de "derecho a disfrutar", expresión que equivale al binomio clásico *ius utendi fruendi*, porque el disfrute, en sentido lato, presupone y comprende también al uso. No hay que olvidar que existe un disfrute—el de los bienes deteriorables y el de los consumibles—consistente en el uso (cfr. arts. 481 y 482).

(48) Ob. cit., pág. 355.

La doctrina y jurisprudencia españolas reconocen que el usufructuario puede tener la "facultad excepcional" de enajenar las cosas objeto del usufructo, no el derecho en los términos del artículo 480, sino como una muestra de la excepción reconocida por la última parte del artículo 467 (49). Pero como muy bien observa BELTRÁN DE HEREDIA, "la facultad concedida al usufructuario no quita a la institución su naturaleza de usufructo, no en el sentido de que, a pesar de esa atribución, el usufructo continúe siendo el mismo, sino que el usufructo, que es el normal, se ve aumentado con aquellas facultades extrañas a su esencia, a la que no afectan para nada. Por esto no puede decirse que este poder de disposición de las cosas sea una consecuencia de la atribución del derecho de usufructo, sino una facultad *más* que el propietario permite al usufructuario, *además* de su derecho de usufructo, aquella otra facultad de poder enajenar algunos bienes. Se constituye entonces no un derecho de usufructo, sino un *derecho real distinto*, en virtud del principio del *numerus apertus* que nuestro ordenamiento admite en la constitución de los derechos reales" (50).

Mas el problema no surge respecto a ese usufructo con facultad *extraordinaria* de disposición. Las dificultades nacen cuando se está ante supuestos en los que el *ius disponendi* es una facultad o poder intrínseco al usufructo, como contenido *normal* del mismo. ¿Nos encontraremos frente a supuestos de hecho que caen fuera del ámbito del usufructo propio? ¿Habrà que reconocer entonces el fracaso del *ius fruendi* como criterio decisivo?

La cuestión tiene un gran interés para nuestro estudio, porque centrada en el análisis del llamado "usufructo de disposición", ideado por KOHLER (51), especialmente en lo que hace relación al usufructo de la hacienda comercial, donde se encuentran normalmente bienes consumibles en sentido jurídico (mercaderías destinadas a la venta), allanará el camino para llegar a una justa interpretación del artículo 482.

¿A qué cosas se refiere el Código cuando alude a las que no se pueden usar sin consumirlas, a las consumibles física o jurídicamente? ¿El derecho a servirse de las mismas comprende sólo el *ius utendi* o también el *ius distrahendi*?

Preguntas son éstas que fácilmente se podrán responder después de haber tomado partido frente al problema que se presenta con el llamado usufructo de la hacienda comercial, en el cual juegan un papel importante la consumibilidad jurídica y el *ius distrahendi*. La relación con el cuasi-usufructo, según la doctrina tradicional, es innegable, has-

---

(49) Vid. BELTRÁN DE HEREDIA: *Usufructo sobre usufructo en la legislación española*, en "Revista de Derecho privado", 1941, págs. 297 y sigs. el cual recoge y examina esta jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Dirección General.

(50) Ob. cit., pág. 298.

(51) KOHLER: *Das Dispositionnisbrauch*, en "Iherings Jahrbucher", 1880, páginas 187 y sigs.

ta el punto de que para algunos autores el usufructo de un establecimiento mercantil se resuelve en un cuasi-usufructo total o parcial.

6. La hacienda resulta constituida por elementos variados: cosas corporales, muebles o inmuebles (talleres, almacén, mobiliario, máquinas, utensilios, materias primas, mercancías, etc.), derechos (firma o razón social, marca, patentes), relaciones obligatorias relativas al ejercicio del comercio, relaciones materiales o de mero hecho, de valor económico (clientela); mas todos ellos unidos por una organización, que es la "forma" que permite agruparlos bajo el concepto de hacienda (52).

Toda la problemática del usufructo de la hacienda está en explicar cómo se comporta el usufructuario frente a esta variedad de bienes tan heterogéneos, puesto que para que tenga efectividad su disfrute debe ser autorizado para vender las mercancías, subrogarlas por otras nuevas, exigir los créditos, gestionar la hacienda... La cuestión más saliente desde nuestro punto de vista es el porqué de esa facultad de disposición en un usufructo. ¿Se tratará de una figura anómala ("usufructo de disposición"), como quiere KOHLER, impuesta por una situación en la que la venta de las mercancías (*ius disponendi* o *ius distrahendi*) entra como contenido normal del usufructo?

Excluida la construcción que explica el *ius distrahendi* del usufructuario de la hacienda por el camino del usufructo de una *universitas* (de hecho o de derecho), porque la hacienda no es apta por sí misma para constituir la naturaleza jurídica de nada, faltando una disposición expresa del derecho (53), no quedan abiertas, a primera vista, más que dos vías para explicar esa facultad de enajenar: la transformación del usufructo en propiedad respecto a las mercaderías destinadas a la venta (teoría clásica del cuasi-usufructo), o bien ampliar el concepto del usufructo hasta comprender el derecho de disponer como contenido normal del goce concedido al usufructuario de la hacienda.

Una antigua teoría (54), hoy en día superada, convierte el usufructo de la hacienda en un cuasi-usufructo concebido según la doc-

(52) Vid. BARBERO: *Le universalità patrimoniali*, Milán, 1936, pág. 360, y FERRARA: *L'usufrutto dell'azienda*, en "Rivista di diritto civile", 1934 pág. 470, y *Trattato di Diritto civile italiano*, vol. I, Roma, 1921, pág. 813. La bibliografía sobre la hacienda comercial es copiosísima; vid. la amplia lista que inserta RONDONI (*Trattato di diritto dell'industria (Teoria generale dell'azienda)*, Padua, 1935, I, págs. 54 y sigs.) completada por BARBERO (ob. cit. ult., pág. 357, nota). Además, vid. CASANOVA: *Studi sulla teoria dell'azienda*, Roma, 1938.

(53) En nuestras leyes falta un explícito reconocimiento de la hacienda como objeto de derecho con autonomía jurídica. Tiene razón FERRARA cuando afirma que es incontestable que no se puede acudir al concepto de una universalidad concebida como objeto de derechos sin que exista una positiva sanción de ella que, aparte de sus singulares elementos, considere el todo como unidad (*L'usufrutto...* cit., pág. 474).

(54) MERLIN: *Repertoire universelle et raisonné de jurisprudence*, XVIII, páginas 343-347, y BORSARI: *Commentario del Codice civile italiano*, II, Nápoles-Roma, 1872, págs. 310-311.

trina tradicional: puesto que las mercancías son cosas consumibles (en sentido jurídico), en tanto en cuanto están destinadas al cambio, o mejor, a salir del patrimonio por la venta, el usufructuario adquiere su propiedad, con la obligación de restituir un volumen equivalente de las mismas o su valor, al fin del usufructo.

Esta teoría identifica la hacienda con las mercaderías y no explica el derecho del usufructuario respecto a los demás elementos que constituyen el patrimonio comercial, y sobre todo qué posición debe asumir el usufructuario de la hacienda respecto a los créditos y deudas de ésta (55).

Por eso otros autores, partiendo del presupuesto de que el usufructo de un patrimonio se escinde en el usufructo de cada uno de los elementos que lo componen, distinguen según los bienes que constituyen la hacienda: respecto a las cosas no consumibles, muebles o inmuebles, se tendría un verdadero y propio derecho de usufructo; las consumibles (jurídicamente) corresponderían en propiedad al usufructuario de la hacienda, con la obligación de restituir el valor de ellas al terminar el usufructo (56).

A parte de que esta construcción olvida el delicado problema de las deudas, no explica el poder que el usufructuario tiene de ejercitar la hacienda (57). Y, desde nuestro punto de vista, incurre en los mismos inconvenientes señalados para la teoría clásica del cuasi-usufructo, especialmente el resultado injusto a que conduce en el supuesto de quiebra, en el que el nudo propietario de la hacienda no podría separar de la masa las mercancías en ella incluidas. Además, si para el usufructo de las cosas físicamente consumibles puede encontrar justificación el traspaso de propiedad, en cuanto para algunos—los que conciben los derechos sobre cosa ajena como cesión de una de las facultades que integran el dominio—el *ius abutendi* la presupone, no la hay para el ejercicio del *ius distrahendi*, porque es cosa generalmente admitida que se puede enajenar válidamente las cosas de otro si para ello se está legitimado o autorizado. E incluso se llegó a construir un usufructo que comprende el *ius disponendi* de ciertas cosas en él incluidas.

Existen casos, escribe KOHLER, en los que el usufructuario, como tal, puede no sólo gozar, sino también enajenar la cosa objeto de usufructo. Este *ius in re aliena*, sin necesidad de transformarse en dominio, comprendería, no obstante, la facultad de disponer; nos encontraríamos, pues, ante un derecho real de usufructo que atribuye a su

(55) FERRARA: *L'usufrutto...* cit., pág. 471.

(56) Así que, en realidad, el usufructuario de la hacienda es propietario de las mercancías, pudiendo, por tanto, venderlas. Vid. BARASSI: *I diritti...* cit. pág. 13; COVIELLO (Junior): *L'usufruttuario di un patrimonio e la sua responsabilità per i debiti*. Nápoles, 1936, pág. 32; MARCADE: *Curso elementare di Diritto civile francese*, Nápoles 1860 II, págs. 79 y sigs.; AUBRY y RAU: *Cours de droit civil français*, II, 6.ª ed., París, 1935 págs. 710-713; DALLOZ: *Repertoire pratique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, voz "usufruit", XII, pág. 537; DEMOLOMBE: *Cours du Code Napoleon*, X; *Traité de la distinction des biens*, II, París 1875 págs. 256-258.

(57) FERRARA: *L'usufrutto...* cit., págs. 471-472.

titular toda suerte de disfrute de la cosa, incluida la disposición. Uno de los casos típicos de esta figura sería el usufructo de la hacienda. El usufructuario de un establecimiento mercantil no puede enajenarlo: pero sí que puede enajenar las mercancías destinadas a la venta (58).

La teoría de KOHLER ha sido objeto de dura crítica en cuanto que configura el derecho del usufructuario como facultad de disponer (59). Substancialmente, en lugar de explicarse con ella el usufructo de la hacienda, no se hace más que describir su contenido de un modo original, sin penetrar su esencia.

Según FERRARA, el usufructuario de la hacienda no adquiere un derecho real, ni sobre cada elemento en particular ni sobre su conjunto, sino únicamente el derecho de hacer propios los frutos de su gestión, es decir, un *derecho de crédito* a la utilidad del ejercicio comercial. No existiendo un derecho real, se está, desde el punto de vista jurídico, fuera del campo del verdadero usufructo, aunque desde el punto de vista económico tenga el mismo significado. El usufructuario de la hacienda no es, pues, en realidad, otra cosa que un simple administrador *in rem propriam*, que hace suyos los frutos. El derecho de vender las mercancías es inherente al poder de administración y consecuencia del ejercicio mercantil: "el usufructuario vende las mercancías no porque goce, sino porque administra". FERRARA considera al usufructuario de la hacienda como un representante *proprio nomine* del propietario, en virtud de un mandato conexo con el título o constituido como medio para realizar el usufructo (en sentido económico) que se le concedió. "El usufructuario, en su cualidad de gestor de la hacienda, puede cumplir todos los actos inherentes a su ejercicio (venta de las mercancías, cobro de los créditos, etc.), que sólo forzadamente podrían ser deducidos del simple *derecho de goce* del usufructuario, porque van más allá del mismo" (60).

La teoría de FERRARA es un poco artificiosa y acaso más complicada que el problema que trata de resolver. Los efectos que de ella se pretenden derivar como característicos no son tales si bien se miran las cosas.

De hecho, no hay ninguna necesidad de recurrir al concepto de "administrador *in rem propriam*" para dar con el fundamento del deber del usufructuario de substituir las mercancías del almacén a medida que las vende: basta pensar que el usufructo importa el derecho de gozar de los frutos que la hacienda ofrece. Y la noción de "fruto de la hacienda" consiste precisamente en el lucro que se obtiene ejercitando el comercio normal, que exige reponer continuamente las mercancías, y no liquidando aquélla.

También pretende FERRARA explicar cómo el usufructuario no sólo tiene un derecho, sino además, en cierto modo, un *deber de gozar*, por-

(58) KOHLER: *Ob. cit.*, págs. 221 y sigs. y 290.

(59) FADDA y Bensa, notas al WINDSCHEID: *Diritto delle Pandette*, I, parte II, Turin, 1925, págs. 473 y sigs., y FERRARA: *L'usufrutto...* cit., págs. 476 y siguientes.

(60) *L'usufrutto...* cit., págs. 479 y sigs., y *Trattato...*, págs. 815 y sigs.

que no puede con su conducta pasiva (por ejemplo, teniendo cerrado el establecimiento, con la consiguiente pérdida de clientela) perjudicar la hacienda. El usufructuario normal tiene el derecho de gozar, no la obligación de gestionar, como la tiene el usufructuario de la hacienda, al que precisamente le afecta dicho deber por ser administrador y no usufructuario.

Pero acertadamente observa BARBERO que, sin necesidad de recurrir a la idea de administración *in rem propriam* y operando sólo con el concepto técnico de usufructo, se llega a dar con el fundamento de aquel deber del concesionario de la hacienda. En efecto, la noción de usufructo es suficiente para explicar por qué el usufructuario de la hacienda tiene no sólo el derecho de goce, sino también, en un cierto sentido—usando las palabras de FERRARA—; un deber de goce, en cuanto está obligado a conservar la hacienda, no dañándola con su actitud pasiva. El *salva rerum substantia* se aplica también referido a la hacienda como objeto de usufructo. Se trata de un usufructo propio, caracterizado por el derecho a disfrutar de la hacienda, con la obligación de conservar su forma y substancia (61).

La hacienda, considerada objeto del usufructo como "cuerpo compuesto funcional"—son palabras de BARBERO (62)—, explica adecuadamente toda la conducta del usufructuario en el ejercicio de su derecho: ya sea en lo que afecta a sus obligaciones, ya en lo que mira a sus facultades (en nuestro caso, la de vender las mercancías). El derecho fundamental que sobre la hacienda recae es único (derecho de goce o disfrute); pero comprende tantas facultades específicas como elementos la integran. El *ius distrahendi* no constituye un derecho autónomo, sino una facultad en el cuadro de disfrute de la hacienda (63).

Por consiguiente, no se está frente a una figura anómala de usufructo (64) que implique una excepción del *salva rerum substantia*,

---

(61) Cfr. BARBERO: *Le universalità...* cit., págs. 366 y sigs., y FERRARA: Ob. y loc. ult. citis.

(62) Ob. cit. ult., pág. 369.

(63) SCIALOJA (Nota a una sentencia, en "Foro Italiano", 1883, I, págs. 705 y sigs.) y BARASSI (idem id., 1912, I, págs. 315 y sigs.), partidarios de la llamada "teoría atomista", sostienen que todo derecho sobre la hacienda (incluido el usufructo) se descompone en una suma de derechos sobre los particulares elementos que la integran. Esta afirmación tiene su parte de verdad y su parte de error. Es cierto que en los derechos que tienen por objeto la hacienda están incluidos otros tantos derechos sobre los elementos que se encuentran en aquélla, porque de otro modo se llegaría a la consecuencia absurda de que el que tiene derecho a disfrutar la hacienda no podría servirse de los elementos de la misma. Pero sería erróneo creer que estos derechos especiales son además autónomos. No se comprende cómo puede surgir un derecho autónomo sobre una cosa o elemento que no ha sido por sí sólo considerado como objeto del negocio que da origen al derecho de goce. Se trata, por tanto, de derechos que se configuran mejor como facultades singulares implícitamente subsiguientes a un derecho único y verdaderamente autónomo: el derecho de disfrutar la hacienda (vid. BARBERO: *Le universalità...* cit., págs. 363 y sigs.).

(64) La teoría de KOHLER ("usufructo de disposición"), en cuanto afirma que las cosas por el hecho de su reunión están destinadas a un modo particular de disfrute que exige que el titular del usufructo tenga una facultad de disponer

sino ante un usufructo normal (*ius utendi fruendi*) que no tiene otra especialidad que la de referirse a la hacienda como objeto *único* de derecho (65).

Esta construcción no sólo esclarece el *ius disponendi* del usufructuario de la hacienda respecto a las mercaderías destinadas al tráfico, sino que satisface todas las exigencias que derivan del carácter complejo de la relación, cosa que, por el contrario, no sucede ni con la antigua teoría que resuelve esta figura en un cuasi-usufructo total o parcial, con traspaso de la propiedad, ni con la tesis de KOHLER. Al mismo tiempo despeja el camino para llegar a la que nos parece ser la recta interpretación del artículo 482.

7. Este precepto sólo se refiere a las cosas consumibles en sentido material (consumibilidad física): "cosas que no se pueden usar sin consumirlas", cuyo modo adecuado de disfrute consiste en agotarlas por el *ius utendi*. Pero antes de pasar a exponer los rasgos fundamentales del cuasi-usufructo en nuestro sistema, como derecho de disfrute sobre cosa ajena consumible, caracterizado por el *ius utendi*, creemos oportuno insistir sobre la naturaleza de su objeto. Porque de la idea de consumibilidad seguida por el Código en el artículo 482 depende en última instancia lo que deba entenderse por "derecho a servirse de las cosas", que siempre utilizadas de acuerdo con su naturaleza.

Sabido es que el concepto de consumibilidad viene entendido comúnmente de una forma restringida: destrucción o consumo como efecto del uso. Cuando el uso normal de una cosa conduzca forzosamente a la destrucción de su integridad corporal o a la pérdida de su individualidad, se dice que esta cosa es consumible (66). Lo que se discute es si este concepto de lo consumible, en sentido material, es o no una cualidad puramente ontológica (67). En realidad, como observan FADDA y BENZA, el criterio distintivo de las cosas consumibles y no consumibles no puede ser un criterio objetivo derivado de la misma naturaleza de las cosas, porque, desde este estricto punto de vista, no hay lugar para una distinción: todo se consume con el tiempo. Por eso, a su juicio, conviene tener en cuenta más bien el punto de vista económico-social. Consumibles son aquellas cosas cuyo uso en la economía normal y ordinaria de un determinado momento consiste precisamente

no existente en el usufructo normal, no está en absoluto privada de fundamento y puede ser compatible con lo que antes se dice en el texto.

(65) La naturaleza jurídica de la hacienda no es, como advierte BARBERO, la de ser una *universitas*. La *universitas* no puede constituir la naturaleza jurídica de nada; no es más que un *modo de considerar* la hacienda (como otros complejos patrimoniales) en determinadas relaciones (ob. cit., págs. 262-263).

(66) Así WINDSCHEID (ob. cit., pág. 7): "consumibles son aquellas cuyo uso adecuado consiste en una destrucción de su integridad corporal"; BRUGI: *Istituzioni di Diritto civile*, 2.<sup>a</sup> ed. Milán, 1907, pág. 139; CHIRONI: *Elementi di Diritto civile*, Turín, 1914, pág. 64.

(67) La idea dominante es la de la consumibilidad como cualidad objetiva. Así por sólo citar un nombre según COVIELLO (N.) (*Manuale di Diritto civile italiano*, Roma-Milán-Nápoles, 3.<sup>a</sup> ed., 1924, págs. 271-272), la consumibilidad es una cualidad objetiva de la cosa.

en consumirlas, en el sentido de destruir su esencia; no consumibles, aquellas cuyo uso normal, si bien puede producir deterioro, no consiste en destruirlas (68).

Algunos autores amplían aún más el concepto de lo consumible hasta comprender dentro del mismo no sólo las cosas que son consumibles en un sentido material, sino también las que lo son desde un punto de vista meramente jurídico (69). Para comprender el dinero y las mercaderías destinadas a la venta en el número de las cosas consumibles se piensa que acaso convenga ampliar el sentido de la consumición y definir las cosas consumibles como aquéllas que en su normal empleo, según los usos de determinada economía, dejan de formar parte del patrimonio del propietario que las usa. El concepto de consumibilidad, entendido de este amplio modo, como término de la pertenencia a un determinado patrimonio, sería idéntico para las dos categorías de utilizaciones (uso en sentido material o destruir y uso en sentido jurídico o enajenar). Por eso FADDA y BENSA proponen sustituir en la fórmula de VENEZIAN—según el cual la consumibilidad no resulta de la constitución física de la cosa, sino del destino que las cosas reciben de sujetarse a un modo de goce que hace necesaria su inmediata destrucción (70)—las palabras “inmediata destrucción” por “inmediata salida del patrimonio”. Puede suceder de este modo que la cosa salida del patrimonio del que la usa recaiga en el patrimonio de otro a quien se le enajenó. El ejemplo típico sería el de las mercancías incluidas en una hacienda comercial: como a éstas se les imprime el destino de ser vendidas, no ya el de ser disfrutadas directamente, no cabría duda de que serían también consumibles (71).

Ahora bien, concibiendo unitariamente el concepto de la consumibilidad, se desconoce una diferencia por el *modo de goce* del máximo interés. No es cierto que sea indiferente para el concepto de la consumibilidad la forma del uso ni que enajenar sea la manera más evidente de consumir. El modo de disfrute, directo (uso) en unos casos e indirecto en otros (enajenación), impone una divergencia que no se puede desconocer, como ocurre si se hace de una nota común (salida del patrimonio en ambos casos), pero accesoria, la característica decisiva de la unidad conceptual. Nos parece más acertada la idea de hacer de las cosas utilizables mediante enajenación una categoría independiente, reservando el concepto de lo consumible para las cosas de que no puede hacerse el uso adecuado a su naturaleza sin que se consuman o destruyan.

Este último parece ser el criterio que sigue nuestro Código cuando, en su artículo 337, define los bienes consumibles, que el legislador, im-

---

(68) FADDA y BENSA: Ob. cit., pág. 653.

(69) Vid. PACCHIONI: *Elementi di Diritto civile*, Turín, 1916, pág. 198. Según este autor, son cosas consumibles aquellas que no se pueden usar según su destino como no sea destruyéndolas, al erándolas o transmitiéndolas a otro.

(70) VENEZIAN: Ob. cit., II, pág. 248.

(71) FADDA y BENSA: Ob. cit., págs. 654 y sigs.



propriadamente, llama fungibles, y también el dominante en nuestra doctrina (72).

Lo cierto es que el artículo 482, al hablar de las "cosas que no se pueden usar sin consumirlas", se refiere a un disfrute directo por el uso, como se desprende del paralelismo y nexos existentes con el precepto anterior, y a una consumición en sentido material. Nunca pueden entenderse comprendidas en el 482 las mercancías destinadas a la venta, incluidas de ordinario en un establecimiento mercantil, respecto a las que el *ius distrahendi*, como hemos visto, no constituye un derecho o modo de disfrute autónomo, sino una simple facultad en el cuadro de disfrute de toda la hacienda (73).

Así, pues, el modo de goce de las cosas a que se refiere el artículo 482 consiste en servirse de ellas por el *ius utendi*, que es el poder de disfrute adecuado a su naturaleza de cosas consumibles en sentido físico.

8. Vimos en la primera parte de este estudio, al examinar la crítica de BARBERO a la construcción tradicional, que, según este autor, es perfectamente concebible que un sujeto goce legítimamente de una cosa de utilidad simple sin necesidad de ser su propietario, aunque dicho goce implique la destrucción de la misma.

Esta idea primaria sienta una base segura que, no obstante, precisa de ulterior desenvolvimiento, sobre todo frente a la doctrina clásica, que exige la previa adquisición de la propiedad por el cuasi-usufructuario como *conditio sine qua non* para que éste pueda gozar de las cosas consumibles dadas en usufructo.

Lo que legitima la conducta del cuasi-usufructuario no es la concesión del *ius abutendi* y, por tanto, el traspaso de la propiedad, sino que presupuesto para la legitimidad del goce del usufructuario de bienes que se consumen por el uso es sólo un poder o derecho de goce *posible*, es decir, capaz de ser ejercitado con relación a unas cosas que no pueden ser gozadas de otro modo que consumiéndolas.

Por eso, mejor que aludir al *ius abutendi*, es referirse al poder de disfrute preciso para que un sujeto pueda usar una cosa consumible ajena. Se trata de un poder autónomo e idóneo para el goce de los bie-

(72) CASTÁN afirma que "se considera también consumible el dinero, porque, aun cuando físicamente hablando, la moneda pueda ser inconsumible, desde el punto de vista jurídico, con el uso que se hace de ella, según su destino, sale del patrimonio del usuario" (ob. cit., tomo I, pág. 262). Sólo en un sentido especial se puede considerar como consumible el dinero (Cfr. WINDSCHEID: Ob. cit., página 8). Pero aunque éste pueda ser asimilado en cierto modo a las cosas consumibles, no es posible en nuestro Derecho extender tanto el concepto de la consumibilidad que quepan dentro del mismo las mercaderías destinadas a la venta, porque éstas no son de ningún modo consumibles por su naturaleza (art. 337), sino que únicamente lo son en sentido jurídico por destino imprimido por la voluntad.

(73) Cuando sobre un conjunto de mercancías no incluidas en una hacienda mercantil se constituya directa y autónomamente un *ius distrahendi* para que el destinatario se lucre con su ejercicio, no se estará frente a un caso de usufructo, sino ante un nuevo derecho real caracterizado por el *ius disponendi*, en virtud del *numerus apertus* que admite nuestra legislación.

nes de utilidad simple. El cuasi-usufructuario no precisa de la propiedad para gozar legítimamente de los bienes objeto de su derecho; le basta el *ius utendi*, el cual lleva insita la facultad de proceder a la consumición cuando, como en este caso, recae sobre cosas que no se pueden usar sin consumirlas (art. 482).

Este poder, estrictamente conmesurado al fin o destino de las cosas, no sólo permite la vida de la propiedad ajena como derecho unitario y abstracto, con la facultad en potencia de recuperar su plenitud si se extingue el usufructo sin haberlo ejercitado, sino que también deja el campo abierto a otros poderes o facultades en la zona no afectada por el mismo (74) hasta tanto que su ejercicio agote el derecho de propiedad por la pérdida del objeto.

Que se trata de un *ius utendi* respecto a las cosas físicamente consumibles se desprende de lo que dejamos dicho en el número anterior. La comparación del artículo 482 con el 481 lo aclara. Dispone este último que “si el usufructo comprendiera cosas que sin consumirse se deteriorasen poco a poco *por el uso*, el usufructuario tendrá *derecho a servirse de ellas*, empleándolas según su destino...”. Y el primero, siguiendo los mismos pasos, preceptúa que “si el usufructo comprendiera cosas que no se pueden *usar* sin consumirlas, el usufructuario tendrá *derecho a servirse de ellas...*”. En realidad, los dos artículos se corresponden mutuamente y se complementan. El “derecho a servirse de las cosas” no puede ser otro en una y otra norma que el *ius utendi*, esto es, el “derecho a disfrutar” de unos bienes ajenos que sólo prestan utilidad por el uso más o menos continuado: más, en el caso de la deteriorabilidad; menos—*uno usu*—, en el de la consumibilidad.

Nuestro Código ofrece un amplio margen a esta construcción del cuasi-usufructo como derecho real de goce consistente en el *ius utendi* de las cosas consumibles ajenas y abre la posibilidad de encuadrarlo dentro del supuesto de hecho típico del usufructo (art. 467) como una de sus modalidades por razón del objeto.

En efecto, en el artículo 481 se reconoce—y la doctrina en este punto es concorde—que cabe un verdadero y propio usufructo sobre aquellas cosas infructíferas—las deteriorables—cuyo “disfrute” consiste precisamente en usarlas según su destino, aunque se deterioren. No hay, pues, ningún inconveniente en admitir que una forma del “derecho a disfrutar” es el *ius utendi* en sentido estricto (*usus sine fructus*). Con relación a las cosas que no se pueden usar sin consumirlas no existen razones para no calificar su disfrute de *usufructo*—el legislador lo califica así de modo claro—sólo porque el “derecho a disfrutar” de las cosas consumibles consista en el derecho a usar de ellas en forma adecuada a su naturaleza: uso por la consumición (75).

---

(74) Tal ocurría con el poder de disposición que, según el artículo 489, corresponde al propietario de bienes en que otro tenga el usufructo, y que creemos también aplicable al cuasi-usufructo.

(75) La expresión “derecho a disfrutar” no es adoptada por el Código en el sentido de derecho a percibir los frutos *strictu sensu* de la cosa, porque de otra suerte no cabría el usufructo directo de cosas naturalmente infructíferas

Y el artículo 467, al disponer que "el usufructo da derecho a disfrutar los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y substancia, a no ser que el título de su constitución o la ley autoricen otra cosa", permite, en primer término, encuadrar el llamado cuasi-usufructo dentro del ámbito del usufructo, al no considerarse de esencia al concepto de éste el límite tradicional *salva rerum substantia* (76), y, en segundo lugar, reconoce la posibilidad de que el poder de disfrute sobre ciertas cosas ajenas implique el no cumplimiento de la obligación legal de conservar su forma y substancia, cuando la misma ley o el título constitutivo lo autoricen (77). Esto es lo que, a nuestro juicio, debe estimarse que hace el artículo 482 al establecer que "si el usufructo comprendiera cosas que no se pueden usar sin consumirlas, el usufructuario tendrá derecho a servirse de ellas". El Código no dice que el usufructuario de bienes consumibles se convierta en propietario, como de modo terminante lo dice para el mutuo (art. 1.753), sino que habla de un simple derecho a servirse de las cosas consumibles paralelamente a lo que se dice a propósito de las deteriorables, que nadie duda que permanecen en la propiedad ajena, si bien el ejercicio de dicho derecho acarree la consumición o la pérdida de la individualidad de aquéllas, las cuales, de acuerdo con el artículo 467, continúan siendo propiedad de otro, aun cuando se esté autorizado legal o convencionalmente para alterar su substancia.

Pero si la consumición no tiene transcendencia para imprimir un cambio al contenido y naturaleza del derecho de usufructo cuando re-

(por ejemplo, usufructo de una casa destinada a la vivienda). Por eso nos parece más apropiada la fórmula del Código civil portugués: "usufructo es el derecho de convertir en utilidad propia el uso o producto de una cosa ajena, mobiliaria o inmobiliaria" (art. 2.197).

(76) Observa MAIA, a propósito del artículo 2.197 del Código civil lusitano, que se hizo desaparecer la tradicional restricción "salva la substancia de la cosa" con objeto de comprender en la definición de aquel precepto al usufructo de cosas consumibles o cuasi-usufructo (*Direitos do usufructuario*, Coimbra, 1946, página 6). La misma supresión operada en la fórmula romana se mantiene en los Códigos modernos, como el alemán y el brasileño. En cuanto a nuestro Código, en su primera edición consideraba usufructo el derecho de disfrutar de los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y substancia. Pero, como hace notar MANRESA (ob. cit., pág. 353), sin duda se estimó que la definición no resultaba exacta o que realmente se comprendían en los artículos 467-512 casos de usufructo que no encajaban en el marco de la definición, y esto hizo que en la edición actual se abandonase la forma de definición, expresando el contenido de ese derecho y añadiendo las palabras finales que hoy se leen.

(77) Lo referente al título constitutivo (art. 467) deb'a obedecer a la idea de que, así como la ley reconoce en un supuesto (art. 482) la posibilidad de que el *ius utendi* por la naturaleza especial del objeto conduzca a la consumición y lleve insita la facultad de proceder a ella, los interesados podrían pactar lo mismo en los casos en que no entrara en juego la norma del artículo 482 que, como hemos dicho ya, se refiere exclusivamente al supuesto de que el usufructo comprendiera cosas consumibles junto con otras de diversa naturaleza formando una unidad patrimonial. Es decir, que no sólo en el restringido supuesto del artículo 482 se puede dar lugar a un cuasi-usufructo, sino también cuando aquél se constituya directamente sobre un conjunto de cosas consumibles físicamente. En esta hipótesis se aplicará por extensión el artículo 482 a todo aquello que no haya sido regulado por el título constitutivo.

cae sobre bienes consumibles, podrá adquirir relieve para su estructura, explicando su "especialidad" por razón del objeto.

La consumición es una consecuencia del disfrute que impone un remedio autónomo, característico del usufructo en cosas consumibles. Este remedio es el deber, que *ex lege* deriva, de restituir el *tantundem* o el valor, el cual, en cierto modo, restablece el equilibrio roto por la consumición. Si sólo se pensó en conceder al cuasi-usufructuario un derecho de disfrute, parece justo que se repare la consecuencia a que conduce el ejercicio de su derecho. La *restitutio* del *tantundem* es el instrumento que, dentro de lo posible, supera la no subsistencia de la propiedad después del goce de unos bienes que no pueden ser disfrutados de otro modo que consumiéndolos del todo. Nótese que con relación a las cosas simplemente deteriorables no se impone aquel deber, porque siempre puede subsistir la propiedad del constituyente (o de su heredero) sobre las mismas "en el estado en que se encuentren al concluir el usufructo" (art. 481).

Queda siempre así jurídicamente—desde el punto de vista económico la diversidad es tajante—una diferencia, de una parte, entre la permanencia de la propiedad de la cosa y la consiguiente reivindicación, características del usufructo ordinario (*ius alieni rebus utendi fruendi salva rerum substantia*), y de otra, la no permanencia de la misma y el subsiguiente crédito a la restitución de otro tanto del mismo género y calidad o al pago de una suma equivalente, propios del usufructo en cosas consumibles (*ius alieni rebus utendi vel consumendi*) cuando se ejercita el derecho (78).

De modo que, de acuerdo con nuestra tesis, que conduce a una aproximación substancial del cuasi-usufructo al usufructo, creemos que, aun cuando en un sistema jurídico determinado, como ocurre en el nuestro, sea posible encuadrar el primero en el esquema legal del segundo (79), siempre subsistirán motivos para justificar la autonomía del llamado cuasi-usufructo, siquiera sea dentro del marco del usufructo, como una de sus modalidades por razón del objeto.

La no atribución de la propiedad al cuasi-usufructuario, aparte de aclarar el artículo 467, viene impuesta por otras disposiciones del Código. No cabe duda de que éste considera el cuasi-usufructo como una simple modalidad del usufructo colocada en un pie de igualdad con los llamados "usufructos especiales", a los que, sin duda, hay que aplicar las normas que el legislador dicta para el usufructo en general.

---

(78) Es claro que si el usufructo acaba antes de que las cosas consumibles hayan sido disfrutadas, el nudo propietario podrá reivindicarlas. Cfr. BARBERO: *El cuasi-usufructo...* cit., pág. 210.

(79) En sentido contrario, BARBERO (ob. ult. cit., pág. 201), el cual, con referencia al Código italiano del 65, que en el artículo 477 mantiene en todo caso la obligación de conservar la substancia, tanto en la materia como en la forma, no encuentra inconveniente en dejar al cuasi-usufructo toda la autonomía, en lugar de prodigarse en vanas tentativas para reconducir la figura jurídica en cuestión al esquema del usufructo cosa imposible cuando el usufructo sea una institución legalmente delimitada sobre un concepto económico: el del disfrute de los bienes de utilidad repetida.

Así, el *usufructuario* de cosas consumibles (art. 482) también estará obligado a cuidar las cosas dadas en usufructo como un buen padre de familia (art. 497), deber que si tiene sentido para el titular de un *ius in re aliena*, no la tiene para el que es propietario (80).

La vigencia de este deber con relación al usufructuario de cosas que se consumen por el uso resulta, por otra parte, totalmente clara de los artículos 491 y siguientes. Porque si, de un lado, se establece (art. 491, 2.º) que todo usufructuario está obligado a prestar fianza—si no media dispensa legal (art. 492) o convencional (art. 493)—, comprometiéndose a cumplir las obligaciones que le correspondan con arreglo a la sección 3.ª, título VI, libro II, en la que se encuentra el ya mencionado artículo 497, y, de otro, los artículos 494 y 495, al dictar disposiciones concretas para el caso de incumplimiento del deber de prestar fianza, hacen referencia a “bienes muebles” en general, sin distinguir entre consumibles y no consumibles (81), no cabe duda de que hoy para el usufructo de los primeros rige la *cautio usufructuaria*, con aquella finalidad que ULPIANO le asignaba para el usufructo ordinario (82), es decir, garantizar el cumplimiento de la obligación de usar de la cosa como un buen padre de familia (art. 497) y de restituirla al fin del usufructo (argumento del art. 522) (83). En el Derecho moderno, lo mismo que en el Justineano, la *cautio* no es el elemento estructural e intrínseco a la relación que hace posible el traspaso de la propiedad al cuasi-usufructuario, como por el contrario ocurría en el Derecho romano clásico, sino que constituye una simple garantía exterior que presupone, como en el usufructo ordinario, el dominio del

---

(80) En efecto, como señala BARBERO (ob. ult. cit., pág. 214), ¿qué sentido tendría imponer a un propietario la caución de gozar de sus cosas como un buen padre de familia? El propietario no puede estar sometido a una obligación de esta naturaleza. Le afectará, a lo sumo, un deber en algún sentido semejante en virtud de la función social de la propiedad; pero se trata de dos cosas completamente diferentes. Vid. BARASSI: *La proprietà...* cit. págs. 338 y sigs.

(81) Téngase en cuenta, además, que los artículos 494 y 495 hablan a un tiempo de propietario y usufructuario con relación a “bienes muebles”, consumibles y no consumibles según los artículos 346 y 337.

(82) D. 7, 9, 1, 6.

(83) Según BARBERO (ob. ult. cit., pág. 216), la función propia de la *cautio* es la de garantizar durante el usufructo que el goce de las cosas se efectúe con la diligencia de un buen padre de familia, realizándose sólo de reflejo una garantía para la restitución. A nuestro juicio, no hay obstáculo en admitir que la función esencial de la *cautio usufructuaria* sea la descrita en el artículo 497. Pero la *cautio* tiene también en nuestro Derecho la finalidad de garantizar la restitución de la cosa recibida en usufructo, como resulta del artículo 522 (“verificada la entrega, se cancelará la fianza o hipoteca”). Con relación al usufructo de cosas consumibles, la *cautio*, pues, no sólo garantizará el cumplimiento del deber impuesto por el artículo 497 sino también el de la obligación de restituir que deriva del artículo 482, interpretado según los principios de nuestra tesis: 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; dándose ésta se hará entregando el avalúo, el *tantumdem* o el precio corriente al fin del usufructo, según los casos.

nudo propietario o constituyente. La *cautio fructuaria* (84), diversamente adaptada, no se desdobra ya en una *cautio usufructuaria* (garantía), para el usufructo propio, y una *cautio quasi usufructuaria* (contraprestación), para el usufructo impropio; es la misma *cautio usufructuaria* (garantía), que rige tanto para el usufructo ordinario como para el usufructo *rerum quae usu consumuntur* (85).

(84) Vid. RUGGIERO: *Sulla "cautio fructuaria"*, en "Studi in onore di Scialoja", I, Milán 1904, págs. 71 y sigs.

(85) El hecho de que en el período clásico el *salva rerum substantia* fuese un límite objetivo esencial al usufructo, tal como está expresado en el pensamiento de PAULO y ULPIANO (vid. supra, nota 41), impedia el reconocimiento del usufructo sobre los bienes consumibles, precisamente por que el esquema del usufructo en el ordenamiento romano del que formaba parte aquel límite, estaba trazado sobre la base de los bienes de utilidad repetida, que por las condiciones económico-sociales de los primeros tiempos eran los únicos que ofrecían interés. Cuando por la importancia creciente de la riqueza mobiliaria y acaso también como consecuencia de ciertas disposiciones (vid. VENEZIAN, cit., I, pág. 6) se sintió la necesidad de extender el usufructo a las cosas consumibles, se tropezó con un obstáculo serio y terminante que se superó por el ingenioso medio, tan del gusto de los clásicos de una *fictio* y de una asimilación de carácter procesal, que facilitaba la extensión útil de las acciones que correspondían sobre la base del usufructo (RENARD: *Contribution à l'histoire de l'autorité législative du Sénat romain. Le senatusconsulte sur le quasi usufruit*, Nancy, 1898, págs. 41 y sigs. y 63 y sigs.) dando lugar a la figura del cuasi ("como si fuese") usufructo. Para conseguir el efecto del usufructo se tuvo que recurrir (en el orden substancial) a una transmisión de la propiedad, adaptando a tal fin una institución ya existente: la *cautio* (Cfr. GROSSO: *Sul quasi usufrutto*, en "Bulletino dell'Istituto di Diritto romano". 1935, págs. 261 y sigs.). De modo que la *cautio* tenía en el *quasi usufructus* otra función bien distinta de aquella que desempeñaba el usufructo propio. En éste, como decía ULPIANO (D. 7, 9, 1, 6), cumplía el doble fin de garantizar el cumplimiento de la obligación de usar de la cosa como un buen padre de familia y de restituirla al fin del usufructo. En el cuasi-usufructo, por el contrario más que una garantía representaba el expediente o instrumento por cuyo medio se realizaba el usufructo en cosas consumibles. La *cautio quasi usufructuaria* no era como la usufructuaria, una mera garantía externa; era un elemento esencial a la estructura de la relación, en contraprestación del cual se transmitía por la *traditio* la propiedad de las cosas. Y de la *cautio* surgía también el deber de restituir el *tantundem*, una vez acabado el cuasi-usufructo (GROSSO: Ob. cit., págs. 260 y sigs., 276 y 278). La *cautio* en la estructura del cuasi-usufructo representaba como el *corpus restitutionis* y encuentra su correspondencia en el usufructo, no en la *cautio*, garantía característica de éste sino, en cierto modo, en la *res* que debía ser restituida al fin del usufructo. Lo cierto es que la *cautio* en el derecho clásico era para el cuasi-usufructo una verdadera *conditio sine qua non*, como resulta del fragmento 6, pr. D., 36 4. Con el tiempo, ya fuese por efecto de una tendencia de los mismos jurisconsultos en la interpretación del Senatusconsulto, o más probablemente, por obra de los compiladores, la *cautio* perdió su naturaleza de elemento estructural intrínseco a la relación, asumiendo el carácter de garantía exterior de la misma. "El cuasi-usufructo—dice BARBERO, siguiendo el camino abierto por GROSSO, especialmente a través de la interpolación agudamente descubierta en el fragmento 5, párrafo 1, D. 7, 5 (ob. cit., páginas 276 y sigs.)—no es ya el instituto que en la *cautio* encuentra su fundamental elemento constitutivo sino que es la *cautio* la que en la anterior constitución del cuasi-usufructo encuentra ahora su razón de ser, su presupuesto. La *cautio quasi usufructuaria* se equipara a la *cautio usufructuaria*, asumiendo su misma naturaleza" (ob. cit., pág. 216). De esta suerte, en el derecho justineano, la asimilación procesal del derecho clásico se convierte en una aproximación de ca-

Ahora bien, lo más decisivo no es la *cautio misma*, que puede faltar cuando, de acuerdo con los artículos 492 y 493, sea dispensada, sino las obligaciones en garantía de las cuales debe ser prestada, especialmente la del artículo 497, porque el Código impone genéricamente a todo usufructuario, sin distinciones, el deber de cuidar las cosas dadas en usufructo como un buen padre de familia, y no cabe duda de que cuasi-usufructuario es, según los artículos 467 y 482, un usufructuario, no un propietario, a quien le alcanzará, por tanto, aquella obligación.

9. Estudiaremos ahora los obstáculos que pueden oponerse a la construcción del cuasi-usufructo que propugnamos.

Examinaremos la posibilidad de que la adquisición del dominio por parte del cuasi-usufructuario sobrevenga por motivos que inutilizarían, en la mayor parte de las ocasiones, el logro de los resultados prácticos a que nuestra tesis conduce; porque de nada serviría mantener en línea teórica la construcción del cuasi-usufructo como derecho de goce sobre las cosas ajenas consumibles si por otros caminos se llega de ordinario a la misma consecuencia que constituye el punto central, lleno de inconvenientes, de la teoría dominante: el traspaso de la propiedad.

a) A juicio de BARBERO la transmisión de la propiedad se puede dar sobre circunstancias que no son inherentes a la estructura del derecho, sino a la naturaleza del objeto. Su tesis merece un detenido examen.

Como las cosas que constituyen el objeto del cuasi-usufructo son por lo común cosas fungibles, es decir, *quae numero, pondere et mensura consistunt* (86), el traspaso de la propiedad de las mismas podrá

rácter substancial, facilitada por el nuevo significado, lejano de la idea del límite objetivo, que adquiere el *salva rerum substantia* en el pensamiento de JUSTINIANO. Esta aproximación hizo posible que con la *cautio* garantía se comunicaran al cuasi-usufructo otros elementos antes característicos del usufructo, en la medida que lo consentía su diversidad. Tal sucedería con la obligación de gozar como un buen padre de familia obligación que—como nota BARBERO—tiene su significado en el hecho de que el usufructuario no es propietario (ob. y loc. cit.). Y este deber de gozar como un buen padre de familia, que el cuasi-usufructo debería tomar en tiempo de JUSTINIANO del régimen del usufructo, no hay razón para no estimarlo trasladado al esquema del cuasi-usufructo, con el significado inherente al usufructo. La evolución de la *cautio quasi usufructuaria* ilumina, pues, bastante el problema estructural. Con esto se apunta la idea—que exigir a una crítica más a fondo de las fuentes—de que el cuasi-usufructo en el derecho justineano no importaba como elemento constitutivo el traspaso de la propiedad, como por el contrario ocurrió durante la época clásica. Mas sea de ello lo que fuere, lo cierto es que queda señalado el origen de la teoría que estructura el cuasi-usufructo como usufructo impropio a través de la propiedad. No cabe, por tanto, alegar en apoyo de la misma el precedente romano, porque la situación en el derecho actual es bien distinta de la del período clásico.

(86) De acuerdo con VENEZIAN, afirma BARBERO que el concepto de los bienes de utilidad simple, aun siendo diverso como noción, se corresponde en gran parte con el concepto de bienes fungibles. Lo cual no excluye que algunas de las cosas consumibles sean no fungibles por especiales características, como, por ejemplo, ocurre con el último tonel de un vino afamado (ob. cit., pág. 218 n. 1). Vid. BURKEL: *Beiträge zur lehre des Niessbrauch*, I, München, 1864, pág. 14.

sobrevenir de acuerdo con los principios que regulan las relaciones jurídicas en orden a objetos de aquella naturaleza. Para BARBERO la disposición del artículo 1.450 del Código italiano del 65, según la cual cuando se venden cosas por peso, número o medida la venta no se perfecciona—y por consiguiente, según el sistema de dicho Código, no se produce el efecto real—hasta tanto que las cosas hayan sido contadas, pesadas o medidas, es susceptible de una aplicación inversa. Entregada una cierta cantidad de cosas fungibles con un acto no idóneo por sí mismo para transmitir la propiedad y aun con la voluntad de reservarse dicha propiedad, tal intento se consigue y subsiste después de la entrega mientras que las mismas cosas no se hayan mezclado de tal forma con otras del mismo género pertenecientes al cuasi-usufructuario que ya no se puedan individualizar como no sea procediendo a una repetición de aquellas circunstancias que anteriormente las individualizaron, esto es, volviendo a pesar, contar o medir una igual cantidad.

Así pues, según BARBERO, el traspaso de la propiedad en el cuasi-usufructo sobreviene eventualmente y en el preciso momento en el que, después de la entrega, se produzcan aquellas circunstancias que, por oposición a las individualizantes, él llama “desindividualizantes”. “Como las primeras, según el impulso dado por la voluntad al negocio, transmiten la propiedad aun sin la *traditio* o, por el contrario, la retienen no obstante la *traditio*, del mismo modo las segundas determinan el efecto inverso: provocan la pérdida en aquel patrimonio en que la propiedad existía sin posesión y la originan en aquel patrimonio en que la posesión existía independientemente de la propiedad. El sobrevenir de tales circunstancias—cosa que sucede fácilmente—determina, independientemente de la estructura del derecho y de la naturaleza de su acto constitutivo, la transmisión de la propiedad de las cosas recibidas sólo en goce por parte del cuasi-usufructuario. En este momento, precisamente porque la propiedad de las cosas pasa al cuasi-usufructuario, desaparece la relación misma de cuasi-usufructo... y sucede un vínculo de propiedad, restringido por un deber, del cual es correlativo un simple crédito a la restitución del *tantundem*” (87).

A pesar del sugestivo fundamento, extrínseco a la naturaleza y estructura, que da a la eventual adquisición del cuasi-usufructuario, creemos que puede ser superado este posible obstáculo para construir el cuasi-usufructo como derecho real de goce sobre cosa ajena, porque, mirando bien las cosas, la tesis de BARBERO se apoya sobre una base fácilmente criticable y con relación a nuestro Derecho es insostenible.

En primer lugar, satisface poco el argumento *a sensu contrario* que deriva de una norma concreta referente a la compraventa y que pretende aducir como decisiva en materia de cuasi-usufructo. (88). A

(87) Ob. cit., págs. 218-219.

(88) El artículo 1.450 del Código italiano del 65 no tiene correspondencia en el Derecho español. El artículo 1.452 de nuestro Código dispone que “si las cosas fungibles se vendieron por un precio fijado con relación al peso, número o medida, no se imputará el riesgo al comprador hasta que se hayan pesado, contado o medido, a no ser que éste se haya constituido en mora”. Se trata de una dis-



lo sumo, los "principios que constituyen la disciplina de las relaciones jurídicas en orden a las cosas fungibles" podrían deducirse de lo que imponga la naturaleza misma de dichos bienes. Así se podrá decir que en línea de principio parece natural que al confundirse una determinada cantidad de cosas fungibles con otras del mismo género pertenecientes a distinto propietario se pierde la posibilidad de reivindicarlas en concreto por la consiguiente pérdida de su individualidad, necesaria para poder ejercitar la *reivindicatio*. Pero de aquí a decir que por la mezcla se pierde la propiedad de las cosas mezcladas, media un abismo.

En efecto, cabe perfectamente la posibilidad de que el dominio sobre las cosas fungibles *in individuo* se transforme por la confusión en un derecho de propiedad sobre la cuota parte correspondiente, según las reglas de la mezcla (89). Es cierto que entonces no podrá ejercitarse la reivindicatoria, sino la *actio communi dividundo* para pedir la división de la cosa común (artículo 400). Aplicando estos principios al cuasi-usufructo tendremos que, una vez efectuada la mezcla o confusión de las cosas fungibles dadas en usufructo con las propias del cuasi-usufructuario en el patrimonio de este último, de mutuo acuerdo, casualmente o por la sola voluntad del cuasi-usufructuario, pero de buena fe, el constituyente o nudo propietario no pierde la propiedad, sino que conserva su derecho, con la sola modificación de recaer, no ya sobre las mismas cosas—por la imposibilidad material de ser separadas—, sino sobre una cuota del conjunto formado, proporcional a la parte que le corresponda atendido el valor de las cosas mezcladas o confundidas (artículos 381 y 382) (90).

Esta modificación no significa en modo alguno la pérdida del originario derecho de propiedad y la adquisición de un nuevo derecho de propiedad *pro indiviso*, como podría deducirse leyendo superficial-

---

posición referente al riesgo y no al traspaso de la propiedad, que siempre en nuestro Derecho sobreviene con la *traditio* (artículos 609, 1.445, 1.450 y 1.461 y sigs.). La 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 adquiera la propiedad por la tradición (*periculum rei venditae statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit*). (Vid. CASTÁN: Ob. cit., III, 1944, págs. 28 y sigs.). Así, pues, el simple hecho de contar, pesar o medir las cosas, decisivo para la imputación del riesgo, no transmite la propiedad si al mismo tiempo no se ponen en poder y posesión del comprador (artículo 1.462, párrafo 1.º) o se realiza la entrega en cualquiera de las formas previstas por el Código (artículos 1.462, párrafo 2.º, y 1.463).

(89) Artículos 381 y 382 del Código civil español y 471 en relación con el 463 del Código italiano antiguo.

(90) En el supuesto de mala fe del cuasi-usufructuario, de acuerdo con el artículo 382 párrafo 2.º, el nudo propietario no sólo no perdería su derecho de propiedad sobre las cosas fungibles dadas en usufructo, sino que este derecho se extendería también a las cosas mezcladas pertenecientes al primero.

mente el artículo 381, de expresión imperfecta (91). Porque 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, si bien circunscrito ya en cuanto al objeto (teoría de la división como acto declarativo de la propiedad), 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. La única diferencia consiste en esta última circunstancia, porque ni mudó la naturaleza del derecho, que sigue siendo real, ni la cuantía ni la identidad del objeto, que es siempre el mismo, dada la sustituibilidad característica de los bienes fungibles.

b) También, en el supuesto de mediar estimación (artículo 482, primera parte), podría pensarse que en virtud de ella se transmite *venditionis causa* la propiedad al cuasi-usufructuario. La postura del mismo sería entonces parecida a la de un comprador con precio aplazado (92).

Consúmanse o no las cosas, el usufructuario de cosas consumibles previamente estimadas adquiriría su propiedad con la entrega, quedando simplemente obligado a pagar el importe de su avalúo (precio) al terminar el usufructo. La evaluación de las cosas consumibles hecha en el acto constitutivo del usufructo tendría, por regla general, este significado (*aestimatio facit venditionem*), porque habría que suponer que al hacer esa estimación el que constituye el usufructo quiere por anticipado determinar la cantidad en metálico que más adelante ha de entregar el usufructuario. La *aestimatio* convertiría al *accipiens* en propietario de los objetos dados en usufructo (93).

Pero, 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 aquella—, el principio *aestimati facit venditionem* y la correspondiente presunción de venta chocan con el espíritu y con las disposiciones de nuestro Derecho. Sería harto forzado ver en la primera parte del artículo 482 una presunción, aunque fuera *iuris tantum*, de venta, por el simple hecho de

(91) "Cada propietario *adquirirá*—dice—un derecho proporcional a la parte que le corresponda." Muchísimo más claro es en este punto el nuevo Código italiano, que en el artículo 939 dispone que "cuando varias cosas pertenecientes a diversos propietarios hayan sido unidas o mezcladas, de tal modo que formen un único conjunto, pero sean separables sin notable deterioro, cada uno conserva la propiedad de su cosa y tiene el derecho de obtener la separación. En caso diverso la propiedad se torna común en proporción al valor de las cosas correspondientes a cada uno".

(92) PÉREZ y ALGUER: Anotaciones a WOLFF cit., pág. 103.

(93) Cfr. COLIN-CAPITANT: Ob. cit., pág. 712, los cuales, sin embargo, opinan que sólo se trataría de una presunción *iuris tantum*.

preceder un avalúo de las cosas entregadas (cfr. arts. 1.250, 1.251 y 1.253).

Por otra parte, el mismo Código nos ofrece el ejemplo claro de la dote inestimada, mueble o fungible, cuyo usufructo y administración legales corresponden al marido (artículo 1.357), en el que a pesar de mediar evaluación de las cosas entregadas *dotis causa* (artículo 1.346, párrafo 3.º y artículo 174 Ley Hipotecaria) no se transmite, como por el contrario sucede en la dote estimada (artículo 1.346, párrafo 2.º), la propiedad al marido, sino que la mujer conserva el dominio de los bienes (artículo 1.360). Al marido sólo le corresponde el usufructo y la administración y está obligado a restituir, los mismos bienes que hubiesen constituido la dote, siempre que subsistan sin haberlos consumido o enajenado, o aquellos que los hubieran substituido (artículos 1.372, 1.359 y 1.370); sólo faltando *in corpore* es cuando restituirá el importe de la estimación (artículo 1.372, párrafo 1.º, in fine), y tal vez, aun mediando ésta, podrá devolver el *tantundem* (94).

El régimen establecido por el Código para el usufructo legal de la dote inestimada, mueble y fungible, es una prueba significativa de la exactitud en nuestro ordenamiento de la tesis por nosotros mantenida (95). Ni el marido usufructuario adquiere el dominio de las cosas consumibles que forman parte de la dote, ni la mujer transmite su propiedad en el momento del acto constitutivo, con la entrega, o en el instante de la consumición. Sólo la pierde con ésta—el marido nunca la adquiere—, por la consiguiente destrucción del objeto. Entonces es cuando surge el deber de restituir el importe del avalúo—si medió estimación—, el valor o el *tantundem*, una vez acabado el usufructo. Nuda propiedad y poder de disfrute coexisten hasta entonces.

La confirmación de lo que propugnamos—cuasi-usufructo como derecho de goce sobre cosa ajena—a través de este supuesto legal no sólo se da para la segunda parte de la proposición—*ius in re aliena*, no traspaso del dominio—, sino también para la primera—derecho de goce o disfrute (*ius utendi*)—. Aunque a primera vista pudiera parecer lo contrario, ya que el Código hace referencia a un *ius disponendi* del marido (artículo 1.359), es preciso tener en cuenta que este poder no deriva del usufructo, que sólo implica el “derecho a disfrutar”, sino la administración, que según el artículo 1.357 también corresponde al marido: “El marido es *administrador* y *usufructuario* de los bienes que constituyen la dote inestimada, con los derechos... anexos

---

(94) No existiendo estimación *restitutionis causa* (a efectos registrales debe haberla siempre), la *restitutio* de los bienes consumibles no tasados se hará con otro tanto de las mismas especies (artículo 1.372, párrafo 3.º), siempre que no se puedan restituir los mismos bienes que hubiesen constituido la dote o aquellos que los hubieran substituido (artículo 1.372, párrafo 1.º).

(95) También los artículos 163 y sigs., que regulan el usufructo legal de los padres sobre los bienes—incluidos los consumibles—de los hijos por razón de la patria potestad, parecen abonar la misma solución. (Vid. especialmente el artículo 163, que se refiere al depósito de los valores mobiliarios, incluidos, por tanto, los del artículo 482, *proprios* del hijo.)

a la administración y al usufructo" (96). El *ius disponendi* se explica suficientemente por el poder de gestión. La prueba de esto está en que aquél es limitado, en la medida exigida por una buena administración (97), y que no impide el ejercicio del mismo por la mujer en su calidad de propietaria (artículo 1.361).

c) Otro obstáculo que podría oponerse a nuestra construcción es el estimar que en la segunda parte del artículo 482 se confiere al cuasi-usufructuario, en todo caso, la facultad de restituir al fin del usufructo, aunque subsistan sin consumir los mismos bienes, otro tanto de la misma calidad o bien, a elección, su valor corriente en aquel momento. Pensando de este modo habría que afirmar que las opciones sin límite que se conceden al usufructuario de cosas consumibles le hacen, en unos casos, mutuario de dichas cosas; en otros, su posición sería parecida a la de un comprador con precio aplazado, que se señala con relación al valor que tengan las cosas en determinado día (artículo 1.448): en todo supuesto, por tanto, propietario y no titular de un *ius in re aliena* (98).

Creemos que, rectamente interpretado el artículo 482, no debe entenderse de modo tan absoluto el derecho de restituir (en el sentido de que el cuasi-usufructuario tenga la facultad de quedarse en propiedad con las cosas dadas en usufructo, entregando al final del mismo el *tantundem* o el valor). Es preciso no olvidar el supuesto de que se parte en el primer inciso: uso o disfrute por la consumición. Es decir, el usufructuario de las cosas que no se puedan usar sin consumirlas tiene derecho a servirse de ellas, con la *obligación*, una vez consumidas, de restituir un equivalente, que lleva consigo el *derecho* de optar entre devolver el *tantundem* o el valor; o lo que es lo mismo,

---

(96) Algunos autores extranjeros ven en estos derechos del marido sobre los bienes dotales una figura específica del fenómeno general del goce de cosa ajena diverso del usufructo típico. Así, DALLARI (*Enciclopedia giuridica italiana*, parte VI del vol. IV, voz "dote", pág. 1.046) considera el derecho del marido sobre los bienes dotales como un derecho *sui generis*. Y GIORGIANNI (*Teoria dei diritti di godimento...*, cit. I, págs. 68 y sigs) configura esta hipótesis como uno de los esquemas, con individualidad propia, a través del cual se realiza el goce de la cosa de otro y que tiene un contenido más amplio que el del usufructo en cuanto que va acompañado con el poder de administrar los bienes dotales, formando el único supuesto de hecho. Para otros, el contenido del goce del marido sobre los bienes dotales debe considerarse igual al del usufructo: COVIELLO (L.): *Sulla concessione fatta dal marito di aprire cave in un fondo dotale*, en "Foro italiano", 1934. I, n. 1.119 y sigs, y BIANCHI: *Contratto di matrimonio*. Turín, 1914, n. 197. En contra, vid. TEDESCHI; *Rapporti patrimoniali tra i coniugi*, en el "Trattato di diritto civile" de VASSALLI, vol. II, t. I. Turín, 1937, pág. 446, y BARASSI: *La famiglia legittima nel nuovo codice civile*, Milán 1940, pág. 248. A nuestro juicio, como se indica en el texto no se trata, con referencia a nuestro ordenamiento concreto, ni de una cosa ni de otra. Los derechos del marido sobre los bienes dotales inestimados son la suma de los que le corresponden independientemente por razón del usufructo y por razón de la administración.

(97) El control lo realizan las personas y organismos a que se refieren los artículos 1.359 y 1.352.

(98) PÉREZ y ALGUER, *cits.* pág. 103.

el usufructuario tiene derecho a restituir de una forma o de otra, alternativamente, pero no puede sustraerse a la obligación de restituir un equivalente.

El deber de restituir el importe del avalúo (primera parte del artículo), como vimos en el apartado *b*), sólo surge cuando de hecho se realiza la consumición. De un modo semejante, la obligación de restituir el *tantundem* o el valor nace únicamente cuando el usufructo acabe con la consumición de las cosas objeto del mismo (artículo 513, 5.º) (99). Sería absurdo que extinguido el usufructo por otras causas (confróntese artículo 513), como, por ejemplo, la muerte del usufructuario o el cumplimiento del plazo por el que se constituyó, se impusiera por el Código la *obligación*—única de que se habla—de restituir un equivalente (*tantundem* o valor), subsistiendo los mismos bienes sin haber sido disfrutados o consumidos.

Por tanto, está más de acuerdo con la naturaleza y carácter del cuasi-usufructo estimar que (cuando no se hubieren estimado) el derecho de restituir las cosas en igual cantidad y calidad, o pagar su precio corriente al tiempo de cesar el usufructo, se refiere a una facultad de opción en el cumplimiento del deber de entregar un equivalente, que surge como consecuencia de la consumición y no antes (100). Así que si el usufructo acaba antes de ser consumidas las cosas, no existe el deber de restituir el *tantundem* o el precio corriente de las mismas en aquel momento, porque subsistiendo los bienes objeto del usufructo deben entregarse en el *idem* al propietario (artículo 522).

Con esto, de acuerdo con nuestra construcción, queda marcada una profunda diferencia entre el cuasi-usufructo y el mutuo; entre la postura del usufructuario de cosas consumibles (por regla general fungibles) y la del mutuario.

La analogía del cuasi-usufructo con el mutuo, cuando no la confusión, es un lugar común entre los que defienden la teoría tradicional. Según SÁNCHEZ ROMÁN, el llamado usufructo de cosas fungibles es considerado impropriamente como usufructo por el Código, puesto que en realidad el usufructuario adquiere la propiedad de las cosas y queda obligado, cuando el usufructo termina, a la devolución del valor en que fueron estimadas al constituirse aquél, o, en su defecto, a restituir otras iguales en cantidad y calidad o pagar su precio corriente al tiempo de cesar el usufructo, términos e hipótesis más aplicables a

---

(99) Una cosa es que surja dicha obligación y otra que por el hecho de nacer haya que cumplirla inmediatamente si se estableció un plazo o éste resulta del usufructo global constituido. El usufructo como derecho de goce sobre cosa ajena se extingue con la consumición o destrucción del objeto, pero el hasta entonces propietario no podrá hacer efectivo su crédito a la restitución hasta el cumplimiento del término. En ello reside una de las ventajas que el cuasi-usufructo procura: la que representa el hecho de consumir las cosas antes, devolviéndolas sólo después de cierto tiempo. También puede existir otra ventaja accidental, derivada del hecho de valer menos las cosas consumidas en la época de la devolución; pero esto constituye sólo un evento, ya que también pueden valer más.

(100) Vid. *supra*, págs. 33 y sigs.

una especie más o menos irregular del contrato de mutuo que a un caso de usufructo, aunque sea calificado así por puro arbitrio de la ley y no por esencia o naturaleza de la relación jurídica que representa (101). Y MANRESA observa que este usufructo especial queda en realidad convertido en un préstamo mutuo, añadiendo que, no obstante, se comprende que la ley lo incluya en el capítulo del usufructo, atendiendo sobre todo a los usufructos universales, ya que al quedar en la universalidad de bienes cosas consumibles convenía dejar sentado que tales cosas no debían ser excluidas del usufructo (102).

Para NICOLÓ y GIORGIANNI la estructura jurídica del cuasi-usufructo—el cual, según la *communis opinio*, actúa una transmisión de propiedad correlativa al nacimiento de una obligación de restituir— induce a identificarlo con el mutuo, sobre todo teniendo en cuenta la posible identidad de los bienes destinados a constituir el objeto de una y otra figura (103). A su juicio, estableciendo un paralelo entre el cuasi-usufructo y el mutuo, no se puede llegar más que a una perfecta igualdad entre las dos instituciones desde el punto de vista estructural: transmisión de la propiedad de las cosas fungibles entregadas en mutuo o usufructo y subsiguiente deber de restituir el *tantundem*. Sin embargo—opinan—el origen histórico del cuasi-usufructo y las expresiones del Código (en el nuestro, artículos 482 y 1.753) indican la diversa función económica que uno y otro están destinados a cumplir y los restringidos límites en que se aplica el cuasi-usufructo.

Así, como el senadoconsulto sobre el cuasi-usufructo (104) disponía que el legado de usufructo fuera eficaz respecto a los bienes de cualquier naturaleza que formasen el patrimonio del difunto (105), la disposición actual sobre el mismo se expresa de un modo semejante: “si el usufructo *comprendiera* cosas...” Esto induciría a sostener que la figura del cuasi-usufructo es únicamente relevante en la hipótesis de que entre los bienes que forman parte de un complejo de cosas sobre el cual se constituya, *inter vivos o mortis causa*, un usufructo se encuentren bienes de utilidad simple; pero cuando se transmite *inter vivos* la propiedad de una o varias cosas de utilidad sim-

(101) SÁNCHEZ ROMÁN: Ob. cit., II, pág. 569.

(102) MANRESA: Ob. cit., págs. 418 y sigs.

(103) Con relación al negocio fiduciario, en el que también se da una transmisión de propiedad frente a la obligación de restituir, la proximidad falla, según NICOLÓ y GIORGIANNI, porque no se encuentra en el cuasi-usufructo aquella *causa fiduciae* en la cual está el elemento típico del negocio fiduciario, al mismo tiempo que su justificación. Toda posible analogía entre cuasi-usufructo, según la tesis clásica, y negocio fiduciario desaparece si se considera que la *causa fiduciae* importa la obligación de restituir el *idem* y no el *tantundem*, como ocurre en la *causa credendi* propia del mutuo (NICOLÓ y GIORGIANNI: Ob. cit. en el *Nuovo Digesto*, XII, II, pág. 782. Cfr. además CARIOTA-FERRARA: *I negozi fiduciari*, Padua, 1933, págs. 117 y sigs.).

(104) Sobre el mismo, vid. el estudio ya citado de RENARD y GROSSO: Ob. cit., págs. 237 y sigs., con la bibliografía allí cit.

(105) “Senatus censuit ut omnium rerum, quas in cuiusque patrimonio esse constaret, usus fructus legari possit...” (frac. 1, D. 7, 5).

ple, con la obligación de restituirlas, se trataría, indudablemente, de un mutuo (106).

Aun prescindiendo de que ya con relación al Derecho romano se admite por la mayoría de los autores la posible creación *inter vivos* de un *quasi usufructus* independiente, no por eso identificable con el mutuo (107), desde el punto de vista de la teoría clásica del *quasi-usufructo*, se han puesto de relieve de forma suficiente las diferencias que le separan del mutuo (108). Y esas diferencias, a pesar de la aparente semejanza estructural, hacen, a juicio de esa doctrina, que la identificación no sea posible ni siquiera en el caso aducido por NICOLÓ y GIORGIANNI.

Desde nuestro punto de vista, la distinción de las dos figuras es neta, como correspondientes a dos supuestos de hecho completamente distintos. En uno se adquiere la propiedad de las cosas fungibles prestadas, con la obligación de devolver otro tanto de la misma especie y calidad (artículo 1.753). En otro se adquiere únicamente el derecho a servirse de las cosas consumibles ajenas, con el deber, si se hubieran dado estimadas, de pagar el importe de su avalúo al terminar el usufructo, una vez consumidas, y cuando no se hubiesen estimado se podrá cumplir el deber de restituir entregando igual cantidad de cosas de la misma calidad que las consumidas o bien pagando su precio corriente al tiempo de cesar el usufructo.

10. De la construcción del *quasi-usufructo* como derecho real de goce sobre cosa ajena derivan unos efectos, especialmente en caso de pérdida de la cosa y quiebra del *quasi-usufructuario*, de gran interés práctico. Estudiaremos por separado los dos supuestos:

a) La imputación del riesgo por pérdida del objeto, debida a caso fortuito o a fuerza mayor, varía según se construya el *quasi-usufructo*.

Los mismos partidarios de la tesis tradicional reconocen la desven-

(106) NICOLÓ y GIORGIANNI: Ob. cit., pág. 78a.

(107) GLÜCK: *Pandette*, VII, ed. it. de SERAFINI. Milán sin fecha, págs. 378 y sigs.; HANAUSEK: *Die Lehre vom uneigentlichen Niessbrauch nach gemeinem Recht*, 1879, pág. 22; ELVERS: *Die römische servitutenlehre*, págs. 583 y sigs.; RENARD: Ob. cit., págs. 90 y sigs.; BÜRCKEL: Ob. cit., págs. 87 y sigs.; PAMPALONI: Ob. cit., págs. 113 y sig. En contra, GROSSO (ob. cit., págs. 272 y sigs.), que reconoce, sin embargo que en el derecho clásico se habrá podido dar una suma de cosas consumibles haciéndose prestar como contrapartida una *cantio* de restituir el *tantundem*.

(108) Según HANAUSEK (ob. cit., apéndice) derivarían: 1) del título constitutivo, que puede ser diferente para uno y otro caso; 2) de las causas de extinción que no son comunes a ambos; 3) del deber de prestar caución que sólo existe para el *quasi-usufructuario*, y 4) del objeto, ya que a su juicio el *quasi-usufructo* puede recaer sobre cosas consumibles no fungibles y el mutuo sobre cosas fungibles no consumibles (en sentido físico). VENEZIAN (ob. cit., II, pág. 257 nota) añade a estas otras más, por razón de la causa: "al constituirse contractualmente el *quasi-usufructo* se origina una obligación por parte de quien lo constituye, y esta obligación viene a ser correlativa de la de restituir contraída por el *quasi-usufructuario*, por lo que los deberes de este último tienen como causa la expresada obligación del constituyente y no el cumplimiento mismo de la prestación convenida".

taja que para el cuasi-usufructuario resulta del hecho de ser propietario, puesto que siéndolo tiene que soportar en todo caso la pérdida casual de la cosa (*resperit domino*) (109).

Para BARBERO, en cambio, a cuyo juicio el traspaso de la propiedad sobreviene con la mezcla, hay que distinguir según que las cosas perezcan antes o después de ser entregadas al usufructuario.

En el primer caso, si no habían sido individualizadas en el mismo acto constitutivo o posteriormente para proceder a su entrega, puesto que *genus nunquam perire censetur*, el constituyente u obligado a la entrega soporta todo el daño y se verá siempre constreñido a la entrega en usufructo de la misma cantidad (artículo 1.182, *a contrario sensu*). Si estaban ya individualizadas, puesto que el objeto del cuasi-usufructo es una cantidad concreta, con la pérdida del mismo se extingue aquel derecho (artículo 513, núm. 5.º), sufriendo el daño de la pérdida el deudor de la entrega (constituyente o heredero gravado por un legado de usufructo), que es aun propietario, liberándose de su obligación de entregar una cosa determinada (artículo 1.182). Este, conforme a los principios que regulan la responsabilidad, si las cosas perecen por caso fortuito o por fuerza mayor y no estaba constituido en mora por el deber de hacer la entrega, o aun estando en mora puede probar que hubieran perecido igualmente en poder del cuasi-usufructuario, quedará exonerado del resarcimiento de daños y perjuicios al usufructuario. Pero si perecen por su culpa o estando constituido en mora, sin que pueda probar que hubieran perecido del mismo modo cerca del usufructuario, estará obligado al resarcimiento de los daños que éste sufra por la extinción de su derecho (artículos 1.182, 1.183 y 1.128).

Cuando las cosas perecen casualmente después de la entrega, el cuasi-usufructo se extingue por destrucción del objeto (artículo 513, 5.º), sin que surja para el cuasi-usufructuario el deber de entregar otro tanto, porque la obligación de prestar el *tantundem* o el valor sólo nace en el supuesto de consumición; el riesgo de la pérdida lo soportará el nudo-propietario. Si el cuasi-usufructuario hubiera adquirido la propiedad de las cosas por mezcla o confusión con otras de su pertenencia, estima BARBERO que no podrá eximirse de la obli-

---

(109) Vid. supra, págs. 12-13. Según VENEZIAN, para quien el momento del traspaso de la propiedad es normalmente el de la perfección del título constitutivo, si la cosa perezca por caso fortuito antes de ser consignada al cuasi-usufructuario, se pierde en daño de éste, que ha resultado propietario, permaneciendo en pie su obligación de restituir. Y aun cuando excepcionalmente fuera la *traditio* la que transmitiese la propiedad, como el usufructuario puede frecuentemente ser acreedor de cosa cierta, tenga o no la propiedad en el momento en que pida la posesión, debe también soportar la pérdida casual, siempre que el constituyente o el heredero no estén en mora, sin quedar exonerado de la obligación de restituir el equivalente, que es correlativa de la adquisición de su derecho, pero que no depende de su realización. La única excepción a este principio—imputación de los riesgos al cuasi-usufructuario—estaría constituida por el caso en que las cosas objeto del cuasi-usufructo estuvieran determinadas genéricamente, porque entonces el constituyente, según la regla *genus non perit*, soportaría el riesgo de la pérdida casual verificada antes de la consigna (ob. cit., II, pág. 256).



gación de restituir el *tantundem* o de pagar el precio, tanto si las cosas perecen por su culpa como si perecen por caso fortuito o fuerza mayor, porque el daño debe ser soportado por el propietario. Mas si la propiedad no entra en el patrimonio del usufructuario, el riesgo de la pérdida correrá a cuenta del constituyente (*res perit domino*), y por lo mismo el usufructuario no estará obligado a restituir el *tantundem* en virtud de la relación de usufructo, sino que a lo sumo surgirá para él el deber de indemnizar daños y perjuicios si la pérdida sobrevino por su culpa (110).

Estas conclusiones, fruto de aplicar los principios generales sobre imputación de riesgos, nos parecen acertadas, si bien estimamos que el cuasi-usufructuario nunca debe sufrir la pérdida casual de las cosas objeto del usufructo, ni aún después de la mezcla con otras propias, porque por ésta nunca se convierte en propietario de aquéllas, sino que su derecho de disfrute subsiste sobre una cuota parte equivalente del conjunto formal formado (111). Su situación es, por un lado, la de un condueño, y, por otro, la de un usufructuario de parte de una cosa poseída en común. Por tanto, si ésta se pierde totalmente por caso fortuito o por fuerza mayor, cada copropietario tendrá que soportar la pérdida de su parte, sin que el cuasi-usufructuario esté obligado a restituir nada al nudo-propietario; si la pérdida es parcial cada condueño sufrirá el daño en proporción a su cuota respectiva (artículo 393), subsistiendo el cuasi-usufructo en la parte que reste (artículo 514).

b) Una de las consecuencias injustas a que conduce la construcción tradicional es que en el caso de quiebra del cuasi-usufructuario las cosas consumibles dadas en usufructo caen en la masa de la quiebra, en beneficio de los acreedores de aquél y en perjuicio del constituyente, que se ve privado del derecho de separación, a causa del pretendido traspaso de propiedad, y reducido a la condición de un simple acreedor ordinario por el crédito personal a la *restitutio* del *tantundem* o del valor.

Este resultado es totalmente injusto, porque impone una divergencia de tratamiento entre cosas—consumibles y no consumibles—diferentes en cuanto a los efectos del goce ya actuado, pero situadas en el mismo plano cuando, entregadas con la misma intención (*utendi fructu causa*), existen todavía en el patrimonio del quebrado (112).

Según BARBERO, si el usufructuario quiebra, de igual modo que la propiedad misma de las cosas objeto del usufructo verdadero y propio no va a beneficio de los acreedores porque aquélla no entra a formar parte de su patrimonio, sino únicamente el derecho de usu-

(110) BARBERO: *Il quasi usufrutto...* cit., pág. 221.

(111) Vid. supra, págs. 39-40.

(112) Recuérdese que normalmente el cuasi-usufructo no surge de la entrega de un cierto número o cantidad de cosas consumibles para que sean disfrutadas, sino que resulta de existir cosas de esta clase dentro de una unidad patrimonial sobre la que se ha constituido una relación de usufructo (supuesto del artículo 482).

fructo, otro tanto deberá decirse con relación a las cosas consumibles cuando éstas estén en su poder, *aún individualizadas, de suerte que su propiedad no haya pasado todavía al quebrado* (113).

BARBERO reconoce, pues, respecto a las cosas consumibles, el derecho de separación, aunque con limitaciones, de acuerdo con su tesis, según la cual el traspaso de la propiedad no sobreviene en el cuasi-usufructo mientras que las mismas cosas subsistan sin ser mezcladas o confundidas con otras del mismo género propias del cuasi-usufructuario. Como las cosas consumibles son por su misma naturaleza fácilmente desindividualizables, pudiendo, por consiguiente, pasar sin dificultad al dominio de quien las posee por la superveniencia de las circunstancias desindividualizantes, es innegable que en el caso de quiebra del cuasi-usufructuario, dándose aquellas circunstancias, aprovechará a los acreedores la propiedad de las mismas, efectivamente adquirida por el quebrado; el que tiene derecho a la restitución, resultando como resulta un simple acreedor de cantidad como los demás, tendrá forzosamente que soportar la concurrencia de otros sobre dichas cosas (114).

De acuerdo con nuestra tesis, no hay ningún inconveniente en admitir el derecho de separación de las cosas consumibles ajenas dadas en usufructo, precisamente porque subsiste la propiedad de otro, no obstante el derecho de goce del cuasi-usufructuario, que es el único que con justicia puede ser incluido en la masa.

Lo que ya no está tan claro es hasta qué momento puede ejercitarse tal derecho. Lógicamente, parece que ese momento debe ser el de la pérdida de la propiedad: el derecho de separación duraría tanto como la propiedad misma. Por este camino llegaríamos a concluir que puede ejercitarse hasta la consumición, que es el instante en que el dominio del nudo propietario se extingue por pérdida de la individualidad de la cosa. Y en contra de BARBERO, cuyas conclusiones sobre el momento del traspaso no nos parecen acertadas, según dijimos, podría sostenerse que, aun después de verificadas las que él llama circunstancias desindividualizantes, cabe un derecho de separación, porque éste fundamentalmente tiene por base, en el supuesto del usufructo, el hecho de ser incluida una propiedad en el patrimonio del quebrado.

La cuestión exige algún estudio con vistas a nuestro Derecho, porque si el momento de la mezcla o confusión no es, ciertamente, decisivo, como por el contrario cree BARBERO para el traspaso de la propiedad, acaso pueda serlo para el problema que nos ocupa.

El artículo 908 del Código de Comercio dispone que "las mercaderías, efectos y cualquiera otra especie de bienes que existan en la masa de la quiebra, cuya propiedad no se hubiere transferido al quebrado por un título legal e irrevocable, se considerarán de dominio ajeno y se pondrán a disposición de sus legítimos dueños, previo el

(113) Ob. cit. págs. 219 y sigs.

(114) Ob. cit. pág. 220.

reconocimiento de su derecho en junta de acreedores o sentencia firme; reteniendo la masa los derechos que en dichos bienes pudieren corresponder al quebrado, en cuyo lugar quedará substituída aquélla siempre que cumpliere las obligaciones anejas a los mismos". En la amplia dicción del Código saben perfectamente los bienes consumibles dados en usufructo, cuya propiedad no se transmite al usufructuario por un título legal e irrevocable. El mutuo lo es según el artículo 1.753 del Código civil, pero el cuasi-usufructo no, según se desprende, como hemos sostenido, de los artículos 467, 482, 491 y siguientes y 497 del mismo cuerpo legal. Y el artículo 909 del Código de Comercio, en su número 3.º, habla de "los bienes y efectos que el quebrado tuviere en usufructo". No cabe duda de que en ese concepto están las cosas que no se pueden usar sin consumirlas, a que se refiere el artículo 482 del Código civil, las cuales podrán ser reclamadas por su legítimo dueño *siempre que existan en la masa de la quiebra*.

La duda surge en el supuesto de la mezcla con relación al requisito de la *separabilidad* de los bienes. Porque si se estima que respecto a los bienes genéricos o fungibles, confundidos en la masa de la quiebra, no cabe una fácil separación del *idem* (*separatio bonorum non admittitur, ubi impossibile est separari*), se debe concluir que no hay lugar para un *ius separationis*. Pero si se admite que la separabilidad rebasa el concepto de cosas específicas y que no es presupuesto de la acción (*ius separationis*), como lo es en la reivindicatoria, la *identidad* de la cosa, ni fracasa la pretensión frente a las cosas fungibles, no hay inconveniente en conceder al nudo-propietario el derecho de separar aquella cantidad de bienes consumibles que le pertenece *pro indiviso* (115), aunque dichos bienes hayan perdido su identidad por la mezcla con otros de igual género del cuasi-usufructuario (116).

El nudo propietario podría entonces reclamar la separación de la parte que le corresponda en la mezcla, de acuerdo con los artículos 381 y 382 del Código civil, y esto en virtud de su derecho de propiedad *pro indiviso*. En este caso el derecho de separación es un trasunto de la *actio communi dividundo*, lo mismo que en otras hipótesis del usufructo o cuasi-usufructo (cuando los bienes subsisten *idem*) lo es de la reivindicatoria.

En contra de esta solución no cabría invocar el número 8.º del artículo 909 del Código de Comercio—según el cual corresponde el derecho de separación respecto a "los géneros vendidos al quebrado a pagar al contado y no satisfechos, en todo en parte, *interim subsistan embalados en los almacenes del quebrado, o en los términos en que se hizo la entrega, y en estado de distinguirse específicamente por las marcas o números de los fardos o bultos*"—, porque en este supues-

(115) Sobre la transformación de la propiedad, de acuerdo con las reglas de la mezcla y las desviaciones que éstas introducen en el principio *ex communiōne inseparabili alienatio inducitur*, vid. supra, págs. 39-40.

(116) Cfr. NÚÑEZ LAGOS: *Mandatario sin poder*, en "Revista de Derecho privado", 1946, pág. 627.

to aquel derecho tiene un fundamento bien diferente. Se trata, como dice NÚÑEZ LAGOS (117), de una pretensión de enriquecimiento, sin causa contra la masa de la quiebra, para destruir los efectos de una transferencia del dominio, *legal* (obsérvese que hay una venta perfecta con entrega de la cosa), pero *ilegitima* (es decir, sin causa: falta el pago del precio convenido). Es justo que en este caso se subordine la pretensión a la subsistencia del *idem*, en tanto duran las circunstancias individualizantes, de acuerdo con la regla general en materia de enriquecimiento, según la cual, cuando no se pueda lograr la restitución *in natura*, se verificará en dinero. Entónces el reclamante se convierte en un acreedor ordinario, si excepcionalmente la ley no admite la subrogación real o la restitución del *tantundem*. Pero en nuestro caso, el nudo propietario no pierde su derecho por la mezcla y des-individualización consiguiente, porque no existiendo traspaso legal ni pérdida del dominio el derecho de separación tiene aquí por base la subsistencia de una propiedad ajena que indebidamente se incluye en la masa de la quiebra. La circunstancia de que aquélla subsista *pro indiviso* no debe afectar a su separabilidad.

---

(117) Ob. cit., págs. 624 y sigs.