

# EL USUFRUCTO DE COSAS CONSUMIBLES

(Análisis del art. 482 Cc)

#### 4.1.3. La transformación o inutilización de la cosa

Hemos analizado hasta el momento, la "consumibilidad material", en el sentido de destrucción, y la "consumibilidad civil", en el sentido de enajenación o salida del patrimonio, siendo aquella, a nuestro parecer, la única que puede denominarse consumibilidad. Sin embargo, suele incorporarse en el concepto de consumibilidad la transformación o inutilización de la cosa<sup>306</sup>.

La transformación o inutilización de una cosa supone que el uso que se ejerce sobre ella tiene como consecuencia hacerla incompatible para un uso posterior, pero sin llegar a destruirla<sup>307</sup>. El ejemplo clásico es el del papel destinado a escribir, puesto que éste queda inutilizado una vez usado, o los materiales destinados para la construcción.

En estos casos, la cosa no se destruye materialmente, pero al perder su individualidad se considera que se ha consumido<sup>308</sup>.

Nos volvemos a encontrar con el mismo problema que en la enajenación: no hay destrucción de la individualidad, y además, en este caso, no tiene por qué haber necesariamente una salida del patrimonio como ocurría con la enajenación,

---

<sup>306</sup> La ubicación de este tipo de consumibilidad, suele hacerse en sede de consumibilidad civil, aunque no se hace, en ciertas ocasiones, de forma explícita. Así, GARCÍA VALDECASAS, *Parte general...*, op. cit., pág. 288; LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos... I*, op. cit., vol. III, pág. 38; ALBALADEJO, *Derecho civil I...*, op. cit., vol. segundo, pág. 97. En Francia, nos debemos remontar a POTHIER, "Traité du contrat de prêt...", op. cit., pág. 395, pues el autor lo considera "(u)ne autre espèce de consommation civile"; en el presente siglo, BONNECASE, *Elementos de Derecho...*, op. cit., pág. 628. O en Italia (Codice 1865), COVIELLO, *Manuale...*, op. cit., pág. 254; RUGGIERO, *Istituzioni...*, op. cit., pág. 434, el autor no habla de "transformación" sino de "alteración"; FERRARA, *Trattato...*, op. cit., pág. 834, este autor considera según las cosas sean "traformati o specificati in cose nuove"; MAROI, Fulvio, voz "consumabili (Cose)", en *Nuov. Dig. It.*, Torino, 1938-XVI, pág. 1021; (Codice 1942), ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni...*, op. cit., pág. 165.

<sup>307</sup> En este sentido POTHIER, "Traité du contrat du prêt...", op. cit., pág. 395.

<sup>308</sup> FERRARA, *Trattato...*, op. cit., pág. 834.

puesto que puede tratarse de cosas propias destinadas a finalidades de la misma persona.

Si la enajenación se consideraba que supone el consumo de la cosa porque con ella se produce una salida del patrimonio, con la transformación o inutilización de la cosa se considera que es consumible por el hecho de que no puede usarse de nuevo el bien.

Parece ser que en ambos casos se parte de las consecuencias que conlleva consumir un bien, la destrucción y desaparición del mismo: por una parte, en el caso de la enajenación, una desaparición del patrimonio y, por otra parte, en el supuesto de la transformación, la imposibilidad de utilizar de nuevo el bien. La desaparición del patrimonio y la imposibilidad de utilizar el bien, son los mismos efectos que produce la destrucción de un bien consumible tras su normal utilización.

De este modo, ya que la transformación de la cosa imposibilita usarla de nuevo, se considera que la cosa es consumible. No se parte, pues, del supuesto de hecho (la cosa se destruye con el uso), sino de su consecuencia (inutilizarla de nuevo), y lo mismo sucede con la enajenación.

Por lo tanto, podemos concluir que el "significado" del verbo consumir que se incorpora en la definición de las cosas consumibles, es decir, la solución a la tautología del art. 337 Cc, es que las cosas consumibles son aquellas cosas muebles que al utilizarlas según su uso normal y regular se destruyen. Sin embargo, no perderán esta cualidad si el uso de las mismas no comporta su destrucción, es decir, una manzana continuará siendo consumible a pesar de que se use, por ejemplo, como elemento decorativo (*ad pompam vel ostentationem*).

#### **4.2. Segundo problema: el uso adecuado a la naturaleza de la cosa**

Cuando analizábamos el problema del significado de consumir hablábamos del uso con una cierta libertad y sin

entrar en su estudio más detalladamente. A continuación, pretendemos analizar la importancia y relevancia del uso en una cosa consumible, y en especial qué se entiende y para qué sirve un uso "adecuado a la naturaleza" del bien.

#### 4.2.1. La destrucción del bien sin usarlo

Decíamos que al usar las cosas consumibles desaparecen instantáneamente. Por lo tanto, parece ser que es necesario el uso para su destrucción. Y decimos "parece ser" porque se nos plantea la duda de qué sucede con aquellas cosas que sin usarlas perecen o se destruyen por el mero transcurso del tiempo<sup>309</sup>. Ese periodo de tiempo que se precisa para la destrucción es difícil de determinar, pues depende de cada cosa en particular. A pesar de ello, hace casi cuatro siglos que CASTILLO DE SOTOMAYOR introducía ya un plazo de tiempo al manifestar, en sede de usufructo, que "servando servari non possunt, nec ultram triennium durant, ut est vinum, oleum, frumentum, fructus, & alla similia"<sup>310</sup>. El

---

<sup>309</sup> En el Protocolo I-4655 y 4657 (*Protocolle der [1] Kommission zur Ausarbeitung eines Bürgerlichen Gesetzbuchs (1881-1889)*), relativo al actual § 92 BGB y recogido en JAKOBS Hurst Heinrich, y SCHUBERT, Werner, *Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischen Zusammenstellung der un veröffentlichten Quellen*, (Allgemeiner Teil, §§ 1-240, 1. Teilband), Berlin, New York, 1985, pág. 465, se manifiesta que las cosas consumibles que se utilizan a través del consumo son distintas a las cosas del § 324 del Proyecto, que se refiere a las cosas cuya destrucción es una consecuencia indeseable que sucede paulatinamente pero no a propósito del uso. Así pues, se distinguen las cosas que se consumen por el uso, de las cosas que se destruyen por causas distintas del uso.

<sup>310</sup> CASTILLO DE SOTOMAYOR, Joannes del, *Quotidianarum controversiarum iuris*, Compluti, 1603, lib. I, cap. XVII, fol. 105v, n. 9. En el siglo XIX, y casi a título excepcional, también mencionan este plazo de tiempo, MARCO GUTIÉRREZ, *Librería de escribanos...*, op. cit., pág. 256, n. 16: "[d]e los bienes que se consumen con el propio uso, esto es, que no se pueden conservar más de tres años"; TAPIA, *Febrero novísimo...*, op. cit., pág. 556, n. 15; y GARCÍA GOYENA y AGUIRRE, *Febrero...*, cuarta edición corregida y aumentada por Vicente y Caravantes, op. cit., pág. 282, n. 869.

Tras la Disposición Transitoria II, en conexión con la Exposición de Motivos-II, de la ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de familia de Cataluña, el aún aplicable art. 36 de la Compilación de Derecho civil de Cataluña (CDCC) contempla también un plazo de tiempo: "[l]es robes i els mobles es presumiran consumits al cap de deu anys comptats des de la celebració del matrimoni, i solament s'hauran de restituir en el cas que existeixin". Observamos que el precepto se

autor al considerar que esa clase de cosas a los tres años dejaban de existir, venía a establecer, sin embargo, una norma restitutoria, más que un período a partir del cual se considera que el bien se ha destruido<sup>311</sup>.

---

refiere a las cosas deteriorables, ya que así nos lo demuestran los ejemplos (ropa y muebles) y el régimen jurídico que se establece (solo se restituirán las cosas en el caso de que existan). A diferencia del art. 481 Cc, en el art. 36 CDCC se regula una presunción por la cual se considera que pasados diez años, las cosas (deteriorables) se han "consumido". Sin embargo, emplear el verbo "consumir" no nos parece lo más apropiado, puesto que la ropa y los muebles no desaparecen con el primer uso, lo que ocurre es que se gastan de tal modo que resultan inútiles para cumplir su función, pero no desaparecen. El mismo artículo nos da la razón puesto que prevé que se restituyan si aún existen. En este artículo de la CDCC el verbo "consumir" se utiliza en un sentido jurídico. Este precepto cuando establece el plazo en que se presume que se consumen los bienes, está estableciendo un plazo de amortización, un plazo en el cual lo natural es que los bienes desaparezcan o resulten inservibles, por lo cual no podrá pedirse su restitución, salvo que existan. El plazo trata de evitar que el poseedor de tales bienes tenga que estar indefinidamente sometido a la restitución de tales bienes, lo cual limitaría su capacidad de uso para evitar los deterioros o la pérdida. Es una norma propiamente restitutoria que trata de atenuar o incluso eximir de ese deber de restituir determinados bienes en atención a su naturaleza.

BADOSA COLL, Fernando, Comentario al art. 36 CDCC, en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, tomo XXVII, vol. 1º, Madrid, 1981, págs. 543 y 544, manifiesta que "[l]a doctrina catalana no estableció plazo para la presunción de consumición dejando al arbitrio judicial la valoración del tiempo suficiente para ésta, según la naturaleza del bien". Así, por ejemplo, FONTANELLA, Joannes Petrus, *Tractatus De Pactis Nuptialibus seu capitulis matrimonialibus*, Genevae, 1752, clausula VII, glossa III, Pars XII, n. 41, pág. 514, recoge una sentencia de la Real Audiencia de Cataluña de 25 de septiembre de 1609, relativa a fideicomisos, entre Elisabetha Mestra y Hieron. Espasa; según la cual "ex cursu viginti annorum, qui ibi decurrerant, fore praesumendam consumptionem bonorum mobilium".

El transcurso de los diez años fue aceptado ya en la tradición jurídica catalana; así, COMES, Josephus, *Viridiarum Artis Notariatus*, tomus primus, Gerundae, 1704, cap. XXII, § 1 (De dotibus), n. 73, pág. 214: "scias tamen, quòd bona mobilia per decennium praesumuntur"; posteriormente BROCA y MONTAGUT, Guillermo M<sup>a</sup>, y AMELL y LLOPIS, Juan, *Instituciones de Derecho civil catalán vigente*, tomo primero, Barcelona, 1886, pág. 334: "[e]n la práctica si las ropas no existen, se entienden consumidas á los diez años de matrimonio".

<sup>311</sup> Actualmente, el hecho que la mayoría de los productos destinados a satisfacer las necesidades humanas han de incorporar una fecha de caducidad, quizás sirva de orientación para determinar cuándo el bien se considera, más que destruido, inservible o inutilizable. La necesidad de incorporar esta fecha de caducidad queda reflejada en el art. 13-1 de la Ley 26/84, de 19 de julio, General para la defensa de los consumidores y usuarios, donde se regula que los bienes, productos o servicios puestos a disposición de los consumidores y usuarios, deben incorporar entre otras cosas: "e) Fecha de producción, suministro o plazo recomendado para el uso o consumo o fecha de caducidad". Y al amparo de los arts. 4-1, e) y f); 5-1 y 39-1 de esta ley y de los arts. 40-2-5 y la Disposición Adicional II, de la Ley 14/86, de 25 de abril, General de Sanidad, se dictó el Real Decreto

Estas cosas que se destuyen o perecen sin usarse son cosas consumibles, no cosas deteriorables, pues al usarlas según dicta su naturaleza se destruirán. El perecimiento que sufren estas cosas sin ejercer sobre ellas un uso, es una cualidad inherente de este tipo de cosas.

Por lo tanto, la destrucción de una cosa consumible, no sólo procede por el uso de la misma.

#### 4.2.2. La interpretación del uso del art. 337 Cc

Si a tenor del art. 337 Cc el uso destruye una cosa consumible, será preciso estudiar ahora qué condiciones ha de reunir el uso, es decir, si el uso del que habla el precepto, está sometido a una forma especial de ejercicio, a algún límite o condición<sup>312</sup>.

Apuntábamos en anteriores epígrafes, que la definición del art. 337 Cc es más completa que la del art. 482 Cc. Se

---

1122/1988, de 23 de septiembre, por el que se aprobó la norma general de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios envasados, cuyo art. 3-14, definía la fecha de caducidad como "fecha a partir de la cual el producto alimenticio no es apto para el consumo humano y por tanto, no podrá comercializarse como tal", manifestando en el art. 10 la obligación de figurar en los productos alimenticios envasados la fecha de duración mínima o la fecha de caducidad; así, en su apartado tercero expresa que "[l]os productos alimenticios perecederos en corto período de tiempo, desde el punto de vista microbiológico, precisarán obligatoriamente la mención *Fecha de caducidad, Caduca o Caducidad* seguida del día y mes en dicho orden". Se aprobó también el Real Decreto 1468/1988 de 2 de diciembre, por el que se aprobó el reglamento del etiquetado, presentación y publicidad de los productos industriales destinados a su venta directa a los consumidores y usuario, cuyo art. 7-3 exige que se incluya en este tipo de productos el "[p]lazo recomendado para su uso y consumo, cuando se trate de productos que por el transcurso del tiempo pierdan alguna de sus propiedades". Esta normativa expuesta es solo orientativa puesto que la legislación relativa al etiquetaje es constante, por lo que nos remitimos a la Base de datos de información sobre el consumo del Ministerio de Sanidad y consumo.

Sin embargo, no todos los productos deben incorporar una fecha de caducidad, así, el Real Decreto 1122/88, anteriormente citado, en el art. 10-6 regula como productos que no precisan la indicación de la fecha de duración mínima, los vinos, vinagres, caramelos, etc.

<sup>312</sup> En cuanto a los precedentes legislativos de este precepto, el art. 614 del Proyecto de Cc de 1836 no calificaba el uso pues manifestaba que "no puede hacerse uso sin consumirlos"; por contra, el art. 383 del Proyecto de Cc de 1851 y el art. 339 del Anteproyecto de Cc de 1882 califican ya el uso como "conveniente a su naturaleza", y el actual art. 337 Cc ha cambiado el adjetivo calificativo "conveniente" por "adecuado".

tratará de ver si realmente estamos ante una definición más completa o de dos definiciones que se complementan.

Una posible interpretación literal del art. 337 Cc sería la siguiente: Si el precepto considera que no puede hacerse uso adecuado a su naturaleza sin que se destruyan, podría deducirse, a *sensu contrario*, que un uso de la cosa consumible que no sea adecuado a tal naturaleza no comportará su destrucción; es decir, sólo un uso calificado como "adecuado a su naturaleza" destruye la cosa, no otro tipo de uso.

No obstante, esta interpretación parece poco adecuada, e incluso absurda. Pues aunque el uso sea abusivo o no conforme a la naturaleza, ello no impide que la cosa se haya destruido o consumido en el aspecto material.

Sin embargo, hay que advertir una cosa: la finalidad del art. 337 Cc. Este precepto lo único que pretende es determinar cuándo estamos ante un bien consumible, es un precepto que sirve para calificar un bien, lo cual es fundamental para determinar si le es aplicable el régimen jurídico del que disponen los bienes consumibles como sucede en otras categorías de bienes, pero no establece ningún régimen jurídico, como sí hace, por ejemplo, el art. 482 Cc. Este último artículo aplica un régimen jurídico especial al usufructo sobre estas cosas calificadas como consumibles a tenor del art. 337 Cc.

La definición del art. 482 Cc: "cosas que no se puedan usar sin consumirlas", tiene como finalidad enunciar sobre qué tipo de bienes se aplicará el régimen jurídico que en él se regula. Por ello hubiera sido más idóneo empezar el precepto con el término "cosas consumibles" en vez de usar la expresión definitoria que utiliza. Quizás el legislador se vió obligado a empezar el precepto 482 Cc con una definición de los bienes sobre los que recaerá el régimen jurídico en él estipulado, por la oscuridad y confusión del art. 337 Cc.

Por lo tanto, lo que vendría a decir el art. 337 Cc es que son bienes consumibles aquellos que no pueden usarse sin destruirse, a pesar de que ese uso sea adecuado a su

naturaleza. Pero cuando habla del uso adecuado a su naturaleza no pretende decir que ese sea el único uso posible, sino que simplemente es un parámetro para saber cuando nos encontramos ante un bien consumible.

#### 4.2.3. El "uso adecuado a la naturaleza de la cosa"

Debemos abordar ahora qué se entiende por uso adecuado a la naturaleza de la cosa.

La "naturaleza de la cosa" no es una expresión que sólo se utilice en el art. 337 Cc, sino que en sede de usufructo, el art. 485-1 Cc también hace referencia a ella al manifestar que "[e]l usufructuario de un monte disfrutará todos los aprovechamientos que pueda éste producir según su naturaleza".

Para entender la naturaleza de la cosa partiremos de la definición de MALUQUER DE MOTES, según el cual "naturaleza significa básicamente composición (...), significa tipo, entidad, cosa"<sup>313</sup>, y considera que "la expresión naturaleza se predica siempre de un objeto o cosa que se menciona y que nos permite decir que es aquella que se conoce por su propia identidad, por ser denominado de una manera determinada y que tiene unas características propias que la hacen ser como es. De aquí, que la expresión naturaleza no pueda desvincularse de la cosa de la cual se predica"<sup>314</sup>.

Así pues, usar la cosa según su adecuada naturaleza supone centrar la atención en la cosa en sí misma, en sus propiedades naturales y constitutivas, y serán éstas las que determinarán el uso habitual de la cosa, no la

---

<sup>313</sup> MALUQUER DE MOTES, *Los conceptos de "sustancia", "forma" y "destino"...*, op. cit., pág. 67.

<sup>314</sup> MALUQUER DE MOTES, *Los conceptos de "sustancia", "forma" y "destino"...*, op. cit., pág. 182. En la pág. 171, considera que la utilidad que proporciona la "naturaleza de la cosa" es "aquella que ofrece la propia cosa tal y como es y como se nos presenta, o sea, el entender que es como es en cuanto se la identifica con un nombre y tiene una manifestación exterior y sus propias características".



autonomía de la voluntad<sup>315</sup>. Esto nos permite indicar el carácter objetivo de la consumibilidad<sup>316</sup>.

Sin embargo, hay que hacer una precisión. Ciertos objetos tienen más de un uso<sup>317</sup>. En estos casos el uso

---

<sup>315</sup> Diversos autores consideran que la consumibilidad depende de la naturaleza de las cosas, no de la voluntad del propietario. En España destacan entre otros, MANRESA y NAVARRO, *Comentarios al Código...*, op. cit., tomo III, pág. 76; CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones...*, op. cit., pág. 260; ALBALADEJO, *Derecho civil I...*, op. cit., vol. II, pág. 97. En Francia, MARCADÉ, *Explication théorique et pratique...*, op. cit., pág. 379, n. 392; LAURENT, *Principes de droit...*, op. cit., tome dix-huitième, pág. 411, n. 390; AUBRY et RAU, *Cours de droit civil...*, op. cit., pág. 41; BAUDRY-LACANTINERIE, *Precis de droit...*, op. cit., pag. 750, n. 1410. En Italia (Codice de 1865), LOMONACO, *Della distinzione...*, op. cit., pág. 18.

<sup>316</sup> Los Motive zu dem Entwurfe..., op. cit., pág. 34, § 780, consideran que "[d]as objektive Merkmal der Verbrauchbarkeit liegt somit in der Art und Weise, wie nach der bestehenden Sitte und Uebung mit der Sache bei deren Verwendung für das menschliche Bedürfnis verfahren wird".

Ya que hacemos referencia al Derecho alemán, en cuanto al uso adecuado para la consumibilidad, el § 92 BGB tan sólo dice "bestimmungsmäßiger Gebrauch" (uso adecuado), sin posterior calificación. Es en el análisis de las definiciones que se propusieron en los proyectos, donde hallamos una explicación. Así, JAKOBS, y SCHUBERT, *Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs...*, op. cit., (Algemeiner Teil) pág. 465, al comentar el actual § 92 del BGB, recogen el Protocolo I-4655, donde se proponía como definición de cosas consumibles aquellas "welche durch Verbrauch oder Veräußerung benutzt zu werden pflegen", por lo tanto, no se calificaba el uso, explicando que se rechazó la inserción de las palabras "nach Natur" o "nach ihrer Beschaffenheit" tras el relativo "welche", al considerar que no era necesario mencionar expresamente esta característica puesto que "[d]ie Natur und Beschaffenheit der Sache sei selbsterklärenden Weise bestimmend für deren übliche Verwendung"; en la pág. 492 se recoge el E. II - § 77c (*Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Nach den Beschlüssen der Redaktionskommission, Zweite Lesung, 1894, 1895*), que proponía como definición de las cosas consumibles "deren bestimmungsmäßiger Gebrauch in dem Verbrauch oder in der Veräußerung besteht", igual, por lo tanto que el párrafo actual del BGB.

En el Protocolo 176 (*Protocolle der Kommission für...*, op. cit., pág. 2), en el § 780 que como tuvimos ocasión de ver pretendía incorporar la definición de cosas consumibles en la del usufructo impropio, tampoco se especificaba el uso.

<sup>317</sup> Estamos pensando en el caso de la madera de un árbol que puede utilizarse como leña (consumible) o como material para elaborar un mueble (infungible si es único o fungible en el caso contrario); o en el ejemplo que nos proporciona DOCKÈS, "Essai sur la notion...", loc. cit., pág. 495, nota 83, según el cual podemos encontrar ejemplos de "grains" no consumibles puesto que "l'awélé, jue d'origine africaine, a pour matériel des graines. D'autres graines sont utilisées par certains instruments de musique, ou comme éléments de décoration" o, como señala BÜRKEL, *Beiträge zur Lehre...*, op. cit., § 2, pág. 9,

normal a tomar en consideración ha de extraerse de un determinado ambiente histórico-social<sup>318</sup>. "Uso normal" que define el destino económico a partir de las concepciones del tráfico<sup>319</sup>. Sobre el modo de determinar este destino económico influyen, por supuesto, las características objetivas de la misma cosa. La destinación económica de la cosa está siempre conexas con la entidad física de la misma; así pues, no constituirán elementos de destinación económica ciertas circunstancias o situaciones extrañas a la cosa<sup>320</sup>. Por lo tanto, para conocer cuándo una cosa es consumible será necesario observar la naturaleza de la cosa y su normal destino económico, la forma de goce a que se destina en general en la vida económica<sup>321</sup>.

Por lo tanto, las cosas consumibles se destruirán, habitualmente, al ejercerse sobre ellas no sólo un uso definido por las propias características de la cosa, sino también en función del destino económico a que se les asigna. El bien será consumible con independencia de la voluntad del usuario si así resulta de su constitución y de su finalidad definida por los usos del tráfico dentro de un contexto social y económico<sup>322</sup>.

---

algunas cosas tanto pueden usarse (en el sentido que no desaparecen) como consumirse, y pone como ejemplo un buey que puede utilizarse en labores agrícolas o servir para obtener carne.

318 PUGLIATTI, voz "Cosa (teoria generale)", *Enciclopedia del Diritto (ED)*, XI, pág. 74; BIONDI, *Los bienes...*, op. cit., pág. 92.

319 GARCÍA VALDECASAS, *Parte general...*, op. cit., pág. 288; PUIG FERRIOL en PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, op. cit., pág. 783.

320 ALLARA, *Le nozioni fondamentali...*, op. cit., pág. 317.

321 FERRARA, *Trattato...*, op. cit., pág. 834. VENEZIAN, *Usufructo...*, op. cit., II, n. 265, pág. 248, afirma que la condición de consumible la determina "no la constitución física de la cosa, sino el destino que recibe cuando se la adscribe a un cierto disfrute que necesariamente cause su inmediata destrucción. Y lo único de verdad que hay en la doctrina corriente es que la constitución física de las cosas indica frecuentemente su destino normal de ser destruidas con el disfrute; por ello, para imprimirle el carácter de inconsumible, es necesario que una manifestación de voluntad del dueño, anterior al momento a que otro adquiriera el derecho a poseerla, dé a la cosa un destino distinto del corriente".

322 Es por ello que PAMPALONI, "Sull'oggetto...", loc. cit., pág. 89, afirma: "[c]ose consumabili sono particolarmente quelle cose

#### 4.2.4. Las cosas consumibles como *res quae in abusu consistunt*

No podemos terminar el estudio de la consumibilidad, sin hacer una pequeña referencia a esas palabras del Digesto que consideran a las cosas consumibles "*res quae in abusu consistunt*"<sup>323</sup>.

La práctica unanimidad de los juristas del Derecho común consideraron que el hecho de usar una cosa consumible constituía un supuesto de abuso, sin entrar en un estudio detallado del tema en esta sede, debido, quizás, a la ausencia de clasificación de los bienes en el Derecho justinianeo.

Es BORCHOLTEN quien nos aporta una explicación más amplia: "[a]buti enim non tantum significat, ad alium usum re uti, quam in quem comparata est: verum etiam abuti, est utendo consumere, ut auctor est NONIUS MARCELLUS, & BOËTIUS in Topicis Ciceronis. *Utimur*, inquit, his quae nobis utentibus permanent; *abutimur* illis quae nobis utentibus pereunt: ut praedio, domo, veste utimur; oleo, vino, pane, pecunia numerata *abutimur*"<sup>324</sup>. Por lo tanto, se abusa de aquellas cosas que usándolas se consumen<sup>325</sup>.

---

mobili, che, usate conforme alla loro destinazione economica (uso normale, regolare) delle cose, vengono a perderla (cose destruttibili)".

<sup>323</sup> Ulpiano, comentarios a Sabino, libro XVIII, D. 7, 5 (De usufructu earum rerum), 5 (l. Hoc Senatusconsultum), § 1 (Si pecuniae) y § 2 (Quae in usufructu).

<sup>324</sup> BORCHOLTEN, *Ad Instituta...*, op. cit., De usufructu, § II Quibus in rebus, n. 2 (Usus quomodo ab abusu differat), pág. 127. Dada la dificultad para consultar la obra de BOËTIUS, nos hemos basado en este autor. Posteriormente a él también reproducen la doctrina de BOËTIUS: VINNIUS, *In quatuor Libros institutionum...*, op. cit., Inst. lib. II, tit. IV, en las notas a "vinum, oleum" del texto "Quibus in rebus constituitur", pág. 248; SCHRADER, *Imperatoris iustiniani...*, op. cit., tit. quartus: De usufructus, § 2 (Ulpian. XXIV, 26. 27. D. h. l. 3, § 1; VII, 5, l. 2, § 1), pág. 236, en los comentarios que realiza a las palabras "exceptis...extinguitur".

<sup>325</sup> Como decíamos, a lo largo de la historia, y a partir de los textos romanos se entiende el consumo como abuso. Al respecto, destacan, GEYL, *Practicarum observationum...*, op. cit., Liber secundus, Observatio XXXXVI, pág. 261, n. 2, considera que el cuasi-usufructo se da en las cosas "quae in abusu consistunt, & usu

Sin embargo, con esto no se nos proporciona una definición de abuso, simplemente se nos dice que el consumo es abuso.

Actualmente el abuso se considera como una extralimitación o exceso en el uso<sup>326</sup>. Y como veremos, la doctrina del *ius commune* sólo concedía esta facultad a un propietario, pues el *ius abutendi* individualiza a la propiedad<sup>327</sup>. Pero, entendido así el abuso, si se usa una cosa consumible y esta se destruye, no hay una extralimitación en el uso, sino un uso conforme a las

---

consumuntur"; ALTHUSIUS, *Decaeologicae...*, op. cit., n. 34, pág. 94: "[q]uasi-usufructus rerum, quae usu consumuntur, est eorum rerum, quarum usus consistit in abusus & consumptionem"; posteriormente CASTILLO DE SOTOMAYOR, *Quotidianorum controversiarum...*, op. cit., lib. III, cap. LIII, n. 2: "etiam earum rerum, quarum abusus est, non usus, quasi usus, vel usufructus constitui posset"; OINOTOMUS, Joannes, *In quattuor Institutionum Imperialium Iustiniani Imp. Libros, Commenrarii, Venetiis, 1619*, lib. II De usufructu, tit IIII, § Constituitur, n. 4, reconoce el usufructo impropio en cosas "quae usu consumuntur, § potius abusus dici posset, cum quis non possit huiusmodi rebus uti salva rerum substantia, sed utendo consumuntur"; vimos ya a ZOESIUS, *Commentarius in Codicem...*, op. cit., pág. 148; y en *Commentarius ad institutionum...*, op. cit., pág. 198; GALVANUS, *De usufructu dissertationes...*, op. cit., cap. III (De divisione usufructus in verum, & quasi usufructum), II, pág. 14: "usufructus nullus cadere posset in illis rebus, quarum usus cum abusu conjungitur, uti enim ac abuti sunt contraria", aceptando en la pág. 15, a causa del Senadoconsulto un cuasi-usufructo en las cosas "quae sunt in patrimonio, distribuuntur in eas, quarum aut usus, aut abusus est"; NOODT, *Opera omnia...*, op. cit., De usufructu, Liber primus, caput. XX, "De quasi usufructo quantitatum introducto a Senatu: quod qua forma?", págs. 167 ss., tras preguntarse "utrum in usu sint, an in abusu, possit etiam eorum quae in abusu sunt, usufructu legari?", afirma que "legato usufructu earum rerum quae in abusu continerentur"; VOET, *Commentariurum ad pandectas...*, op. cit., pág. 169, n. 1, considera que se pueden legar todos los bienes en usufructo "in quantum in bonis reperiuntur ea, quorum usu in abusu est".

A partir de mediados del siglo XIX, quizás por la influencia de la época codificadora, se empieza a abandonar esta similitud entre el consumo y el abuso, aunque en algún autor aún se intuye esta idea. Así entre nosotros, COLLANTES y BUSTAMANTES, Luis de, *Recitaciones del Derecho civil de Juan Heinecio*, tomo II, Valencia, 1833, pág. 6; en Francia MARCADÉ, *Explication théorique et pratique...*, op. cit., pág. 379, n. 392; PROUDHON, *Trattato dei diritti d'usufrutto...*, op. cit., pág. 343, n. 2417; en Italia, ROTONDI, Mario, *Instituciones de derecho privado*, prólogo, traducción y concordancias al derecho español por Francisco F. Villavicencio, Barcelona, Madrid, Buenos Aires, Rio de Janeiro, México, Montevideo, 1953, pág. 221.

<sup>326</sup> CATALÀ ROS, Rosa, *El abuso del usufructuario: análisis del art. 520 del Código civil*, Madrid, 1995, págs. 4 y 5.

<sup>327</sup> BARRAL VIÑALS, Immaculada, *La reserva de la facultad de disponer en la donación (Análisis dell artículo 639 del Código civil)*, Barcelona, 1996, pág. 43.

características intrínsecas del bien. Lo que ocurre es que el uso conlleva la destrucción de la cosa, pero en ningún caso debida a una actuación que exceda del contenido del derecho.

Como pone de manifiesto ALONSO PÉREZ el *ius abutendi* no tiene sentido alguno en el *ius commune* tal como a menudo se ha entendido por algunos intérpretes modernos, pues "abusar significaba, simplemente extraer de la cosa todas sus ventajas, hasta consumirla si fuera preciso"<sup>328</sup>, y por ello el consumo supone un abuso, pero "entendido no al modo del art. 7-2 Cc, sino como extracción de todas las utilidades que la cosa permita de conformidad con el ordenamiento jurídico"<sup>329</sup>.

Llegados a este punto, y cerrando el estudio de las cosas consumibles, podemos concluir que el art. 337 Cc es una norma que determina cuándo nos hallamos ante un bien consumible, sin pretender establecer su régimen jurídico. La utilidad y sentido de esta clasificación será importante para poder aplicar sobre los mismos un régimen jurídico

---

<sup>328</sup> ALONSO PÉREZ, en la ponencia "La propiedad en el Código civil", presentada en el *Encuentro interdisciplinar sobre Historia de la Propiedad en España (s. XV-XX)*, Salamanca, 3-6 de junio de 1998, cedida gentilmente por el autor y de próxima publicación. Añade al autor que "[e]n este significado piensa IHERING cuando se refería a la posesión como *imago dominii*, que por ello mismo abarcaba *uti, frui, consumere*". Y éste el significado que está en las definiciones de Francois HOTMAN, cuando entiende el *dominium* como *ius ac potestas...*, *tum utendi, tum abutendi, quatenus iure civile permititur*; o dos siglos más tarde su paisano POTHIER, transcribiendo idéntica definición".

En un sentido similar, FAIRÉN, Manuel, en sus notas a OURLIAC, y MELAFOSSE, *Derecho romano...*, op. cit., pág. 659, manifiesta que "[e]l *abusus* (...) no quiere decir "uso malo" sino "uso radical", es decir, uso hasta el fin, acto de extraer de la cosa su última utilidad, consumiéndola, destruyéndola, haciéndola de cualquier modo desaparecer".

<sup>329</sup> ALONSO PÉREZ, *idem*. GRIFÒ, "Cicerone, top. 3.17...", loc. cit., pág. 182, "effettivamente tra i più possibili significati di *abusus* vi è anche quello, appunto, di "consumazione" e che proprio intorno a tale significato è stata creata da Ulpiano la categoria delle *res quae in abusu consistunt*, categoria in cui si identificano le cose consumabili", y concluye, pero, que (pág. 183) "si può dare in ogni caso per acquisita l'erroneità dell'idea che *abusus* significhi sempre e ovunque consumazione. Quel termine, in realtà, potrà anche significare consumazione, quando comunque venga a trovarsi in un rapporto indiscutibile con delle cose consumabili".

concreto como es el caso del regulado en el art. 482 Cc. Así pues, la trascendencia jurídica de considerar a unos bienes como consumibles es que van a ser objeto de un régimen jurídico determinado y especial.

Según lo expuesto en epígrafes anteriores, consideramos que son consumibles los bienes muebles que se destruyen y desaparecen por su uso, aunque ese uso sea el normal, adecuado a su naturaleza.

## **5. La relación entre consumibilidad y fungibilidad**

Hasta ahora hemos intentado disociar la confusión existente en el art. 337 Cc entre las cosas consumibles y las cosas fungibles. Lo curioso es que el Código civil nos ha ayudado a ello, sobre todo a encontrar el concepto de fungibilidad. ¿Cómo es posible que el Código en el art. 337 confunda ambas categorías de cosas que a lo largo de este mismo cuerpo legal parece distinguir?; ¿es que realmente en el art. 337 Cc estamos ante un "error obstativo" del legislador? Las respuestas no resultan nada fáciles.

Por una parte, trasladándonos al contexto histórico y social en el cual se elaboró el Código, hemos visto que consumibilidad y fungibilidad se confundían, se consideraban como sinónimos. Sin embargo, por otra parte, la redacción de los preceptos crea aún una mayor confusión: no sabemos si el art. 337 Cc es un simple lapsus del legislador o realmente es lo que quería decir. Y decimos esto por un conjunto de preceptos dispersos en diversas instituciones del Código que parecen vislumbrar, como vimos, la distinción entre cosas consumibles y fungibles.

Así, en sede de mutuo nos encontramos con una distinción entre el carácter fungible o no fungible de los bienes que comporta la aplicación de un régimen jurídico diverso. El art. 1740 Cc regula la transmisión de la

propiedad y la necesidad de restituir el tantundem cuando se entreguen este tipo de cosas<sup>330</sup>.

Por otra parte, el art. 482 aporta la definición de lo que la totalidad de la doctrina considera cosas "consumibles" estableciendo un régimen jurídico distinto al del art. 1740 Cc, puesto que en ningún momento habla de transmisión de la propiedad y permite restituir el tantundem o una estimación. Al establecerse en ambos preceptos dos regímenes distintos, parece ser que se trata de dos categorías distintas.

Podríamos pensar que el legislador ha redactado con tal agudeza el Código -o quién sabe si con una discreción ingeniosa- que la confusión de conceptos que late en los proyectos, en la doctrina del siglo XIX y que se transmitió al mismo Código (véase el art. 337 Cc), se diluye a lo largo de su articulado. Pero, si por el contrario, el pensamiento del legislador era el mismo que el del art. 337 Cc (que las cosas fungibles son consumibles y viceversa), el articulado del Código, sin embargo, nos permite interpretar lo contrario<sup>331</sup>.

Otra posibilidad es pensar que quizás el legislador consideró que sólo tenían relevancia jurídica las cosas fungibles que a la vez fueran consumibles, por lo que no

---

<sup>330</sup> Al estudiar el concepto de fungibilidad tuvimos oportunidad de analizar un conjunto de preceptos relativos a esta categoría de cosas: arts. 1196-2, 1448, 1452, 1753, 1754 del Código civil.

<sup>331</sup> LATOUR BROTONS, "Estudio del usufructo", loc. cit., pág. 629, manifiesta que en el anteproyecto, en sede de usufructo, se utilizan indistintamente las palabras consumibles y fungibles "tal vez llevados del confusiónismo producido por un sector de la doctrina extranjera. Superada ésta, en la posterior elaboración del Código civil se expurga el usufructo y se suprimen los términos fungibles deslizados a través del articulado del usufructo, y sólo se salva de esta sustitución una reminiscencia del primitivo texto del anteproyecto, el art. 499 in fine, en que persiste la referencia a las cosas fungibles, sin duda por inadvertencia".

En un sentido similar se expresan PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, en las notas a ENNECERUS, *Derecho civil...*, op. cit., pág. 544, puesto que manifiestan que "[a] nuestro entender este precepto [refiriéndose al art. 482 Cc], puesto en paragón con el art. 499 apartado 4 (...) demuestra probablemente que, no obstante la confusión entre consumibilidad y fungibilidad reflejada en el art. 337, en el Cc está latente la distinción de ambos conceptos, pues el art. 499 ap. 4 no puede interpretarse, con la seguridad que algunos pretenden, en el sentido de contener una remisión al art. 482".

estaríamos propiamente ante una confusión de ambas categorías de bienes.

No podemos responder a la duda de si el legislador conocía la diferencia entre la consumibilidad y la fungibilidad con una respuesta tajante, puesto que hay argumentos para considerar que sí la conocían -artículos, por ejemplo, donde se habla de fungibilidad y su régimen jurídico- y argumentos en sentido contrario -filosofía de los proyectos, doctrina del siglo pasado y el mismo art. 337 Cc-.

No hay que olvidar que en la elaboración del Código influyeron ciertos cuerpos legales extranjeros (el Código francés, el portugués, el argentino o el anteproyecto belga de Laurent, entre otros) de los que se copiaron ciertas normas. Este puede ser un motivo por el cual aparecen redactados ciertos artículos con la distinción de las categorías. No parece, sin embargo, un argumento muy convincente, pues los artículos relativos al préstamo, por ejemplo, procedían del Derecho francés, en el cual existía la confusión, que, sin embargo, no se mantiene en los art. 1740 y siguientes del Código.

Por otra parte, hay un artículo en el Código, aparte del art. 337 Cc, que impide pensar que legislador distinguía consumibilidad de fungibilidad; es el art. 1160 Cc, relativo al pago, según el cual "si el pago hubiese consistido en una cantidad de *dinero o cosa fungible*, no habrá repetición contra el acreedor que hubiese *gastado o consumido* de buena fe". En él se percibe que las cosas fungibles son consumibles, ya que a tenor de su redacción, el "dinero" es correlativo al "gasto" y la "cosa fungible" a lo "consumido".

Así pues, podemos concluir que si el legislador en el art. 337 Cc regula lo que verdaderamente considera, es decir, que las cosas fungibles son consumibles, esto, sin embargo, no es tan claro en otros preceptos. Entonces, será cuestión de analizar estos artículos que distinguen ambas categorías de cosas (ya sea por su discreción al redactar el Código, ya sea porque realmente conocía la diferencia



entre ambas categorías) y elaborar a partir de ellos la consumibilidad y la fungibilidad. Así pues, el legislador, pese al art. 337 Cc y quizás sin querer, distingue a lo largo del Código civil ambas categorías de cosas.

### 5.1. La combinación entre la consumibilidad y la fungibilidad

Apuntábamos con anterioridad que la equiparación de la fungibilidad con la consumibilidad se debe a la similitud de ambos conceptos, ya que la mayoría de cosas fungibles son consumibles y viceversa -pensemos, por ejemplo, en la mayoría de productos alimenticios- y éste, en última instancia, es el motivo por el que existe la confusión en el art. 337 Cc<sup>332</sup>. Pero esto no debe llevarnos al error de considerar que todas las cosas fungibles son consumibles<sup>333</sup>.

Hemos definido las cosas fungibles como aquéllas que dada su identidad, permiten que una haga la función de la otra, es decir, que puedan ser reemplazadas unas por otras, con la especialidad de que se trata de cosas que se pesan, cuentan o miden. Las cosas consumibles, en cambio, son aquéllas que se destruyen cuando se usan adecuadamente a su naturaleza. Por lo tanto, como vimos, para saber si estamos ante cosas fungibles se requiere la comparación de dos o

---

<sup>332</sup> Hay ciertos autores que defienden que las cosas consumibles son fungibles. Sirva para todos GARCÍA VALDECASAS, *Parte general del Derecho...*, op. cit., pág. 288. Sin embargo, el autor matiza que no todas las cosas fungibles son consumibles. Lo mismo, en Italia, PUGLIATTI, voce "Cosa (Teoria generale)", *ED*, op. cit., pág. 76: "tutte le cose consumabili, infatti, sono fungibili, ma non viceversa".

<sup>333</sup> Por ello CARRASCO PERERA, *Derecho civil*, op. cit., pág. 225, afirma que "[l]as cosas que se consumen con el uso y este uso no puede ser ulteriormente reproducido (v. gr., alimentos, productos del hogar, piensos, ladrillos) son bienes fungibles: pero no los únicos, como parece sostener el artículo 337 CC, que reduce los bienes fungibles a los consumibles". Sin embargo, consideramos que no necesariamente las cosas consumibles son fungibles como veremos.

más objetos, en cambio, la consumibilidad se deduce del análisis de la cosa en sí misma y del destino económico<sup>334</sup>.

A partir de estas definiciones observamos que no tienen por qué coincidir las cosas consumibles con las fungibles<sup>335</sup>.

---

334 PLANIOL y RIPERT, *Traité pratique...*, op. cit., pág. 62, n. 58; HUMBERT, *Essai sur la fungibilité...*, op. cit., pág. 50; JOUBERT, "Deux notions du droit des biens...", loc. cit., pág. 77; o el italiano BENSA, "Sul concetto...", loc. cit., pág. 357, entre otros.

335 Esta no coincidencia de conceptos es aceptada por la mayoría de la doctrina que distingue ambas categorías de cosas. A partir de esta no equiparación se elaboran un conjunto de combinaciones entre las cosas consumibles, no consumibles, fungibles y no fungibles. Así, en España, entre muchos otros, VALVERDE, *Tratado de derecho civil...*, op. cit., tomo I, pág. 391: "[h]ay cosas fungibles que no son consumibles y hay cosas que pueden ser consumibles y no ser fungibles"; SANTOS BRIZ, *Derecho civil...*, op. cit., pág. 547: "[l]os bienes consumibles suelen ser, por regla general, también fungibles. En cambio, muchos bienes fungibles no son consumibles"; CLAVERÍA, comentario al art. 337 Cc, en Ministerio de Justicia, *Comentario...*, op. cit., pág. 933: "[e]s cierto que las cosas consumibles suelen ser fungibles y viceversa, ocurriendo lo mismo con las infungibles e inconsumibles; pero cabe imaginar cosas fungibles inconsumibles (artículos de cierta duración fabricados en serie) y (mucho más excepcional) cosas consumibles infungibles (la tarta nupcial preparada expresamente para la boda del príncipe X)"; para ALBALADEJO, *Derecho civil I...*, op. cit., vol. segundo, pág. 100, nada obsta para que "muchas cosas fungibles sean, a la vez, consumibles (así, trigo, vino); junto a ellas están las fungibles no consumibles (un libro, un par de zapatos) y las consumibles no fungibles (una pieza de pastelería artística)".

En Francia, por ejemplo, MARCADÉ, *Explication théorique et pratique...*, op. cit., pág. 380, n. 392: "une chose de consommation peut fort bien n'être pas fungible (...); au contraire une chose qui n'est pas de consommation peut fort bien être fungible"; en sentido similar, DEMOLOMBE, *Traité de la distinction...*, op. cit., pág. 24, n. 46; AUBRY et RAU, *Cours de droit civil...*, op. cit., pág. 41 y 42; PLANIOL y RIPERT, *Traité pratique...*, op. cit., pág. 62 y 63, n. 60; HUMBERT, *Essai sur la fungibilité...*, op. cit., pág. 51 a 54; JOUBERT, "Deux notions du Droit des biens...", loc. cit., pág. 36 y 37; SIRINELLI, "Le quasi-usufruit (1re partie)", loc. cit., pág. 37, n. 23.

En Italia, destacan entre otros (Codice 1865), BIANCHI, *Corso di Codice...*, op. cit., págs. 57 y 58; BENSA, "Sul concetto...", loc. cit., págs. 374 ss.; FERRARA, *Trattato...*, op. cit., pág. 836; (Codice 1942) MESSINEO, *Manual de Derecho...*, op. cit., pág. 277; BIONDI, *Los bienes*, op. cit., pág. 92.

En Alemania, HELD, *Die Lehre vom "Usufructus earum rerum...*, loc. cit., pág. 13: "[d]enn wenn auch verbrauchbare Sachen gewöhnlich vertretbar find, so kann doch auch das Entgegengesetzten der Fall sein, so wenn die Sache in der darüber getroffenen Berfügung als Species genau bezeichnet wurden"; BÜRKEL, *Beiträge zur Lehre...*, op. cit., § 2, pág. 11; HANAUSEK, *Die Lehre vom uneigentlichen...*, op. cit., § 2-II, pág. 14; FRANK, *Ueber den uneigentlichen...*, op. cit., pág. 12, § 3.

Existen cosas consumibles que no son fungibles, es decir, cosas que se destruyen por un uso adecuado a su naturaleza sin poder reemplazarse por otra equivalente, por tratarse de ejemplares únicos o con particularidades específicas que le diferencian de los demás. Como ejemplos podemos utilizar los señalados por BÜRKELE: una botella con un preparado químico que deja un médico en su herencia, desconociéndose su composición; o el último barril de un vino de un determinado año<sup>336</sup>.

Puede encontrarse también, el caso contrario: la existencia de cosas fungibles no consumibles. Podemos pensar, por ejemplo, en un libro; éste puede restituirse por otro ejemplar idéntico y no se destruye por su uso, por lo que no estamos ante una cosa consumible.

Así pues, con estos ejemplos, podemos concluir que la consumibilidad y la fungibilidad no tienen por qué

---

<sup>336</sup> BÜRKELE, *Beiträge zur Lehre...*, op. cit., § 2, págs. 11 ss. Es evidente, que si enajenamos el preparado químico no podemos esperar que se nos restituya un *tantundem* a causa de su composición individual, y lo mismo debemos decir del barril de vino, puesto que su resultado en cuanto al aroma o cuerpo le otorgan a este barril un carácter único. Por lo tanto, estamos ante cosas consumibles pero no fungibles.

Sin embargo, el autor da un paso más y centra su atención en la cantidad. Piensa en la media botella de aquel preparado químico, o en el medio barril de aquel vino, como objeto de una relación jurídica. Desde éste punto de vista, considera que estamos ante cosas consumibles y fungibles a través de la otra mitad restante. La división de la cantidad origina para estas cosas la cualidad de ser fungibles. La verdad es que esta argumentación no deja de ser uno de los famosos ejemplos de ejercitación dialéctica de ZENÓN DE ELEA contra el movimiento (aunque Aristóteles ya lo evocó antes), pues Zenón demuestra lo mismo a partir de la distancia que recorre el móvil. Como toda distancia es divisible hasta el infinito, es necesario que el móvil alcance primero la mitad de la distancia que debe recorrer, y luego la totalidad. Pero antes de recorrer la mitad del todo, debe recorrer la mitad de ésta, y, previamente, la mitad de ésta mitad. Si estas mitades son infinitas, porque es posible obtener la mitad de toda mitad ya obtenida, es imposible recorrer infinitas magnitudes en un tiempo limitado. (Cfr. *Los filósofos presocráticos II*, Madrid, 1996, págs. 218 y 219, 75 Simpl., Fis. 1013, 4-16).

A pesar de todo, BÜRKELE no cree que pueda mantenerse su teoría, ya que la escasez para la sustitución de la cosa o la dificultad para obtenerla, anulan por sí mismas la definición de fungibilidad. Por eso considera que "[a]us dem Vorstehenden ergibt sich, daß die Verbrauchbarkeit einer Sache derselben keineswegs die Eigenschaft der Vertretbarkeit verleiht".

Sigue sus ejemplos, FRANK, *Ueber den uneigentlichen...*, op. cit., pág. 12, § 3.

coincidir en un mismo objeto, ya que se trata de conceptos distintos.

Y como conceptos distintos parece que los trata el art. 1545 Cc, relativo al objeto del arrendamiento, según el cual "[l]os bienes fungibles que se consumen con el uso no pueden ser materia de este contrato". De la lectura del precepto podemos deducir que hay cosas fungibles que no se consumen por el uso<sup>337</sup>.

## 5.2. El juego de la autonomía de la voluntad en la clasificación de los bienes

En el tratamiento que estamos realizando de la relación entre la consumibilidad y la fungibilidad, hay un tema que con anterioridad sólo se ha apuntado y que ahora debemos abordar. Nos referimos a la relación de la voluntad de las partes con las categorías de cosas que estamos analizando. Se trata, en definitiva, de saber si la intención de las partes puede convertir una cosa consumible en inconsumible y viceversa, o una cosa fungible en infungible y viceversa.

La dependencia de la consumibilidad y la fungibilidad de la naturaleza de las cosas o de la intención de las partes, no es un tema pacífico entre la doctrina. Mientras que un sector doctrinal considera que tanto una como otra categoría de cosas dependen de la naturaleza de las cosas<sup>338</sup>, otros consideran que dependen de la intención de

---

<sup>337</sup> La lectura de este precepto no es pacífica por parte de la doctrina. Mientras unos consideran que el artículo habla de fungibilidad en sentido de consumibilidad (sirva para todos, PUIG FERRIOL en PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, op. cit., pág. 783), otros creen que el art. 1545 Cc parece considerar los bienes consumibles como una clase de los fungibles (por ejemplo, DE CASTRO, *Temas de Derecho...*, op. cit., pág. 51). Es probable que el legislador pensara en la fungibilidad como sinónimo de consumibilidad, pero creemos que debemos darle una interpretación adecuada a nuestra época en el sentido que consumibilidad y fungibilidad constituyen categorías distintas.

<sup>338</sup> En cuanto a la fungibilidad, consideran que depende de la naturaleza de las cosas, CLAVERÍA, comentario al art. 337 Cc, en Ministerio de Justicia, *Comentario...*, op. cit., pág. 933; COVIELLO, *Manuale di diritto...*, op. cit., pág. 253.

las partes<sup>339</sup>, mientras otros adoptan posturas eclécticas haciéndolas depender en parte de la voluntad y en parte de la naturaleza<sup>340</sup>.

Anteriormente nos referíamos a que la consumibilidad depende de la naturaleza de las cosas y del normal destino económico de la cosa estipulado por los usos del tráfico.

Estos usos del tráfico, aunque dependan en última instancia de la voluntad humana, no debemos confundirla con la intención particular de las partes. Los usos del tráfico los crea la sociedad dentro de un contexto económico y social del que no pueden desvincularse. Vienen configurados con el avance tecnológico y la evolución social<sup>341</sup>. En cambio, la intención o voluntad de las partes se ciñe al interés de unos particulares en torno a una relación jurídica concreta. El primero es un criterio objetivo, por ser general, y el segundo subjetivo, en cuanto depende de la voluntad de las partes. La consumibilidad depende de la naturaleza de las cosas y de esos usos del tráfico.

Una cosa que al usarla se destruye, puede permanecer inalterada, es decir, considerarse inconsumible, si las

---

Respecto a la consumibilidad ya tuvimos ocasión de verlo al analizar la "naturaleza adecuada de la cosa".

<sup>339</sup> Consideran que la fungibilidad depende de la voluntad de las partes, MARÍN PÉREZ, voz "bienes", *NEJ*, loc. cit., pág. 356; BAUDRY-LACANTINEIRE, *Précis de Droit...*, op. cit., pág. 750; PINO, "Contributo alla...", loc. cit., pág. 848. En cuanto a la consumibilidad, LATOUR BROTONS, "Estudio del usufructo", loc. cit., pág. 628; ROGUIN, "Des choses fongibles...", loc. cit., pág. 166 y 167; PINO, *idem*.

<sup>340</sup> En relación a la fungibilidad, PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho...*, op. cit., tomo I, vol. II, pág. 305; RUGGIERO y MAROI, *Istituzioni...*, op. cit., pág. 537; BÜRKEL, *Beiträge zur Lehre...*, op. cit., § 2, pág. 17 y 18. A la consumibilidad, BORRELL y SOLER, "Algunas consideraciones sobre la conservación...", loc. cit., pág. 1069; MARTY-RAYNAUD, *Droit...*, op. cit., tomo I, pág. 481; CHIRONI y ABELLO, *Trattato...*, op. cit., pág. 311; BÜRKEL, *Beiträge zur Lehre...*, op. cit., § 2, pág. 16 y 17.

<sup>341</sup> GORDILLO CAÑAS, Antonio, Comentario al art. 1 apartado 3, en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, tomo I, vol. 1º, Madrid, 1992, pág. 241, manifiesta que los «usos jurídicos», "son los que la doctrina venía y continúa llamando usos convencionales, usos o prácticas de los negocios (Geschäftsgebrauch), usos del comercio o del tráfico (Verkehrssitte); esto es: el modo normal de proceder en el mundo de los negocios".



partes deciden no utilizarla según definen sus cualidades particulares. Sería el caso de utilizar una cosa consumible *ad pompam vel ostentationem*, por ejemplo.

Se podría pensar que estamos ante un mal uso, sin embargo, no es así, puesto que han sido las partes quienes han dado ese destino a la cosa. Las partes están facultadas para hacerlo en virtud del art. 1255 Cc, que regula el principio de autonomía de la voluntad. Además, si se constituye un usufructo de cosas consumibles, el art. 470 Cc ampara también la libre voluntad de las partes, pues este precepto preceptúa que "[l]os derechos y las obligaciones del usufructuario serán los que determine el título constitutivo del usufructo; en su defecto, o por insuficiencia de éste, se observarán las disposiciones contenidas en las dos secciones siguientes". Son las partes en primer lugar las que configuran el usufructo y, en virtud de esto, se podrá establecer que el usufructuario tenga derecho a usar una cosa consumible como inconsumible. Es en el caso de que no estipulen nada cuando entran en juego los artículos de las secciones segunda y tercera del Título VI, relativas a los derechos y obligaciones de usufructuario, entre los que figura el art. 482 Cc.

Así pues, es posible que las partes constituyan un usufructo sobre bienes objetivamente consumibles, pero considerados *in concreto* como inconsumibles y por tanto sometido a las reglas del usufructo normal, no a las del usufructo de cosas consumibles (art. 482 Cc).

Sin embargo, hay que advertir que si bien esto es posible en teoría, en la práctica resulta más extraño que suceda, porque supone inutilizar las cosas, que es precisamente lo que trata de evitar el art. 482 Cc. Si las cosas que sólo proporcionan utilidad al consumirlas se consideran inconsumibles, no van a proporcionar utilidad alguna, por lo que habría que cuestionarse entonces qué sentido tiene el usufructo sobre ellas para el usufructuario. Sólo tiene sentido en el supuesto de la utilización de la cosa *ad pompam*, ya que entonces no se está usando conforme a su uso habitual. Por lo tanto, podrá

calificarse de inconsumible cuando las cosas puedan proporcionar otros usos.

Las partes podrán convertir también una cosa inconsumible en consumible, ya que estamos hablando de la libertad de estipulación de la voluntad, no de la naturaleza de los bienes. Sería el caso de destinar unas sillas para hacer leña.

Si consideráramos que puede consumirse una cosa enajenándola, entonces la intención de las partes también podría convertir una cosa inconsumible en consumible, puesto que se conseguiría con la simple salida de nuestro patrimonio al enajenar la cosa<sup>342</sup>. Sin embargo, ya pusimos de manifiesto que no puede considerarse como consumición la enajenación.

En cuanto a los bienes fungibles, su sustituibilidad depende también de una cualidad objetiva de la cosa, resultado de los usos del tráfico. La intención de las partes no será suficiente para considerar fungibles dos cosas que por su naturaleza no se presten a ello; es preciso que la cosa pueda estimarse en peso, número o medida, pues es la naturaleza de las cosas y no la intención de las partes, lo que hace que pueda medirse por unidades equivalentes<sup>343</sup>.

En cambio, tratar como infungible una cosa fungible sí será posible por la voluntad de las partes si se toma en consideración la cosa de un modo individual y particular.

---

<sup>342</sup> La doctrina que incorpora la enajenación en la definición de cosas consumibles, considera que puede convertirse una cosa inconsumible en consumible, así, y sirva para todos, PLANIOL y RIPERT, *Traité pratique...*, op. cit., pág. 64, n. 60: "une chose non consommable, d'après son usage ordinaire, peut exceptionnellement être consommée. La personne qui prête un livre pour le lire a le droit d'exiger qu'on lui rende l'exemplaire même qu'elle a prêté, mais le libraire qui fait prendre un livre chez son confrère pour n'en pas manquer la vente, peut se libérer en restituant un autre exemplaire de la même édition; le même objet peut donc être considéré comme étant tour à tour consommable et non consommable".

En cuanto a la manera de convertir la cosa inconsumible en consumible, SIRINELLI, "Le quasi-usufruit (suite et fin)", *loc. cit.*, pág. 7, n. 33, considera que puede hacerse de una manera expresa, si se permite vender la cosa, o tácita, si se estima la cosa.

<sup>343</sup> PLANIOL y RIPERT, *Traité pratique...*, op. cit., pág. 63, n. 60.

Podemos concluir, pues, que tanto la consumibilidad como la fungibilidad dependen de características objetivas y de los usos del tráfico, aunque la voluntad de las partes, en las relaciones jurídicas, puede incidir en la configuración de la consumibilidad y la fungibilidad. Pero deberán supeditarse, sin embargo, a la naturaleza de las cosas.

## 6. El objeto del art. 482 Cc

En el art. 482 Cc el término bienes consumibles está sustituido por una expresión que hemos considerado como la descripción legal de la categoría de las cosas consumibles. Por lo tanto, en él se regula el usufructo de cosas consumibles, es decir, el usufructo relativo a las cosas que se destruyen por el uso. Así se ha reconocido por la mayoría de la doctrina<sup>344</sup>.

El artículo 337 Cc determina las cosas consumibles, y el art. 482 Cc, aplica a este tipo de bienes un régimen jurídico especial respecto al usufructo común dada la especialidad del objeto. Pero no establece un régimen general y único para los bienes consumibles, pues sólo es un régimen "de usufructo" distinto del común. Por ello el

---

<sup>344</sup> La doctrina es prácticamente unánime en considerar que la consumibilidad no es objeto de usufructo común sino que está sometida a ciertas especialidades recogidas en el art. 482 Cc; así, sirvan para todos, en España, CLAVERÍA, comentario al art. 337 Cc, en Ministerio de Justicia, *Comentario...*, op. cit., pág. 933. En Francia, HUMBERT, *Essai sur la fungibilité...*, op. cit., pág. 48. En Italia (Codice 1865), RUGGIERO, *Istituzioni...*, op. cit., pág. 435; (Codice 1942) SANTORO-PASSARELLI, Francesco, *Dottrine generali del Diritto civile*, Napoli, 1954, pág. 47. Hay que advertir, por lo que se refiere a Italia que el Codice civile de 1865, en su art. 483 empezaba con una definición similar a la nuestra: "[s]e l'usufrutto comprende cose delle quali non si possa far uso senza consumarle", en cambio el actual art. 995 del Codice, usa el término: "[s]e l'usufrutto comprende cose consumabili".

Como pone de manifiesto KOHLER, "Der Dispositionsnießbrauch", en *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts (JhJb)*, herausgegeben von Ihering, Regelsberger und Schröder, Vierundzwanzigster Band, neue Folge XII. Band, Jena, 1886, pág. 234: "Allerdings ist das Charakteristikum des Quasiusufrukten nicht die Fungibilität, sondern die Consumtibilität".



régimen del art. 482 Cc, salvo razón de analogía, no es aplicable a otras instituciones<sup>345</sup>.

Las monografías existentes en torno al usufructo de cosas consumibles, al establecer el objeto de este tipo de usufructo, consideran que no se reduce solamente a las cosas consumibles. Mantienen la tesis de que el usufructo impropio puede tener lugar tanto en cosas consumibles como inconsumibles. Incluso alguno de ellos es partidario de que las cosas consumibles puedan ser objeto de un usufructo propio<sup>346</sup>.

---

<sup>345</sup> GETE-ALONSO y CALERA, *Estructura y función...*, op. cit., pág. 369, parte de la defensa de un régimen propio de las cosas consumibles que entra en juego de forma automática cuando se someten dichos bienes a determinadas instituciones. En unos casos la ley lo prevé -como sucede en el caso de someterse a usufructo, art. 482 Cc-, en otros, cuando para el contrato en concreto no se haya previsto una cosa consumible, podrá hablarse de un nuevo tipo contractual -atípico- o de tipo secundario en relación al originario. Así pues, es lo general -régimen jurídico de la consumibilidad- lo que se aplica a lo particular -en este caso el usufructo-, y no a la inversa.

<sup>346</sup> HELD, *Die Lehre vom "Usufructus earum rerum...*, op. cit., pág. 39, considera que pueden ser objeto de cuasi-usufructo las cosas no consumibles si esa es la intención de las partes, en tal caso se restituirá una cosa similar o la estima. El autor es partidario de que sobre una cosa consumible sólo es posible configurar un cuasi-usufructo, en cambio, las cosas no consumibles pueden ser objeto de un usufructo normal o un cuasi-usufructo. Para el autor (pág. 38), la clasificación de las cosas consumibles o no consumibles depende "theils auf die Sitte, theils auf die Absicht der Contrahenten".

HANAUSEK, *Die Lehre vom uneigentlichen...*, op. cit., § 3, pág. 15, en cambio, expresa que las cosas consumibles y las no consumibles pueden ser objeto tanto de un usufructo propio como de un cuasi-usufructo. Al definir la consumibilidad (pág. 14) manifiesta que en una relación obligacional las cosas consumibles pueden venir determinadas como especie y las cosas no consumibles como género.

Por otra parte, BÜRKELE, *Beiträge zur Lehre...*, op. cit., § 1, pág. 6 y 7, manifiesta que el usufructo propio tiene lugar en cosas no consumibles y el usufructo impropio en cosas consumibles. Sin embargo, la postura del autor no nos queda tan clara cuando analiza la definición de las cosas consumibles (págs. 8 ss), pues considera que una cosa inconsumible (Schaustellung) puede ser tratada como consumible si se somete a un usufructo impropio, añadiendo (pág. 16 y 17) que "[d]iese Rechtsverhältnisse find aber dann technisch nicht als eigentlicher und uneigentliche Nießbrauch zu benennen, da diese Ausdrücke nur zur Bezeichnung des gewöhnlichen der Natur der Sache entsprechenden, wenn auch nur theilweisen Gebrauches zu verwenden find" y critica por incorrecta la teoría de HELD en la nota 1 de la pág. 16: "[u]nrichtig behauptet HELD, daß an verbrauchbaren Sachen immer nur ein Quasiusufructus, an nicht verbrauchbaren Sachen aber sowohl verus als quasi-usufructus möglich sei".

FRANZ, *Ueber den uneigentlichen...*, op. cit., pág. 13, en la pág. 11, adopta la postura de HELD, y considera que una cosa consumible no puede ser objeto de usufructo propio. En cuanto a las

Consideramos que atribuir el régimen del art. 482 Cc a cosas no consumibles no es lo más adecuado. Aunque es evidente que la autonomía de la voluntad puede establecer un pacto en este sentido. Sin embargo, en este caso no podríamos hablar propiamente de un usufructo de cosas consumibles. Lo que las partes harían con ello es aplicar el régimen jurídico del art. 482 Cc referente a las cosas consumibles a otro tipo de bienes, pero no por eso, estos bienes se convertirían en consumibles.

Por lo tanto, todo parece indicar que el art. 482 Cc se limita a las cosas consumibles.

Sin embargo, si el inicio del art. 482 Cc es lo suficientemente claro como para deducir que se trata de cosas consumibles, al final del precepto, al establecer el modo de restitución, se amplía este objeto.

El artículo estipula que en caso de estimación de las cosas se restituya este importe. En cambio en caso de no existir estimación se concede al usufructuario un derecho de elección entre restituirlos en "igual cantidad y calidad o pagar su precio corriente".

Si una cosa consumible se usa adecuadamente a su naturaleza se destruye y desaparece. La restitución debería ser la estimación o el valor de esa cosa destruida. Así se regula en el § 1067 BGB, según el cual el usufructuario, al terminar el usufructo ha de indemnizar al constituyente el valor que dichas cosas tenían al tiempo de la constitución del usufructo<sup>347</sup>.

Sin embargo, el art. 482 Cc, en caso de no haberse estimado los bienes concede la facultad de entregar un

---

cosas no consumibles, cree que pueden ser objeto de usufructo propio y cuasi-usufructo. El quasi-usufructo, por lo tanto, tiene lugar en cosas consumibles y en las no consumibles, si así lo determinan las partes.

<sup>347</sup> § 1067 BGB: "Sind verbrauchbare Sachen Gegenstand des Nießbrauch, so wird der Nießbrauch Eigentümer der Sachen; nach der Beendigung des Nießbrauchs hat er dem Besteller den Wert zu ersetzen, den die Sachen zur Zeit der Bestellung hatten. Sowohl der Besteller als der Nießbraucher kann den Wert auf seine Kosten durch Sachverständige feststellen lassen.

Der Besteller kann Sicherheitsleistung verlangen, wenn der Anspruch auf Ersatz des Wertes gefährdet ist".

*tantundem* -"igual cantidad y calidad"- o el precio corriente. Si puede restituirse un equivalente es que las cosas consumibles son a la vez fungibles, es decir, el legislador introduce el régimen de la fungibilidad en un precepto que se refiere a las cosas consumibles. El art. 482 Cc concede una opción de restituir un equivalente, pero sólo en el caso que la cosa sea a la vez fungible<sup>348</sup>.

Podemos deducir de esto que el precepto se refiere a las cosas consumibles -*stricto sensu*, podríamos decir- y a las consumibles que a la vez son fungibles. Del artículo se intuye que el régimen jurídico de la consumibilidad es restituir el valor de la cosa destruida por el uso. Es lo lógico si tenemos presente que no todas las cosas consumibles tienen que ser fungibles.

Sin embargo, se mezcla el régimen jurídico de la fungibilidad -restituir un equivalente- con el de la consumibilidad -restituir el precio corriente- cuando no se hayan estimado las cosas. Lo primero que deducimos de ello es que se diferencian las cosas consumibles de las fungibles, puesto que si se tratara de lo mismo, no se posibilitaría restituir la estimación, ya que como cosa fungible siempre existiría un equivalente. Ahora bien, dada la gran cantidad de cosas que son consumibles y a la vez fungibles, el legislador da opción en estos casos, y siempre que no exista estimación de las cosas, elegir entre el régimen de la fungibilidad -restituir el *tantundem*- o el de la consumibilidad -restituir el valor a través del precio corriente-.

La fungibilidad juega subsidiariamente, en el sentido de que entra en juego en el caso de que no exista estimación y no lo hace con exclusividad sino en régimen alternativo con la consumibilidad.

---

<sup>348</sup> HUMBERT, *Essai sur la fongibilité...*, op. cit., pág. 49, refiriéndose al equivalente de nuestro precepto 482 Cc en Francia, considera que "la solution de l'article 587 prouve que le Code impose le caractère de fongibilité aux choses consommables soumises à l'usufruit lorsque l'estimation n'es a pas été faite". Sin embargo, no consideramos que el Código "imponga" el carácter fungible a las cosas consumibles, sino que dada la frecuencia de cosas consumibles que a la vez son fungibles, el legislador concede esta facultad de opción al usufructuario.

Observamos que existe una relación secante entre la consumibilidad y la fungibilidad. Hay un conjunto de cosas en que las dos categorías coinciden y queda reflejada, legalmente, en el art. 482 Cc.

Sin embargo, si consideramos que el art. 482 Cc se refiere tanto a las cosas consumibles *stricto sensu* como a las cosas consumibles que a la vez son fungibles, ¿es posible constituir un usufructo de cosas fungibles no consumibles?

Sobre esta posibilidad hay diversas posturas. No faltan autores que consideran que en el régimen del usufructo de cosas consumibles (art. 482 Cc) cabe también el de las cosas fungibles<sup>349</sup>. Otros, en cambio, son partidarios de establecer un usufructo propio cuando se trata de cosas fungibles no consumibles<sup>350</sup>.

El art. 499 Cc, relativo al usufructo de rebaño, quizás pueda aportar alguna idea puesto que usa el vocablo "fungible". El último párrafo establece que "[s]i el usufructo fuere de ganado estéril, se considerará, en cuanto a sus efectos, como si se hubiese constituido sobre cosas *fungibles*".

En el Proyecto de 1851 no se contemplaba este supuesto. Fue IGÓN quien sugirió la necesidad de establecer un nuevo párrafo que estableciera que "siendo improductivo el ganado se considerará como cosa fungible"<sup>351</sup>. Por lo tanto, no existen antecedentes a los que acudir.

---

<sup>349</sup> A pesar de definir correctamente la consumibilidad y la fungibilidad como tuvimos ocasión de analizar, KELLER, *Pandekten...*, op. cit., pág. 382, § 174, tras decir que entre el usufructo propio y el "cuasi-usufructo" existen diferencias, en cuanto a este último manifiesta: "[d]asselbe fand zunächst seine Anwendung: a) auf die verzehrlichen und fungiblen Sachen".

<sup>350</sup> HUMBERT, *Essai sur la fongibilité...*, op. cit., pág. 48 y 49: "l'acte par lequel une personne serait autorisée à jouir d'une chose non consommable, à charge d'en rendre une autre de pareilles qualité et quantité (ce qui suppose qu'il s'agit, au moins dans l'esprit des parties intéressés, d'une chose fungible), ne serait pas un quasi-usufruit, puisqu'il ne s'agirait pas d'une chose consommable, mais un prêt ou un échange. L'usufruit des choses fongibles est soumis aux règles ordinaires de l'usufruit".

<sup>351</sup> MALUQUER DE MOTES, *Los conceptos de "sustancia", "forma" y "destino"...*, op. cit., pág.76. Esta sugerencia de IGÓN surgió tras la

Si observamos el art. 499 cc, vemos que la idea de fungibilidad late en los diversos apartados. En ninguno de ellos se reconoce la necesidad de restituir el valor de la cosa (los animales en este caso). El primer párrafo habla de reemplazar por las crias las cabezas que mueren anual y ordinariamente o falten por la rapacidad de animales dañinos. Por lo tanto se restituye un equivalente, típico de la fungibilidad<sup>352</sup>.

El segundo y el tercer apartado, regulan la pérdida de ganado total o parcial por caso fortuito o fuerza mayor, afirmando que en caso de perecimiento total se restituirán los "despojos", y en el supuesto de perecimiento parcial, el usufructo continuará "en la parte que se conserve". Por lo que el usufructuario no corre con ese riesgo y no precisará restituir el equivalente.

En cuanto al ganado estéril, el último párrafo remite al usufructo sobre cosa fungible. ¿A qué se refiere?, Para ser consecuentes con el precepto, y con la utilización de la palabra "fungible", habría que suponer que el ganado estéril que muera anual y ordinariamente habrá de restituirse por otros animales de la misma especie y calidad, no por su valor, puesto que el rebaño perdería su sustancia.

La utilización de la palabra "fungible" en este precepto ha despertado opiniones de todo tipo. Mientras que para unos, al relacionarlo con el art. 482 cc, consideran que es un claro ejemplo de la distinción entre ambas

---

intervención de GAMAZO en que consideraba "la imposibilidad de aplicar la regla de la conservación de la sustancia por medio del establecimiento de la obligación de reemplazo, ya que siendo estéril el ganado difícilmente podría llevarse a cabo su reemplazamiento por medio de las crias". Además de una razón de utilidad y provecho, que es el sentido del usufructo.

<sup>352</sup> En cuanto a este primer apartado, DORAL GARCÍA, Comentario al art. 499 Cc, en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales...*, op. cit., tomo VII, vol. 1, pág. 329, afirma que "[s]e trata de una excepción tanto al principio de que sin culpa no hay responsabilidad, art. 1105, puesto que el usufructuario es responsable del caso fortuito, de las cabezas que falten por la rapacidad de animales dañinos, como al principio de que todos los frutos pertenecen al usufructuario, artículo 471".

categorías<sup>353</sup>, para otros supone una perpetuación de la confusión del art. 337 Cc y una remisión al art. 482 Cc<sup>354</sup>.

MALUQUER DE MOTES, tras un estudio de los trabajos preparatorios del Código civil, pone de manifiesto la utilización indebida de la expresión "fungible" en el precepto 499-4 Cc, y afirma que "[e]l vocal Sr. Igón pretendía atribuir al supuesto contemplado la condición de bien consumible, porque entendía que el uso de la misma daría lugar a su destrucción y que por ello, ante la imposibilidad de devolución, tendría que ser devuelta por cualquiera de los mecanismos propios, ya sea por el *tantundem* u otro tanto de la misma especie y calidad, o por medio de la valoración mediante el pago del dinero ya fuera al principio o al final"<sup>355</sup>.

La verdad es que, en cuanto al contenido, el art. 499-4 Cc refleja un usufructo más gravoso que beneficioso para el usufructuario. Estamos ante bienes que tienen diversos usos o posibilidades de disfrute; no es imprescindible consumirlos para obtener algún provecho conforme a su naturaleza (por ejemplo, las ovejas, a pesar de su

---

<sup>353</sup> Anteriormente ya hicimos referencia a este artículo al pretender afirmar que el legislador conocía la diferencia entre ambas categorías de cosas; cabe añadir que CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil...*, op. cit., tomo primero, vol. II, pág. 591, advierte que a pesar de la confusión existente en el art. 337 Cc, "en algunos artículos, sin embargo, parece vislumbrarse la exacta distinción entre la consumibilidad y la fungibilidad (véase art. 482, en paragón con el 499, ap. 4º)"; SILLERO CROVETTO, B., voz "cosa consumible (Dº Civil)", en *Enciclopedia Jurídica Básica (EJB)*, tomo II, Madrid, 1995, pág. 1756.

<sup>354</sup> ZORRILLA RUIZ, M. Mª, en las ediciones de conversión al Derecho español en CARBONNIER, Jean, *Derecho civil*, tomo II, vol. I, Barcelona, 1960, pág. 110, indica que "[e]l art. 482 Cc configura como objeto de usufructo aquellas "cosas que no se puedan usar sin consumirlas" (aunque el art. 499 IV Cc regrese a la impropia terminología empleada para las definiciones)"; DE BUEN, voz "usufructo", en *EJE*, op. cit., pág. 601: "[s]i el ganado es estéril se considerará en cuanto á sus efectos, como si se hubiese constituido sobre cosa fungible. Regirá entonces el art. 482"; DORAL GARCIA, Comentario al art. 499 Cc, en *Comentario al Código civil y compilaciones forales...*, op. cit., tomo VII, vol. I, pág. 330: "[e]n este caso se constituye un cusi-usufructo, usufructo de cosas cosumibles"; RIVERO HERNÁNDEZ, en LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos...III*, op. cit., vol. segundo, pág. 72.

<sup>355</sup> MALUQUER DE MOTES, *Los conceptos de "sustancia", "forma" y "destino"....*, op. cit., pág. 77.

esterilidad, dan leche, lana, estiercol, etc.); lo que ocurre es que la utilidad más importante según los criterios objetivos del tráfico jurídico, dada su esterilidad, es la de consumirlos.

A tenor del art. 499-1 Cc, si el ganado es fértil, el usufructuario puede quedarse con las crías que queden, una vez reemplazadas con ellas las bajas producidas. En cambio, cuando se trata de ganado estéril, al aplicar el primer párrafo del art. 499 Cc, supone colocar al usufructuario de ganado estéril en una situación más gravosa que el usufructuario de un ganado no estéril, pues a pesar de no tener crías, tendría que reemplazar las bajas. Es por ello que la doctrina considera más oportuno aplicar en este caso el régimen de las cosas deteriorables (art. 481 Cc) que el de las cosas consumibles<sup>356</sup>.

Así pues, si el art. 499-4 Cc es una remisión al art. 482 Cc, queda aun vigente nuestra duda en torno a la posibilidad de constituirse un usufructo sobre cosas puramente fungibles, o lo que es lo mismo, fungibles no consumibles. Sin embargo, antes de contestar esta duda, quizás sea conveniente hacer un estudio de la naturaleza y régimen jurídico del usufructo regulado en el art. 482, por lo que posponemos esta cuestión para otro momento<sup>357</sup>.

---

<sup>356</sup> MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil...*, op. cit., tomo IX, pág. 389; DORAL GARCÍA, Comentario al art. 499 Cc, en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales...*, op. cit., tomo VII, vol. 1, pág. 330; MALUQUER DE MOTES, *Los conceptos de "sustancia", "forma" y "destino"...*, op. cit., pág. 78.

<sup>357</sup> El tema de la posibilidad de ceder en usufructo cosas fungibles será tratada en el epígrafe 6 del capítulo IV-I.





## Capítulo III

El derecho

"El usufructuario tendrá  
derecho a servirse de ellas"



## I.- El contenido del derecho del usufructuario

### 1. El "*derecho*" del usufructuario de cosas consumibles

El estudio del objeto del usufructo regulado en el art. 482 Cc, ha servido para delimitar cuándo estamos ante un usufructo de cosas consumibles. Tras ello es preciso abordar las consecuencias que sobre la configuración del usufructo provoca el hecho de constituirse sobre unos objetos de tales peculiaridades. Y lo primero que debemos estudiar es el alcance del derecho concedido al usufructuario.

El art. 482 Cc otorga al usufructuario el "*derecho de servirse de ellas*" (de las cosas que no se pueden usar sin consumirse)<sup>358</sup>.

Para desentrañar el contenido de dicho derecho, ya que nos hallamos en sede de usufructo, puede ser oportuno analizar por qué el art. 467 Cc habla del "*derecho de disfrute*" y el art. 482 Cc del "*derecho a servirse*", y estudiar qué consecuencias se derivan de ello. No pretendemos realizar un estudio exhaustivo del art. 467 Cc, sino utilizarlo para delimitar el derecho reflejado en el art. 482 Cc.

---

<sup>358</sup> El articulado del Código recoge en pocas ocasiones la locución "*servirse de*": lo hace en sede de comunidad de bienes (art. 394 Cc), de sociedad (art. 1695-2 Cc), de contrato de depósito (arts. 1767 y 1768 Cc), y de responsabilidad por daños causados por un animal (art. 1905 Cc).

Los proyectos del Código civil utilizaron diversas expresiones: en el Proyecto de 1836, el art. 824 manifiesta que "[e]n cuanto a las cosas de que no puede hacerse uso sin consumirlas, el usufructuario tiene el derecho de *disfrutarlas*"; el Proyecto de 1851, en su art. 444 expresa que "[e]l usufructuario de bienes fungibles puede usar *libremente de ellos y consumirlos*"; y en el Anteproyecto de 1882 presentado a las Cortes por Alonso Martínez, el art. 486 dice (igual que el actual art. 482 Cc) que "[s]i el usufructo comprendiera cosas de las que no se puede usar sin consumirlas, el usufructuario tendrá *derecho a servirse de ellas*".

El hecho de que el legislador contemple expresamente el "derecho a servirse" de cosas consumibles puede explicarse desde dos perspectivas en absoluto incompatibles:

1.- En primer lugar, lo que pretende el legislador al manifestar que el usufructuario de una cosa consumible tiene *derecho a servirse de ellas*, es reconocer este tipo de usufructo, es decir, admitir el usufructo de cosas consumibles, posibilitando al usufructuario someter estas cosas al régimen del usufructo. El art. 482 Cc también hubiera podido decir que aquellas cosas que no se puedan usar sin consumirlas, pueden someterse a usufructo, usufructuarse o disfrutarse. Esta finalidad del art. 482 Cc era mucho más evidente en la redacción de su precedente, el art. 444 del Proyecto de 1851.

Dada la peculiaridad de este tipo de cosas que requieren un régimen especial que se aleja e incluso contradice el esquema general del usufructo (piénsese, por ejemplo, en el hecho de que no se restituye la misma cosa sino un equivalente), no resultaría fácil admitir que pudieran someterse a la institución del usufructo, si no existiera un expreso reconocimiento legal. Pues bien, es el art. 482 Cc y el inciso final del art. 467 Cc -posterior a la redacción del art. 482 Cc, pues se añadió en la segunda edición del Código- los que dan carta de naturaleza a este tipo de bienes para someterlos a dicha institución: el art. 467 *in fine* por permitir una excepción al principio *salva rerum substantia* y el art. 482 Cc por regular expresamente el usufructo de cosas consumibles.

2.- En segundo lugar, la locución "*servirse de*" refleja el contenido del derecho del usufructuario de una cosa consumible. Un contenido que debe relacionarse, como ya hemos dicho, con el derecho de disfrute que concede el art. 467 Cc a todo usufructuario, para poder comprobar, de este modo, si *servirse* y *disfrutar* son lo mismo.

## 2. Alcance y límites del contenido del derecho del usufructuario de cosas consumibles

Si partimos de la idea de que el art. 482 Cc lo que hace es permitir o reconocer el usufructo de cosas consumibles, debemos intentar encajarlo en el régimen general del usufructo. La primera duda que se nos plantea es saber si el usufructuario de cosas consumibles está sometido a algún límite en cuanto al contenido de su derecho.

A primera vista, parece que el usufructuario de una cosa consumible tiene un derecho de disfrute pleno. Es decir, mientras que el art. 467 Cc concede a todo usufructuario el disfrute de los bienes pero sometido a dos límites, conservar la forma y la sustancia y restituir la misma cosa al finalizar el derecho, el usufructuario de una cosa consumible, por su parte, tendría plena libertad de uso, disfrute y disposición sobre la cosa en la medida que no debe respetar la forma y la sustancia -ello es imposible si consume efectivamente, y es por tal motivo por lo que se excusa en el inciso final del art. 467 Cc-<sup>359</sup>. Además a lo único que se le obliga es a restituir no la misma cosa sino un equivalente, lo que, en cierto modo, no es una limitación sino la admisión de la amplitud del derecho, puesto que se le permite un libre y absoluto disfrute de la cosa, ya que en todo caso lo que debe restituir es un equivalente, otra cosa.

---

<sup>359</sup> La práctica unanimidad de la doctrina española del siglo XIX era partidaria de que el usufructo de cosas consumibles concedía al usufructuario el derecho de usar de la cosa consumible a su arbitrio pero con la obligación de restituir el equivalente. Así, GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Códigos ó Estudios fundamentales...*, op. cit., pág. 620, manifiesta que "el usufructuario puede usar de ellas á su libre albedrío"; SÁNCHEZ DE MOLINA BLANCO, *El Derecho civil...*, op. cit., art. 494: "[t]ambién puede disponer y usar á su arbitrio el usufructuario, de los bienes que se consumen por el uso"; ESCRICHE, *Diccionario razonado...*, op. cit., voz usufructuario, "puede el usufructuario servirse de ellas a su arbitrio"; VISO, *Lecciones elementales...*, op. cit., pág. 80: "[d]e éstas podrá servirse á su arbitrio". Además, el propio Proyecto de 1851, en su art. 444 establecía que el usufructuario de bienes fungibles "puede usar libremente de ellos".

Y se debe restituir un equivalente porque se trata de cosas cuyo uso supone el consumo o destrucción, por lo que no pueden *servando servari*, es decir, usarse y conservarse intactas a la vez<sup>360</sup>. Tuvimos oportunidad de ver que los autores del *ius commune* por el hecho de que al usarse estas cosas desaparecían, consideraban que había abuso: se hablaba de "uso" cuando al usar una cosa perduraba y de "abuso" cuando al usarse desaparecía.

Si como hemos dicho, el usufructuario de cosas consumibles no debe conservar la forma y la sustancia de la cosa, tampoco estará sometido, por lo tanto, al límite establecido en el art. 497 Cc: "[e]l usufructuario deberá cuidar las cosas dadas en usufructo como un buen padre de familia"; ya que la finalidad de tal diligencia no es otra que la de respetar la forma y la sustancia de la cosa cuando el usufructuario tiene un poder directo sobre la misma<sup>361</sup>.

Además, el art. 482 Cc, al manifestar simplemente que el usufructuario tiene derecho a "servirse de las cosas consumibles", no califica o describe el uso, como hace, por ejemplo, en el art. 481 Cc, referente a las cosas deteriorables, en el cual sí se califica el uso puesto que considera que "el usufructuario tendrá derecho a servirse de ellas *empleándolas según su destino*". Siguiendo a BADOSA COLL, el uso al que se refiere el art. 481 Cc es el "uso según destino", lo que supone "una limitación (excepcional) del tipo de uso permitido al usufructuario, limitación que

---

<sup>360</sup> Así se expresaron, entre otros, ARETINUS, *Commentaria, sive lectura...*, op. cit., "De usufructu", fol. 70, n. 2, en la glosa a las Inst., lib. II, tit. IV (De usufructu), § 2 (Constituitur): "pecunia est rebus quae servando servari non possunt", CASTILLO DE SOTOMAYOR, *Quotidianorum controversiarum...*, op. cit., lib. I, cap. XVII, n. 6, fol. 104v: "quae usu ipso naturaliter consumuntur, & servando servari non possunt", así como n. 9, fol. 105r y n. 31, fol. 108v; URSILLUS, Caesar, segunda anotación a la Decisio CCCXLII de AFFLICTIS, Matthaeus de, *Decisionum sacri regii Neapolitani Consilii*, Lugduni, 1608, pág. 562: "quae usu consumuntur, & sic servando servari non possunt".

<sup>361</sup> BELUCHE RINCÓN, Iris, *La relación obligatoria de usufructo*, Madrid, 1996, pág. 113. Posteriormente, al analizar las obligaciones del usufructuario de cosas consumibles, se tratará con más detenimiento esta necesidad de "cuidado" por parte del usufructuario.

nace de la peculiar naturaleza (deteriorable) de la cosa"<sup>362</sup>.

Así pues, el art. 482 Cc no limita el uso como hace el art. 481 Cc -"uso según destino"-, de ahí la gran amplitud del derecho<sup>363</sup>.

El único límite al que está sometido el usufructuario de cosas consumibles es al de restituir un equivalente al finalizar su derecho. No tiene límites como los que pueda tener un usufructuario común porque aquellos no son otros que los encaminados a garantizar al nudo propietario la restitución de la misma cosa manteniendo a salvo su forma y sustancia. Por lo tanto, al no haber límites, no se puede obligar al usufructuario a usar o disfrutar las cosas de una determinada manera. Tiene la necesaria libertad para decidir qué hacer con este tipo de cosas o cómo y cuándo consumirlas<sup>364</sup>.

Al nudo propietario no le importa si consume o no, ni cómo consume el usufructuario, lo único que le interesa es que se le restituya un equivalente, pues así es como queda protegido su derecho. El usufructuario tiene una libertad

---

<sup>362</sup> BADOSA COLL, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Bolonia, 1987, págs. 628 y 629. El autor continúa diciendo que "[e]l uso lícito, es decir, el no generador de responsabilidad, cuando tenga que aplicarse al usufructo de cosas deteriorables, tendrá pues, una triple limitación: el respeto a la forma y a la sustancia de la cosa, el uso según destino, y el uso como buen padre de familia".

<sup>363</sup> En cambio, el art. 207-1 del libro tercero del nuevo Código civil holandés (derecho patrimonial) afirma que "[e]en vruchtgebruiker mag de aan het vruchtgebruik onderworpen goederen gebruiken of verbruiken overeenkomstig de bij de vestiging van het vruchtgebruik gestelde regels of, bij gebreke van zodanige regels, met inachtneming van de aard van de goederen en de ten aanzien van het gebruik of verbruik bestaande plaatselijke gewoonten"; cuya traducción, siguiendo a VAN REIGERSBERG VERSLUYS, Juan Guillermo, *Derecho patrimonial Neerlandes*, Malaga, 1996, sería: "[u]n usufructuario puede usar o consumir los bienes sujetos al usufructo de acuerdo con las reglas puestas en la constitución del usufructo o, a falta de tales reglas, tomando en consideración la naturaleza de los bienes y las costumbres locales existentes con respecto al uso o consumo".

<sup>364</sup> Así, por ejemplo, el uso típico del arroz es emplearlo en las artes culinarias, pero socialmente tiene otro uso como es el destinarlo a la celebración de una boda; o las manzanas que a parte de su usual destino al consumo humano, pueden retirarse del mercado destruyéndolas con el fin de conseguir una subvención, venderse para hacer sidra, etc.

de uso o disfrute absoluta, hasta el punto de que puede hacer lo que quiera con el bien pero siempre deberá restituir un equivalente<sup>365</sup>.

Sin embargo, debemos señalar el carácter relativo de esta libertad sin límites que atañe al usufructuario, en el sentido de que hoy es casi imposible encontrar un derecho sin límites y con carácter absoluto. El abuso del derecho actúa como límite en el ejercicio de todo derecho, y por muy amplia que sea la libertad de actuación del usufructuario respecto a los bienes, no está amparado jurídicamente el uso antisocial de los mismos<sup>366</sup>.

### 3. Facultades y obligaciones del usufructuario de cosas consumibles

Planteada a grandes rasgos la amplitud que tiene el contenido del derecho del usufructuario de cosas consumibles, a continuación es preciso verificar la

---

<sup>365</sup> PUGLIESE, *Usufrutto...*, op. cit., pág. 656, n. 154, afirma que en el caso de un usufructo de cosas consumibles "nessun limite è stabilito e nessun controllo è possibile".

Es significativa, al respecto, la tradición en torno a la Torre del Arco del Reloj del pueblo de Toro en Zamora, en cuanto indica que para su construcción se usó vino en la argamasa en vez de agua debido a la escasez de agua en aquellas tiempos, Cfr. ÁLVAREZ, J., *Toro*, Valladolid, 1973, pág. 26. Es evidente que el vino se consumió, aunque no de una forma adecuada a su naturaleza, por lo que si se hubiera constituido un usufructo sobre el vino, el nudo propietario lo único que querría es que le fuera restituido un equivalente al finalizar el usufructo, sin importarle el destino de los bienes: que se hubiese bebido el vino o que lo hubiese usado para la construcción.

<sup>366</sup> HUMBERT, *Essai sur la fongibilité...*, op. cit., pág. 92, en torno al abuso considera que "[e]n ce qui concerne l'extinction par abus de jouissance, on admet qu'elle ne peut frapper l'usufruitier des choses consommables, lequel, dit-on, a le droit de faire de la chose tout ce qu'il lui plaira, puisqu'il y a eu transfert de propriété. Nous estimons cependant que c'est une solution un peu trop absolue; il y a toujours place, croyons-nous, pour la théorie de l'abus des droits: si l'on admet qu'il peut y avoir abus du droit de propriété, à plus forte raison doit-on reconnaître qu'il peut y avoir abus de jouissance dans le cas d'un quasi-usufruit: sans doute, l'usufruitier peut user et abuser de l'objet de son droit, mais seulement dans la mesure où cet usage et cette aliénation (qui se confondent) sont conformes à la destination normale de cet objet".



realidad de tal afirmación. El régimen jurídico del usufructo de cosas consumibles, los derechos y obligaciones concernientes al usufructuario y al nudo propietario, está contenido en el art. 482 Cc. Aun así, parece oportuno analizar si otras obligaciones de la regulación del usufructo común son aplicables al usufructo de cosas consumibles, aunque sea por unidad de fundamento o por una aplicación analógica de tales normas.

Como veremos, muchas de estas facultades del usufructuario común, dada su finalidad, se alejan de las perspectivas de un usufructuario de cosas consumibles. Y dicho alejamiento se debe a que ambas formas de usufructo tienen regímenes diferentes. El régimen jurídico que desarrolla el Código en los arts. 467 Cc y siguientes, está pensado básicamente para el usufructo común, en el cual, todo gira en torno a la protección del nudo propietario de cara a la restitución del mismo bien entregado en usufructo.

Ante el estudio de las facultades y obligaciones del usufructuario, hay que tener presente el art. 470 Cc. Según éste, tratándose de un usufructo voluntario, habrá que estar en primer lugar al título constitutivo y en su defecto a las facultades y obligaciones estipulados en la sección segunda y tercera del Capítulo primero, Título VI, Libro II. Sin embargo, hay que precisar que en dichas secciones no se hallan todas las facultades y obligaciones, así, por ejemplo, no se reconoce expresamente la facultad de poseer del usufructuario.

Prescindiremos del análisis de las facultades y obligaciones imposibles de aplicar al usufructo de cosas consumibles dada la especialidad del objeto a que van dirigidos (por ejemplo, los usufructos especiales, arts. 483, 484, etc., u obligaciones que recaen sobre un usufructo de fincas) y nos centraremos en las restantes.

### 3.1. Las facultades del usufructo común aplicables al usufructuario de cosas consumibles

#### 3.1.1 La facultad de poseer

Como pone de manifiesto ALONSO PÉREZ, "[l]a posesión nos sitúa en una relación imprescindible con las cosas (o con los derechos) para usarlas, disfrutarlas y satisfacer las necesidades humanas más primarias"<sup>367</sup>. Por lo tanto, la primera facultad de todo usufructuario, como base de las demás facultades será conseguir la posesión del objeto que ha de usufructuar<sup>368</sup>.

Sin embargo, la facultad de poseer no ha sido tan evidente a lo largo de la historia jurídica. Así, en el usufructo romano clásico, el usufructuario no tenía un *ius in corpore*, sino sólo un derecho de usar y disfrutar una cosa, pero no de poseerla. Por ello únicamente se hacía dueño de los frutos por percepción (acto positivo de apoderamiento), no por separación como el poseedor de buena fe<sup>369</sup>.

Nuestro Código no regula expresamente la facultad de poseer que concierne al usufructuario. Sin embargo, se infiere indirectamente a lo largo del articulado de la institución (arts. 491, 494, 495, 497, 520, 522 Cc), donde se regulan, entre otras, una serie de facultades u

---

<sup>367</sup> ALONSO PÉREZ, "Meditaciones sobre la esencia y funciones de la posesión", *La Ley*, 1986-III, pág. 928.

<sup>368</sup> Así lo pone de manifiesto la práctica unanimitad de nuestra doctrina; sirvan como ejemplo VALVERDE, *Tratado de Derecho...*, op. cit., tomo II, pág. 440; BORRELL Y SOLER, *Derecho civil...*, op. cit., pág. 530; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil...*, op. cit., tomo II, vol. II, pág. 47; PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, en notas a WOLFF, *Derecho de cosas*, en *Tratado...*, op. cit., pág. 89; PUIG PEÑA, *Tratado...*, op. cit., tomo III, vol. I, pág. 310; PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, op. cit., tomo III, vol. segundo, pág. 318; PEÑA BERNALDO DE QUIROS, *Derechos reales...*, op. cit., pág. 266; CLEMENTE MEORO, en LÓPEZ LÓPEZ, y MONTÉS PENADÉS, *Derechos reales...*, op. cit., pág. 457; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema...*, op. cit., III, pág. 396.

<sup>369</sup> PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, op. cit., tomo II, vol. segundo, pág. 297.

obligaciones para cuyo ejercicio es necesaria la posesión del bien. Además, en sede de posesión (arts. 430 Cc ss), el art. 432 Cc es significativo al respecto, puesto que hace una referencia implícita al derecho de usufructo: "[l]a posesión en los bienes y derechos puede tenerse en uno de dos conceptos: o en el de dueño, o en el de tenedor de la cosa o derecho para conservarlos o disfrutarlos, perteneciendo el dominio a otra persona".

Admitida, pues, la facultad del usufructuario a la posesión de los bienes, es conveniente precisar ahora qué clase de posesión tiene el usufructuario de cosas consumibles; tema peculiar dada la especialidad de este usufructo y su discutida naturaleza jurídica.

En primer lugar, parece claro que el usufructuario de una cosa consumibles tiene una posesión civil (art. 430 Cc) puesto que se trata de una posesión cualificada, es decir, el usufructuario tiene y disfruta la cosa con la intención de tenerla como poseedor, en este caso, como usufructuario. No tiene el puro hecho material de la posesión, la posesión sin cualificación como la que tendría el sujeto que dice que "posideo quia posideo". Lo que tiene es esa misma tenencia unida a la intención de tener el derecho como suyo.

El art. 432 Cc, como hemos visto, regula otra especie de posesión. Contempla la posesión como manifestación o estabilización de derechos sobre la cosa. En virtud del mismo, tendríamos que decir que el usufructuario tiene una posesión en concepto distinto de dueño, puesto que el usufructuario es titular de un derecho real diferente del de propiedad, en el cual el dominio de la cosa pertenece a otro (nudo propietario). Sin embargo, en cierto modo, el usufructuario de cosas consumibles al poder destruir el bien a través del consumo, se acerca a un poseedor en concepto de dueño, aunque no llega a serlo por la inevitable obligación de devolver el equivalente.

Otro tipo de posesión se regula en el art. 431 Cc, al distinguirse la posesión en nombre propio o en nombre

ajeno, en el sentido de que la posesión se ejerce en las cosas o en los derechos por la misma persona que los disfruta o por otra en su nombre. Si es poseedor en nombre propio tanto un poseedor en concepto de dueño como un poseedor en un concepto diferente, el usufructuario será un poseedor en nombre propio<sup>370</sup>, ya que el usufructuario al poseer la cosa como usufructuario posee como suyo el derecho de usufructo. La doctrina partidaria, como veremos, de que el usufructuario es propietario también consideraría la posesión en nombre propio, pero en este caso por tratarse de un dueño.

El usufructuario de cosas consumibles tendrá además una posesión inmediata sobre la cosa, a diferencia del nudo propietario que la tendrá mediata, ya que se apoya en la tenencia o detentación material de la cosa<sup>371</sup>.

Otro de los aspectos posesorios al que debemos hacer mención es a la adquisición de la posesión por parte del usufructuario de cosas consumibles. El art. 438 Cc es el que contempla las modalidades adquisitivas, aunque con cierta falta de sistematización.

El usufructuario puede adquirir la posesión de un bien consumible a través de la realización de un acto jurídico que afecta directamente a la cosa, como sería la tradición: un poseedor anterior (nudo propietario) entrega la posesión de la cosa al adquirente (usufructuario). En cuanto a la posibilidad de adquirir la posesión a través de un acto jurídico que no afecte directamente a la cosa, esto es,

---

<sup>370</sup> DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, op. cit., III, pág. 570, afirma que "[a] nuestro juicio, conviene separar de todas las demás aquella situación en la cual el poseedor actúa por sí y para sí, en cuyo caso merece el calificativo de poseedor en nombre propio, tanto si es poseedor en concepto de dueño como si es poseedor en concepto diferente. Así, el usufructuario o el arrendatario son poseedores en nombre propio. El hecho de que en virtud de una relación jurídica tal posesión se encuentre jerarquizada respecto de la posesión dominical no obsta para que sea posesión en nombre propio".

Además, que el usufructuario sea un poseedor en nombre propio se deduce de los arts. 1564 y 1633 LEC.

<sup>371</sup> PÉREZ GONZALEZ y ALGUER, notas en WOLFF, *Derecho de cosas*, en *Tratado...*, op. cit., pág. 89; PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, op. cit., tomo III, vol. segundo, pág. 319.

mediante la posesión civilísima (art. 440 Cc), requeriría admitir la posibilidad de considerar al llamado al usufructo de una herencia como heredero, cuestión con la que no está totalmente de acuerdo la doctrina<sup>372</sup>. Si admitieramos esta posibilidad nos hallaríamos ante una adquisición de la posesión por ministerio de la ley desde la muerte del causante si se aceptara la herencia<sup>373</sup>.

Hay que destacar, por último, el carácter real del derecho a poseer por parte del usufructuario de cosas consumibles frente a terceros que no tengan mejor derecho. En este sentido el usufructuario podrá interponer los interdictos de retener y recobrar la posesión<sup>374</sup>. Si se considerara al usufructuario de cosas consumibles propietario de la cosa gozaría además de la acción reivindicatoria pasado el año para interponer los interdictos. Sin embargo, estos temas serán tratados con más detalle más adelante.

---

<sup>372</sup> Valgan para todos, VALLET DE GOYTISOLO, Juan, *Panorama del Derecho de sucesiones*, tomo I, Madrid, 1982, págs. 333 ss; LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos...*, op. cit., V, revisado por RAMS ALBESA, pág. 24.

<sup>373</sup> La posesión civilísima, cuya denominación se atribuye a BALDUS, supone la adquisición ipso iure o por ministerio de la ley de los bienes hereditarios. BALDUS UBALDUS, *In Primum, Secundum, & Tertium Codicis Libris Commentaria*, Venetiis, 1586, C. 1, 2 (de sacrosanctiis ecclesiis), 23 (l. ut inter divinum), n. 13 y 14, al plantearse la cuestión de si puede transmitirse la posesión cuando se transmite la propiedad, sobre todo si partimos de la base de que "dicit glossa quod possessio non transit, nisi apprehendatur", considera que "non est omittendum, quod statutum & consuetudo possunt transferre possessionem sine apprehensione: & ista appellabitur civilissima possessio". En las *Additiones* a esta ley, Andreas BARBATUS, al comentar la palabra *civilissima* afirma que BALDUS "dicit quod talis possessio translata solo autoritate l. vel statuti, dicitur artificialis, non naturalis". El problema es que de la posesión civilísima "non sit mentio, nisi in uno loco". Cfr., TORRELLES TORREA, Esther, *La possessió civilíssima i la possessió de l'hereu (sistemes d'adquisició de la possessió 'mortis causa')*, Barcelona, 1994.

<sup>374</sup> PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, en notas a WOLFF, *Derecho de cosas*, en *Tratado...*, op. cit., 89; PUIG PEÑA, *Tratado...*, op. cit., tomo III, vol. I, pág. 310; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales...*, op. cit., pág. 266; CLEMENTE MEORO, en LÓPEZ LÓPEZ, y MONTÉS PENADÉS, *Derechos reales...*, op. cit., pág. 457.

### 3.1.2. El derecho de disfrute y el derecho de servirse. La percepción de los frutos

El principal derecho concedido al usufructuario común es el aprovechamiento de la cosa y la percepción de los frutos como manifestación de su facultad de disfrute.

Si como anunciábamos anteriormente, el usufructuario de cosas consumibles apenas está sometido a límites excepto el de restituir un equivalente, habrá que estudiar ahora qué debe entenderse por el "derecho a servirse" de las cosas consumibles. La duda que se nos plantea en este caso es saber si el "derecho a disfrutar" del concepto general de usufructo del art. 467 Cc es el mismo que el "derecho a servirse" de las cosas consumibles o no.

El disfrute supone la obtención de todas las posibles utilidades y beneficios que puede reportar una cosa siempre que se conserve la forma y la sustancia<sup>375</sup>. Entre estas utilidades, y con carácter fundamental en sede de usufructo, destaca la percepción de los frutos. Nos hallamos, pues, ante un disfrute en sentido amplio<sup>376</sup>; por ello el art. 471 Cc dice que "el usufructuario tendrá derecho a percibir todos los frutos naturales, industriales y civiles de los bienes usufructuados".

Observamos que éste es un derecho que no puede predicarse del usufructuario de cosas consumibles, puesto

---

<sup>375</sup> Como pone de manifiesto BADOSA COLL, *La diligencia...*, op. cit., pág. 628, el usufructuario "puede percibir la total utilidad cuantitativa y cualitativa de la cosa con la única limitación de no alterar su forma y sustancia".

<sup>376</sup> El disfrute suele definirse en un sentido amplio -percepción de todas las utilidades y beneficios- y en un sentido estricto -percepción de los frutos-, aunque lo más común es englobar ambos significados en un concepto general. Este derecho a disfrutar que regula el art. 467 Cc, se aleja de la expresión que recogía la clásica definición de Paulo: el usufructo es "alienis rebus utendi fruendi".

Entre muchos otros, definen el disfrute VALVERDE, *Tratado de Derecho...*, op. cit., tomo II, pág. 429; PUIG PEÑA, *Tratado...*, op. cit., tomo III, vol. I, pág. 311; LAUROBA LACASA, M<sup>a</sup> Elena *La coposesión (análisis del art. 445 Cc)*, tesis doctoral, Barcelona, 1996, pág. 106 ss.; o en Francia COLIN, y CAPITANT, *Curso elemental...*, op. cit., tomo segundo, vol. II, pág. 338.

que este tipo de bienes es incapaz de producir frutos<sup>377</sup>. Sólo las cosas perdurables (es decir, las susceptibles de un uso reiterado) pueden ser capaces de producirlos, es decir, generar cosas que suponen el rendimiento económico de otra (cosa-madre) conforme a su destino y sin alteración de su sustancia. Y además, con su disfrute se conserva y pervive la cosa-madre sin que se destruya, manteniéndose la aptitud para seguir produciendo frutos<sup>378</sup>.

Las cosas consumibles no producen frutos por dos motivos: en primer lugar, por la esterilidad del objeto en

---

377 JOUBERT, "Deux notions du droit des biens...", *loc. cit.*, pág. 82, manifiesta que en las cosas consumibles "le ius fruendi disparaît (les choses consommables ne pouvant produire des fruits)". Sin embargo, FRANK, *Ueber den uneigentlichen Niessbrauch...*, *op. cit.*, pág. 9, § 2, a pesar de considerar que la regla general es que las cosas consumibles no produzcan frutos, afirma que en caso de producirlos se adquieren por separación: "der Quasiusufructus, falls die Sache überhaupt Früchte abwirft, was allerdings nicht die Regel sein wird, bereits durch Separation".

En la doctrina del *ius commune* ya se hizo referencia a esta peculiaridad de las cosas consumibles; así, SOCINUS, Marianus (Iunior), *Secundam pars consiliorum*, Lugduni, 1550, consilium LXXII, n. 4, folio 103, manifestó que el usufructuario de cosas consumibles "non faciat fructus suos: quia deficit substantia usufructus"; BORCHOLTEN, *Ad Instituta...*, *op. cit.*, De usufructu, § II Quibus in rebus, pág. 127, n. 1 (In quibus rebus usuf. constituatur), afirmó de las cosas consumibles que "nullum usum, nullumque fructum praebent, nisi simul consumantur".

La imposibilidad de percibir frutos ha llevado a afirmar a PACIFICI-MAZZONI, *Il codice civile italiano commentato...*, *op. cit.*, pág. 391, n. 392 que es mejor hablar de uso que de usufructo y "diciamo uso, perchè non v'è idea di percezione di frutti e il solo uso le consuma".

378 ALBALADEJO, *Derecho civil...*, *op. cit.*, I, vol. segundo, pág. 118. En sentido similar se expresan, entre muchos otros: LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos...*, *op. cit.*, I, vol. tercero, pág. 55 ss; Díez-Picazo y Gullón Ballesteros, *Sistema...*, *op. cit.*, vol. I, novena edición, Madrid, 1997, pág. 406; Gil Rodríguez, en Puig Ferriol, Lluís - Geste-Alonso y Calera, M<sup>a</sup> del Carmen - Gil Rodríguez, Jacinto - Hualde Sánchez, José Javier, *Manual de Derecho civil I (Introducción y derecho de la persona)*, Madrid, 1995, pág. 465 ss., centrándose en el usufructo denomina fruto "al producto o utilidad obtenida del bien, en explotación directa o mediante la transmisión de su disfrute, sin que aquél se destruya". En Italia, Biondi, *Los bienes...*, *op. cit.*, pág. 230 ss.

En cuanto a la no alteración de la sustancia, se considera como una de las características de los frutos; sin embargo, como pone de relieve Alonso Pérez, Comentario al art. 355 Cc, en *Comentarios al Código civil...*, *op. cit.*, tomo V, vol 1<sup>o</sup>, Jaén, 1980, pág. 209: "no ha de entenderse en sentido absoluto, ya que ninguna cosa, a excepción del terreno en su situación nuda y natural, rinde frutos y se conserva a perpetuidad".

sí -su naturaleza es incapaz de generarlos-; y, en segundo lugar, porque al usarse se destruyen.

No se puede afirmar que la no producción de frutos por parte de las cosas consumibles conlleve la imposibilidad de someter este tipo de bienes al régimen del usufructo. Así como el art. 481 Cc admite un usufructo propio sobre las cosas infructíferas -las deteriorables- cuyo "disfrute" consiste precisamente en usarlas según su destino, no hay inconveniente en admitir, tal como afirma JORDANO BAREA, "que una forma del "derecho a disfrutar" es el *ius utendi* en sentido estricto (*usus sine fructus*)", por lo que "[c]on 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 la forma adecuada a su naturaleza: uso por la consumición"<sup>379</sup>.

Por ello se ha afirmado que la ley, en las cosas consumibles, creó un uso en vez de un usufructo "perchè non v'e idea di percezione di frutti e il solo uso le consuma"<sup>380</sup>. Y puesto que los frutos son la utilidad de la cosa, tampoco cabe afirmar que la misma cosa sea fruto, es decir, que la cosa consumible objeto de usufructo sea el fruto<sup>381</sup>.

---

<sup>379</sup> JORDANO BAREA, "El cuasi-usufructo...", *op. cit.*, pág. 1005, añadiendo en la nota 75 (págs. 1005 y 1006) que "[l]a expresión "derecho a disfrutar" no es adaptada por el Código en el sentido del derecho a percibir los frutos *extrictu sensu* de la cosa, porque de otra suerte no cabría el usufructo directo de cosas naturalmente infructíferas (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)[antiguo]". Actualmente, sin embargo, el art. 1439 del Código civil portugués, no define así el usufructo: "[u]sufucto é o direito de gozar temporária e plenamente uma coisa ou direito alheio, sem alterar a sua forma ou substância".

<sup>380</sup> PACIFICI-MAZZONI, *Il codice civile italiano...*, *op. cit.*, pág. 391, n. 392.

<sup>381</sup> MAIANSIUS, *Disputationes iuris...*, *op. cit.*, n. 6, pág. 307: "cum fructus sit quod res utiliter serat, non potest dici ipsam proprietatem, sive rem, fructum esse: adeoque quoties ipsa re utimur, fructus uti non dicimur".



En atención a cuanto antecede, puede entenderse que el *derecho a disfrutar* del art. 467 Cc es más amplio -se trata de un precepto que integra el uso *strictu sensu* y el disfrute entendido como obtención de beneficios- que el *derecho a servirse* del art. 482 Cc por la incapacidad de la cosa de producir frutos en este último caso, aunque el motivo no es otro que la naturaleza de la cosa consumible, inidónea para generarlos. Éste puede ser el motivo por el cual se utiliza una expresión en vez de la otra.

El *derecho de servirse* se concede al usufructuario de una cosa consumible con el mismo fin que al usufructuario común: apropiarse no de la cosa sino de la utilidad que reporta. Y si las cosas proporcionan utilidad de un modo diverso según la naturaleza que tengan, el usufructuario se apropiará de ella de una manera u otra según el modo en que den la utilidad y será, por lo tanto, el modo en que gozará de ellas<sup>382</sup>.

Así pues, respecto a las cosas consumibles, el disfrute habitual y normal consistirá en el consumo, que no es otra cosa que su uso<sup>383</sup>, puesto que sólo al usarlas proporcionan utilidad. Al tratarse de cosas consumibles su

---

Actualmente CARRASCO PERERA, "Restitución de provechos (I)", ADC, 1987-IV, pág. 1083, afirma que "el consumo no es fruto de la cosa consumida", añadiendo en "La restitución de provechos (y II)", *loc. cit.*, pág. 63 que "el uso de un bien y la ventaja que aquel procura no es un fruto de este bien pues no supone un rédito que se obtenga de la cosa como un bien nuevo materialmente identificable".

<sup>382</sup> BARBERO, "Il quasi-usufrutto...", *loc. cit.*, pág. 213, añade a título de ejemplo que la utilidad que da la cosa depende de su naturaleza: así, "il bue trascinando il carro, l'aratro; il campo facendo emergere dal suolo ed offrendo alla percezione i frutti; il vino, l'olio, perstandosi alla consumazione; il danaro alla spesa".

Entre nosotros, MANRESA y NAVARRO, *Comentarios al Código...*, *op. cit.*, tomo IV, pág. 442, se pregunta cómo se disfrutaban unas barricas de vino, respondiendo que "el disfrute del vino consiste en beberse; con ello no se dispone sino que se disfruta". La misma pregunta se planteó con anterioridad en Francia MARCADÉ, *Explication théorique et pratique...*, *op. cit.*, pág. 449 y 450, art. 581-I, diciendo que "user et jouir d'une pièce de vin, c'est ni plus ni moins la boire"; sin embargo, considera que "avoir le droit de boire ce vin, c'est en avoir la disposition".

<sup>383</sup> JORDANO BAREA, "El cuasi-usufructo...", *loc. cit.*, pág. 996, nota 47. CARRASCO PERERA, "Restitución de provechos (I)", *loc. cit.*, pág. 1084, afirma que "el uso de la cosa ajena queda embebido normalmente en la facultad de disfrute de la misma".

"disfrute" se ciñe a un uso -puesto que no hay percepción de frutos- que conlleva, en lo general, su destrucción. Por lo tanto, es el objeto el que define el alcance del *disfrute*.

Sin embargo, hemos visto que al usufructuario de cosas consumibles se le permite "servirse" de los bienes sin límite alguno. Por lo tanto, el régimen de la institución - art. 482 Cc- le permite usar la cosa consumible con gran libertad. El usufructuario tiene libertad para usar o no usar los bienes, consumirlos o no, dejarlos perecer, etc. Cuando los usa, su derecho también implica que puede elegir la forma de hacerlo, sin ningún tipo de límites: usándolos conforme a su naturaleza (consumir o dándoles su destino económico usual); o eligiendo cualquier otra forma de usarlos, que también supondrá comúnmente su destrucción. En todo caso, el derecho del nudo propietario está suficientemente protegido teniendo garantizado su derecho a la restitución del equivalente. En este sentido, pues, el derecho de servirse es más amplio que el derecho de disfrute del art. 467 Cc.

Además, si se usa la cosa consumible según su adecuada naturaleza, se trata de una sola utilidad en el tiempo, a diferencia de la cosa-madre y los frutos, que atribuyen repetidas utilidades en el tiempo. Es decir, esta categoría de cosas tiene la capacidad de proporcionar una utilidad mediante un acto que comporta su desaparición. Sin embargo, no se trata de un acto directo de destrucción (como quemar un mueble), sino que se trata de actos de goce, actos que tienen por fin y efecto proporcionar un goce. Uso y desaparición son correlativos y necesarios si pretendemos fraccionar temporalmente ambos hechos. Por consiguiente, y a pesar de la dificultad de desgajarlos temporalmente, puesto que son inmediatos, el uso y la desaparición pueden distinguirse desde un punto de vista teórico: ésta -la desaparición- es la consecuencia de aquél -del uso-.

En conclusión, el usufructuario ejerce sobre tales cosas un derecho de uso, es decir, se sirve materialmente de la cosa para el placer y provecho personal, pudiendo

obtener de la cosa, en principio, todas las utilidades que dé. El problema es que al usarlas, si se hace adecuadamente a su naturaleza, desaparecen. Uso, percepción de utilidad y desaparición son tres momentos que acaecen en el mismo acto y de manera necesaria; y la generación de utilidad es precisamente el medio de hacer desaparecer la cosa<sup>384</sup>.

Servirse de las cosas consumibles supone una descripción del contenido del derecho del usufructuario; esto implica haber delimitado el derecho de *disfrute* del art. 467 Cc: respecto de las cosas consumibles, por razón de su especial naturaleza, el *disfrute* se convierte en *uso*, por cuanto tales cosas -en cuanto objeto de usufructo- sólo es posible usarlas.

### 3.1.3 La facultad de realizar mejoras

El art. 487 Cc concede al usufructuario la facultad de realizar mejoras útiles o de recreo sobre los bienes objeto de usufructo. Sin embargo, el artículo establece un límite a las mejoras útiles o de recreo: "que no se altere su forma o su sustancia". El usufructuario de cosas consumibles no puede conservar la forma y la sustancia de la cosa y lo admite expresamente el art. 467 *in fine*, por lo tanto es un límite que no le vincula en absoluto.

Hemos de advertir, no obstante, que el precepto está pensando en un usufructo común, sobre bienes perdurables cuya forma y sustancia hay que preservar para poderse restituir sin menoscabo al nudo propietario. Y esta idea nos la viene a confirmar el art. 488 Cc según el cual: "[e]l usufructuario podrá compensar los desperfectos de los bienes con las mejoras que en ellos se hubiesen hecho". Es evidente la imposible aplicación de este precepto en un usufructo de cosas consumibles.

Pero en realidad, el ámbito de goce y actuación de un usufructuario de bienes consumibles es tan amplio desde el

---

<sup>384</sup> GENTY, *Traité des droits d'usufruit...*, op. cit., pág. 483, n. 405.

momento en que puede transformar, consumir o destruir el bien, que no tiene sentido plantear la cuestión de las mejoras. Más aún cuando no tiene que restituir los mismos bienes. El régimen de las mejoras está previsto para evitar modificaciones sobre bienes ajenos indeseadas por el propietario que un día va a recuperar el disfrute de esos mismos bienes.

#### **3.1.4. El poder de disposición y gravamen**

En el art. 480 Cc se describen las facultades o modos de disposición permitidos al usufructuario: enajenar el derecho de usufructo, hipotecarlo o arrendar la cosa.

##### **3.1.4.1. El arrendamiento en el usufructo de cosas consumibles**

La posibilidad de arrendar el objeto de usufructo por parte del usufructuario si no quiere aprovechar las cosas por sí mismo, queda expresamente reconocido en el art. 480 Cc. Sin embargo, se trata de un derecho vedado al usufructuario de cosas consumibles en virtud del ya conocido art. 1545 Cc.

Ya analizamos en el capítulo primero que la imposibilidad de las cosas consumibles de ser objeto de arriendo la imponen los mismos principios de la institución de arrendamiento. El art. 1543 Cc declara que el que recibe una cosa en arriendo la usará y gozará durante el tiempo en que dure éste; y el art. 1561 Cc obliga al arrendatario a devolver la cosa tal como se le entregó. Se tratan, pues, de principios incompatibles con el usufructo de cosas consumibles<sup>385</sup>.

---

<sup>385</sup> Como afirma GETE-ALONSO, *Estructura y función...*, op. cit., pág. 385, la no admisión de las cosas fungibles como objeto de arriendo se debe a la "necesaria individualización de lo que se devuelve". En el mismo sentido se expresó GARCÍA GOYENA, comentario al art. 1474 (actual art. 1545 Cc), en *Concordancias, motivos y comentarios...*, op.

El art. 1545 Cc es aplicable a las cosas fungibles que a la vez son consumibles, por lo que parecen excluidas las cosas fungibles y consumibles *strictu sensu*<sup>386</sup>. Sin embargo, podemos reiterar en esta clase de bienes las mismas críticas que apuntábamos anteriormente.

A pesar de la prohibición del art. 1545 Cc, se admiten, sin embargo, por parte de la doctrina dos excepciones<sup>387</sup>: la primera es que las cosas fungibles consumibles se entreguen en arriendo para un fin que no suponga su destrucción, por ejemplo, *ad pompam vel ostentationem*, es decir, para adornar; en este caso se restituirían las mismas cosas al finalizar el arriendo. La segunda excepción la configurarían las cosas fungibles consumibles que forman parte de un conjunto superior cuyo uso y goce se cede en arrendamiento; por ejemplo, el arrendamiento de una empresa en la que se incluyeran mercancías destinadas a la venta.

Ambas excepciones fueron criticadas por SCAEVOLA, en el sentido de que la primera excepción no es tal, puesto que lo que ocurre al destinar las cosas consumibles a la

---

cit., pág. 778: "[n]o pueden ser materia de arriendo estas cosas por la misma razón que no pueden serlo del comodato (art. 1631), en uno y otro ha de restituirse la cosa recibida, y esto no es posible en las que no podemos usar sin consumirlas ó destruirlas".

<sup>386</sup> LUCAS FERNÁNDEZ, Comentario al art. 1545 Cc, en Ministerio de Justicia, *Comentario...*, op. cit., tomo II, op. cit., pág. 1061, respecto a las cosas fungibles no consumibles advierte que a pesar de parecer que están excluidas del precepto: "en el momento de la entrega de un bien fungible debe apreciarse si cabe un aislamiento o separación individualizada del conjunto de su categoría que permita su identificación de suerte que sea posible restituir la misma cosa. Pero cuando esto no es posible, o no se quiere necesariamente la restitución de la misma cosa, hay motivos serios para precisar que se le ha transmitido al *accipiens* algo más que un simple uso y disfrute: el dominio de una cosa mediante el pago de un interés y con la obligación de devolver "otro tanto de la misma especie y calidad". Y entonces nos hallamos ante un préstamo que para los bienes fungibles es el sucedáneo económico del arrendamiento"; en el mismo sentido en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales...*, op. cit., tomo XX, vol. 1º-A, págs. 238 y 239.

<sup>387</sup> MUCIUS SCAEVOLA, Comentario al art. 1545 Cc, en *Código civil...*, op. cit., tomo XXIV, primera parte, edición revisada y puesta al día por Lino Rodríguez-Arias Bustamantes, Madrid, 1952, pág. 412; MANRESA y NAVARRO, en *Comentarios...*, op. cit., tomo X, vol. II, sexta edición revisada por José Mª Bloch, Madrid, 1969, pág. 29; LUCAS FERNÁNDEZ, Comentario al art. 1545 Cc, en Ministerio de Justicia, *Comentario...*, op. cit., tomo II, pág. 1061.

ornamentación es modificar la naturaleza de la cosa pasando de fungible (consumible para nosotros) a no fungible. En cuanto a la segunda excepción considera que estas cosas al incorporarse en un inmueble como puede ser un almacén, cambian de condición: "no son fungibles, son inmuebles"; "materias primas, sustancias tintóreas o lubricantes, si se comprenden como integradas en el arrendamiento total, no se arriendan ellas por sí ni son objeto exclusivo de contrato, y si se las da estimación, aunque su valor se acumule al precio del arrendamiento, haciéndolo subir, siempre descubriremos, no obstante la nomenclatura, una compraventa de cosas fungibles y no una locación de ellas"<sup>388</sup>.

Sin embargo, nosotros consideramos que usar las cosas *ad pompam vel ostentationem* no cambia la naturaleza del objeto, pues continúa siendo consumible. Lo que se hace es destinarlo a un uso distinto al habitual pero el objeto en sí continúa siendo consumible. Es la voluntad de las partes la que determina el destino económico del bien. Discutir el porqué de la prohibición del art. 1545 Cc, cuando el art. 482 Cc admite el usufructo sobre tales cosas, es una cuestión que ya quedó resuelta en el primer capítulo.

En cuanto a la segunda excepción, ya tuvimos ocasión de analizar en el segundo capítulo que la venta de las mercancías de un almacén no puede considerarse como consumo.

#### **3.1.4.2. La enajenación en el usufructo de cosas consumibles**

El art. 482 Cc permite al usufructuario servirse de la cosa sin límite. Servirse no es disponer, es servirse en sentido de uso.

La amplitud de poder del usufructuario de cosas consumibles nos plantea la duda de saber si el usufructuario puede enajenar. En el usufructo común al nudo

---

<sup>388</sup> MUCIUS SCAEVOLA, Comentario al art. 1545 Cc, en *Código civil...*, op. cit., tomo XXIV, primera parte, págs. 412 y 413.

propietario no le es indiferente que el usufructuario enajene o no, porque al finalizar el usufructo quiere y debe recibir la misma cosa que entregó. Es por ello que se distingue la enajenación del derecho de usufructo y la enajenación de la cosa objeto de usufructo. La posibilidad de enajenar el derecho de usufructo viene expresamente reconocida en el art. 480 Cc. En cambio, la posibilidad de enajenar los bienes usufructuados se limita al supuesto en que expresamente se haya concedido dicha facultad en el título constitutivo, configurando, como vimos, un supuesto particular de usufructo denominado "usufructo con facultad de disposición", que adquiere matices peculiares que lo acercan pero no lo identifican a un fideicomiso de residuo, y referido normalmente a situaciones de necesidad<sup>389</sup>.

La duda que se nos plantea es saber si el ámbito de disposición de un usufructuario de cosas consumibles ha de limitarse a su derecho de usufructo (factible con base en el art. 480 Cc) o abarca también la enajenación de las cosas consumibles.

En un principio no podría hacerlo, porque no es propietario de los bienes sino usufructuario, aunque hay quien cree que es un propietario por lo que en este supuesto sí podría enajenar<sup>390</sup>.

Sin embargo, carece de sentido limitar la disposición del usufructuario de cosas consumibles al derecho de usufructo puesto que no ha de restituir el *idem*. Al nudo propietario le es indiferente que venda o no los bienes consumibles porque él recibirá el *tantundem* o el valor

---

<sup>389</sup> Valga para todos el análisis del usufructo de disposición desarrollado en ROCA SASTRE, Ramón M<sup>a</sup>, ROCA-SASTRE MONCUNILL, Luis, con la colaboración en el capítulo XXXII de MADRILEJOS FERNÁNDEZ, Alfonso, *Derecho hipotecario, dinámica registral*, tomo V, Barcelona, 1997, págs. 456 a 560, y el estudio que sobre el mismo se hizo en el capítulo primero.

<sup>390</sup> Así por ejemplo, ALBALADEJO, *Derecho civil...*, op. cit., III, vol. segundo, pág. 72 manifiesta que "[e]l cuasiusufructuario, siendo dueño de la cosa desde que la recibe, para consumirla, enajenarla o darle el destino que le plazca"; o en Francia, HUMBERT, *Essai sur la fongibilité...*, op. cit., pág. 71, afirma que el usufructuario "posède tous les attributs de la propriété: il peut aliéner, il peut consommer, il peut donc utiliser selon leur fin naturelle les choses dont il a l'usufruit".

igualmente. No le interesa la restitución de la misma cosa sino de otras de igual especie y calidad o el precio corriente.

Puesto que el usufructuario de cosas consumibles está autorizado para obtener de los bienes su máxima utilidad, gozando incluso del derecho a consumirlos y de una disponibilidad sin límites, no hay razones para impedirle proceder a la enajenación de tales bienes.

Es decir, cuando el art. 482 Cc concede al usufructuario el "derecho a servirse" de las cosas consumibles obligándole solamente a la restitución del equivalente, no puede interpretarse de forma que su derecho se restrinja a la facultad de aprovechar tales cosas él mismo para su consumo. Tal solución llevaría al absurdo, pues piénsese en el usufructuario que recibe 10.000 kg. de manzanas o 10.000 litros de vino: la imposibilidad de aprovecharlos por él mismo, conllevaría el más que probable perecimiento de la mayor parte de ellos, quedando, sin embargo, obligado a la restitución del valor de unos bienes que no pudo disfrutar.

Por eso hay que entender que "servirse" no sólo comprende la facultad de consumir los bienes en el estricto sentido del término, sino que más bien se refiere a la disponibilidad en sentido amplio, comprendiendo, sin lugar a dudas, la enajenación.

#### **3.1.4.3. La transformación de la cosa en el usufructo de cosas consumibles**

Otra duda que se nos plantea es la posibilidad del usufructuario de cosas consumibles de transformar el objeto sometido a usufructo. Es evidente que un usufructuario común al estar limitado por el principio *salva rerum substantia* no puede transformar la cosa. En cambio, si un usufructuario de cosas consumibles no está sometido a semejante límite y su única obligación es restituir un equivalente, por principio parece que sí será posible.



Imaginemos el supuesto de un usufructo de una cantidad considerable de aceitunas. Su utilidad la proporciona consumiéndolas como tales, pero dada su gran cantidad el usufructuario podría transformarlas en aceite. En este caso también se habrían consumido, por lo que en este sentido, transformar es una forma de consumir. Al restituir, sin embargo, el usufructuario debería entregar al nudo propietario la estimación de las aceitunas o un *tantundem* de igual especie y calidad (por lo tanto aceitunas, no aceite).

#### 3.1.4.4. La hipoteca en el usufructo de cosas consumibles

En un principio no se admitía la posibilidad de hipotecar el derecho de usufructo. Sin embargo, fue con la Ley Hipotecaria de 16 de diciembre de 1909, cuya intención era adaptar la normativa hipotecaria al Código civil, donde se admitió tal posibilidad. Es el art. 107-1º de la actual LH el que posibilita la hipotecabilidad del derecho de usufructo.

La posibilidad de hipotecar el derecho de usufructo sobre bienes consumibles queda denegado implícitamente en los arts. 1874 Cc y 106-2º LH; según este podrán hipotecarse "1º [l]os bienes inmuebles, 2º [l]os derechos reales enajenables, con arreglo a las leyes, impuestos sobre los mismos bienes", es decir, sobre los bienes inmuebles. Por lo tanto, las cosas consumibles, tratándose de bienes muebles, escaparían de tal posibilidad.

Sin embargo, el art. 107-1º LH añade que podrá hipotecarse también: "[e]l derecho de usufructo". Lo que permite la Ley Hipotecaria es hipotecar el derecho de usufructo independientemente, en principio, de su objeto<sup>391</sup>.

---

<sup>391</sup> La base objetiva sobre la que se impone la hipoteca del derecho de usufructo no ha sido un tema pacífico en la doctrina; así, se ha considerado que la hipoteca recae sobre el derecho a percibir los frutos, sobre la totalidad del derecho, o directamente sobre la cosa. CHICO Y ORTIZ, José M<sup>a</sup>, *Estudios sobre Derecho hipotecario*, tomo II,

Sin embargo, a pesar de lo que pueda deducirse del art. 107-1 LH, hay que tener en cuenta la regla clave y general, el art. 106 LH: que sean o no derechos reales enajenables y que recaigan sobre cosas inmuebles<sup>392</sup>.

Hay que advertir que la hipoteca que regulan el Cc y la LH es un derecho real inmobiliario, por lo que, sólo los bienes inmuebles y derechos reales sobre los mismos serán susceptibles de ser gravados con ella<sup>393</sup>. Aunque la enumeración del art. 107 LH no es cerrada, sólo será hipotecable la modificación, con transcendencia real, del dominio inmobiliario, que sea inscribible y alienable<sup>394</sup>. Además, como afirma CHICO Y ORTIZ "[e]n los Registros de la Propiedad Inmobiliaria no son inscribibles los derechos reales referidos a los bienes muebles"<sup>395</sup>, y puesto que la inscripción es constitutiva en la hipoteca, no tiene sentido plantearse la hipotecabilidad de un derecho real que no tiene acceso al Registro de la Propiedad. Así pues, habrá que defender la no hipotecabilidad del usufructo sobre cosas consumibles.

---

Madrid, 1989, págs. 1521 y 1522. DORAL GARCÍA, Comentario al art. 480 Cc, en *Comentarios al Código civil...*, op. cit., tomo VII, vol. 1, pág. 190, considera que "la hipoteca, en la fase de seguridad, sujeta a la cosa ya inserta en una relación jurídica que permite al acreedor oponerse a la actividad material y jurídica del usufructuario que suponga la merma de la garantía, art. 107 de la LH (acción de devastación). La fase de ejecución se centra más bien en el contenido económico del derecho de usufructo, que no se reduce (...) al derecho de percibir frutos".

<sup>392</sup> Entre otros muchos, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema...*, op. cit., III, pág. 519, manifiestan que "[p]or su naturaleza, el objeto de la hipoteca tiene que ser un bien inmueble, que además reúna la condición de ser enajenable"; o SAAVEDRA MONTERO, Eva, "Los derechos susceptibles de ser objeto de hipoteca y la extensión objetiva de la misma", *Actualidad Civil (AC)*, n. 3, 1997, pág. 58, afirma que "el objeto de la hipoteca es el derecho real de usufructo (siempre que recaiga sobre un bien inmueble)".

<sup>393</sup> Un buen ejemplo de ello nos lo proporciona el art. 175-1º RH que al referirse a la cancelación de las inscripciones afirma que "[l]a descripción de la hipoteca y demás gravámenes sobre el derecho de usufructo se cancelarán a instancia del dueño del inmueble".

<sup>394</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, en LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos...*, op. cit., III, vol. segundo, págs. 338 y 350.

<sup>395</sup> CHICO Y ORTIZ, *Estudios...*, op. cit., tomo I, pág. 467.

No podemos terminar este epígrafe sin hacer una breve mención al supuesto particular de un usufructo de una finca en la que se encuentran cosas consumibles. En el caso de hipotecarse el derecho de usufructo sobre la finca (art. 107-1 LH), ¿se entiende extendida la hipoteca sobre los bienes consumibles que se hallen en ella?

La Ley Hipotecaria contiene un conjunto de normas relativas a la extensión de la hipoteca (arts. 109 a 113 LH), y entre ellas, por lo que a nosotros nos interesa, destaca el art. 111 LH, donde se regula la extensión convencional de la hipoteca. El precepto excluye de la hipoteca los bienes inmuebles por destino, los frutos, y las rentas vencidas y no satisfechas al tiempo de exigirse el cumplimiento de la obligación garantizada, a no ser que se pacte lo contrario. Por lo tanto, a raíz de éste artículo los bienes consumibles no estarían sometidos a hipoteca, salvo pacto en contrario.

Sin embargo, lo que estamos planteando no es la hipoteca de un bien o bienes, sino la hipoteca de un derecho de usufructo. Entonces, el problema es saber cuál es la extensión del usufructo, que es la que determinará la extensión de la hipoteca; por ello habrá que estar al título constitutivo del derecho real de usufructo. La declaración de voluntad de las partes será la fuente primordial de reglamentación en este punto.

Pero si nada dicen las partes respecto la extensión del usufructo, al ser el derecho de usufructo sobre una finca el bien hipotecado, habrá que estar a la finca como bien inmueble y a lo que ésta comprenda (art. 334 Cc). Así, por ejemplo, el art. 334-7 Cc considera inmueble por destino los abonos; por lo tanto, un bien consumible como es el abono, si se destina "al cultivo de una heredad", se convierte en un bien inmueble que forma parte de la finca y al que abarca el derecho de usufructo y la hipoteca si nada se dice al respecto.

Así pues, para conocer la extensión del derecho de usufructo sobre la finca, será necesario determinar la función de los bienes en ella incluidos. Por ejemplo, si se

trata de frutos, pertenecen al usufructuario en virtud de su derecho de usufructo y como tales están incluidos en la hipoteca.

### **3.2 Obligaciones del usufructo común aplicables al usufructuario de cosas consumibles**

Analizadas las facultades del usufructuario de cosas consumibles, debemos estudiar ahora sus obligaciones, sin olvidar que las que regula el Código están pensadas para el usufructo común, por lo que giran en torno a la protección del interés del nudo propietario: la conservación de la forma y la sustancia y la consecuente restitución del mismo bien entregado en usufructo; principios totalmente opuestos a los que definen el usufructo de cosas consumibles. A partir de los distintos regímenes jurídicos que caracterizan el usufructo común y el del cosas consumibles, intentaremos concretar a continuación qué obligaciones del usufructuario reguladas en el Código encajan en el esquema del usufructo de cosas consumibles.

#### **3.2.1 La formación de inventario**

El art. 491 Cc empieza la sección tercera relativa a las obligaciones concernientes al usufructuario y afirma que el usufructuario, antes de entrar en el goce de los bienes, está obligado a hacer inventario, a no ser que se le dispense de forma legal (art. 492 Cc) o convencional (art. 493 Cc).

En el Derecho romano no se imponía expresamente al usufructuario la obligación de hacer inventario, y siglos más tarde las leyes de Las Partidas tampoco la reflejaban<sup>396</sup>. No obstante, actualmente, aparte de

---

<sup>396</sup> GARCÍA GOYENA, comentario al art. 449 del proyecto de 1851, en *Concordancias, motivos y comentarios...*, op. cit., pág. 235, afirma que "fué un consejo de Ulpiano, que por su justicia y conveniencia se hizo popular y de general observancia". Así, ULPIANUS libro LXXIX ad

reconocerse expresamente esta obligación en el Código, parte de la doctrina ha afirmado que se trata de una obligación indispensable en toda clase de usufructo<sup>397</sup>. Según VENEZIAN, el único caso en que no debería requerirse inventario, aunque no se dispensara de ello, es en el supuesto de que su elaboración no aportara beneficio alguno al propietario<sup>398</sup>.

Pero para saber si se trata de una obligación que debe cumplir el usufructuario de cosas consumibles es preciso concretar la finalidad o fundamento de la realización del inventario. La obligación de hacer inventario la genera el derecho de disfrute que se concede al usufructuario y su correlativa obligación de conservar esa misma cosa para la posterior restitución al finalizar el usufructo. En el inventario se precisan las cosas que se entregan en disfrute y su estado para poder determinar, de este modo, qué cosas y en qué estado deberán restituirse al finalizar el derecho.

Respecto a ésta obligación, BELUCHE RINCÓN manifiesta que "[i]ndiscutiblemente supone una garantía de los derechos del nudo propietario, que va a estar asegurado

---

Edictum, en el D., lib. VII, tit. IX (Usufructuarius quemadmodum), l. 1 (Si cuius), § 4 "Recte autem facient et heres, et legatarius, qualis res sit, quum frui incipit legatarius, si in testatum redegerint, ut inde possit apparere, an et quatenus rem peiorem legatarium fecerit". GARCÍA GOYENA acaba manifestando que el hecho de hacer inventario "vino á ser una ley en la práctica para este y para todos los casos en que hay obligación de restituir la cosa pasado un tiempo". Y como "costumbre establecida entre los prácticos" la configura también VENEZIAN, *Usufructo...*, op. cit., II, pág. 7; PUIG PEÑA, *Tratado...*, op. cit., tomo III, vol. I, pág. 339.

Los autores del *ius commune* también hacen mención del inventario, así, ARETINUS, *Comentaria, sive lectura...*, op. cit., "De usufructus", fol. 70, n. 2 en la glosa a las Inst., Libr. II, tit. IV (De usufructus), § 2 (Constituitur): "[e]x quo patet quod inventarium usufructuarii valet, et tenet si designat res, et alia signa et notas in quo statu sint: licet non ponat earum estimationem et ad idem videtur"; PURPURATUS a PINEROLIO, Joannes Franciscus, *Consiliorum celeberrimi atque famigeratissime iurisconsulti, Liber secundus, Venetiis, 1579, fol. 78, consilium CCCCLII*: "qua in hoc legato veniat vinum, granum, lana & huismodi, quae usu consumuntur, & quomodo sint aestimanda, inventarizanda, & pro earum estimationem cavendum".

<sup>397</sup> VALVERDE, *Tratado de derecho...*, op. cit., tomo II, pág. 455; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil...*, op. cit., tomo II, vol. II, pág. 95.

<sup>398</sup> VENEZIAN, *Usufructo...*, op. cit., II, pág. 9, nota 1.

contra las posibles desapariciones o los posibles deterioros que puedan sufrir los bienes usufructuados y, de forma paralela, constituye también un medio de garantía para el usufructuario, que no responderá de los deterioros que la cosa hubiera sufrido antes de entrar en su posesión, pero que pudieran serle imputados por el nudo propietario. El inventario delimita la responsabilidad que puede exigirse al usufructuario, en tanto que pone de manifiesto si éste ha cuidado con la diligencia necesaria y ha restituido en su integridad las cosas que le fueron entregadas"<sup>399</sup>.

Por lo tanto, el inventario va dirigido a salvaguardar el cumplimiento de la obligación de respetar la forma y la sustancia de la cosa, dada la necesidad de restituir el bien al finalizar el usufructo. Sin embargo, si bien el usufructuario de cosas consumibles está obligado a restituir, no debe respetar, como sabemos, la forma y la sustancia de la cosa, puesto que lo que debe restituir es un equivalente. Así pues, la obligación de inventario se trataría, en principio, de una obligación ajena a dicho usufructuario por no compartir su fundamento<sup>400</sup>. Además,

---

<sup>399</sup> BELUCHE RINCÓN, *La relación obligatoria...*, op. cit., pág. 20 y 21. En sentido similar se han manifestado, BORRELL Y SOLER, *Derecho civil...*, op. cit., pág. 550; PUIG PEÑA, *Tratado...*, op. cit., tomo III, vol. I, pág. 339; PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, op. cit., tomo III, vol. segundo, pág. 325; CLEMENTE MEORO, en LÓPEZ LÓPEZ, y MONTÉS PENADÉS, *Derechos reales...*, op. cit., pág. 467.

<sup>400</sup> Sin embargo, no todos los autores comparten la opinión de la no obligatoriedad de hacer inventario por parte de un usufructuario de cosas consumibles. Así, por ejemplo, PROUDHON, *Trattato dei dritti d'usufrutto...*, op. cit., n. 1005, pág. 479, afirma que del art. 587 del Code surgen varias consecuencias y "[l]a prima, che nell'inventario il quale debbe farsi nel tempo che entra nell'godimento, è uopo fare un'esatta descrizione della quantità e qualità, per istabilire una base giusta nella restituzione che può farsi in natura, ed oltre a ciò è necessario determinare un giusto prezzo delle diverse cose, per il caso nel quale l'usufruttuario ovvero i suoi eredi volesero liberarsene, col pagamento di questo"; CROME, *Manuale del diritto...*, op. cit., § 207, pág. 588, manifiesta que "[c]olui in favore del quale è stato costituito un usufrutto improprio deve anzitutto erigere inventario dell'oggetto dell'usufrutto, tal quale com un altro usufruttario"; DEMOLOMBE, *Traité de la distinction...*, op. cit., n. 288, pág. 238: "[l]orsque l'article 587 est applicable, il faut, bien entendu, à l'ouverture de l'usufruit: 1° Qu'un inventaire soit dressé pour constater la quantité et la qualité des choses qui sont livrées à l'usufruitier, ou que l'estimation en soit

siendo una obligación prevista para la protección del derecho del nudo propietario, nada le aporta en el caso de este usufructo ya que el alcance de su derecho a la restitución está predeterminado por la fórmula del art. 482 Cc.

Asimismo, en el título constitutivo del usufructo de cosas consumibles es preciso determinar el objeto, y es con la determinación del objeto como se garantiza la restitución. Por lo tanto, el usufructuario de cosas consumibles no estaría obligado a hacer inventario, siempre, sin embargo, que quedara determinado aquello que se entrega, por lo que si no se hace esta determinación en el título constitutivo de usufructo habrá que hacerla en otro lugar, siendo el más adecuado, entonces, el inventario.

Además, si en el contenido del inventario relativo a bienes muebles hay que señalar no sólo los bienes que se reciben sino su valor, ya que "permitirá obtener al propietario el correspondiente resarcimiento, en caso de incumplimiento de la obligación de entrega"<sup>401</sup>, hay que destacar que esta finalidad tampoco encaja en el usufructo de cosas consumibles, puesto que el usufructuario no incumple al no restituir los mismos bienes que se le entregaron, ni es responsable del incumplimiento. El usufructuario simplemente ejerce la facultad que le otorga el hecho de ser usufructuario: usar y gozar de los bienes.

No obstante, es necesario poner en relación el inventario con la posible estimación de los bienes. El art. 491-1º Cc obliga a tasar los bienes muebles en el inventario, es decir, a estimarlos, y el art. 482 Cc afirma que el usufructuario estará obligado a "pagar el importe de

---

faite"; AUBRY et RAU, *Cours de droit civil...*, op. cit., § 236, pág. 738: "[l]e quasi-usufruitier doit, comme l'usufruitier proprement dit, faire dresser, avant son entrée en jouissance, un inventaire contenant la description exacte de la quantité et de la qualité des objets soumis à l'usufruit"; o en Bélgica VAN ARENBERGH, *Traité...*, op. cit., n. 982, col. 293: "[l]e quasi-usufruitier a, de même que l'usufruitier, l'obligation de faire inventaire".

<sup>401</sup> DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema...*, op. cit., III, pág. 392.

su avalúo al terminar el usufructo, *si se hubiesen dado estimadas*". Puede deducirse que cuando las cosas muebles consumibles se estimen tendrá que hacerse en el inventario. Sin embargo, hay que advertir que evidentemente el inventario puede contener la estimación, pero la estimación no debe necesariamente hacerse en el inventario, sino que puede reflejarse en el título constitutivo.

Por lo tanto, la formalización del inventario no es para el usufructuario de cosas consumibles una obligación como lo es en un usufructo normal, sino que sería mejor considerarlo como una mera facultad de las partes. Al nudo propietario la elaboración del inventario no le aporta nada desde el momento que en el título constitutivo del usufructo se determina el objeto del mismo. Su derecho a la restitución ya está garantizado con la constitución del usufructo, en el cual se ha de determinar el tipo de bien que se entrega, su cantidad y calidad, incluso es posible que aparezca su valor en caso de estimación.

### 3.2.2. La prestación de fianza

El art. 491 Cc establece una segunda obligación al usufructuario antes de entrar en el goce de los bienes: "prestar fianza, comprometiéndose a cumplir las obligaciones que le correspondan con arreglo a esta sección". Aunque el precepto se refiera sólo a las obligaciones reguladas en la sección tercera, el compromiso abarca el cumplimiento de todas las obligaciones del usufructuario, aunque no se hallen en dicha sección<sup>402</sup>.

Antes de determinar la vinculación o no de esta obligación al usufructuario de cosas consumibles, debemos precisar una cuestión terminológica. El Código hace una utilización poco precisa del vocablo "fianza", puesto que

---

<sup>402</sup> Es unánime la doctrina en este aspecto; valgan como ejemplo, DE BUEN, en notas a COLIN y CAPITANT, *Curso elemental...*, op. cit., tomo segundo, vol. II, pág. 407; DíEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema...*, op. cit., III, pág. 392; o el italiano VENEZIAN, *Usufructo...*, op. cit., II, pág. 48.



no está exclusivamente pensando en una garantía personal como es la fianza, sino que se refiere a la obligación de prestar una garantía en general. Así pues, en cuanto al tipo de garantía será válida la constituida en cualquier modalidad (personal o real)<sup>403</sup>.

Para saber si el usufructuario de cosas consumibles está obligado a prestar garantía, habrá que conocer la finalidad de la misma, y ésta no es otra que garantizar el cumplimiento de las obligaciones que por razón del usufructo sean imputables al usufructuario<sup>404</sup>. La garantía, actualmente, no se divide en *cautio usufructuaria* y *cautio quasi usufructuaria*, como sucedía en Derecho romano, sino que hay una sola caución (o fianza) común a todo usufructo, cuya finalidad, como manifiesta GEYL es doble: "[p]rimo ut caveat se usum viri boni arbitrato, id est, se nori deteriorem causam usufructus, caeteraque facturum quae in re sua diligens paterfamilias faceret. Deinde, ut caveat se rem usufructuariam, finito usufructu restitutum"<sup>405</sup>. Sin embargo, como afirmó BALDO "cautio de utendo salva rerum substantia non interponitur in bis rebus, quae usu consumuntur, sed aestimatio restituenda"<sup>406</sup>.

---

<sup>403</sup> Así se manifiestan entre otros, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema...*, op. cit., III, pág. 392. No ha sido un tema pacífico en la doctrina determinar el tipo de fianza que debe prestar un usufructuario. Véase por todos BELUCHE RINCÓN, *La relación obligatoria...*, op. cit., págs. 42 ss.

<sup>404</sup> Entre muchos, CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil...*, op. cit., tomo II, vol. II, pág. 96; PUIG PEÑA, *Tratado...*, op. cit., tomo III, vol. I, pág. 342; CLEMENTE MEORO, en LÓPEZ LÓPEZ, y MONTÉS PENADÉS, *Derechos reales...*, op. cit., pág. 468.

<sup>405</sup> GEYL, *Practicorum observationum...*, op. cit., observatio XXXXVI, n. 2, pág. 261.

<sup>406</sup> BALDUS UBALDUS, *In primam Digesti veteris...*, op. cit., "De usufructu earum rerum, quae usu consumuntur vel minuuntur", Lex prima, fol. 307r; continúa manifestando que "cautio de utendo salva rerum substantia, quia est impossibile, sed de aestimatio restituenda, & transfertur dominium". En un sentido similar se expresa ZOESIUS, *Comentarius in Codicem...*, op. cit., lib. III ad tit. 33 "De usufructus & Habitatione & ministerio servorum", pág. 148: "[i]n quasi-usufructus una tantum cautio defideratur, solum de restituenda re, in sua tempore, non in specie, quia foret inutilis usufructus, sed

Si el usufructuario de cosas consumibles está obligado, esencialmente, a restituir un equivalente, es evidente que habrá que garantizar al nudo propietario el cumplimiento de semejante obligación, e incluso más que en el caso de un usufructo normal, puesto que las cosas consumibles desaparecen fácilmente, o más bien necesariamente. VENEZIAN considera que la fianza "para las cosas fungibles es el sustitutivo de la obligación de custodiar la cosa y de mantener intacta su sustancia"<sup>407</sup>.

El fundamento de la prestación de una garantía en el usufructo común es el mismo que en el usufructo de cosas consumibles: asegurar al nudo propietario la restitución del bien, aunque en el usufructo común se garantiza la restitución de los mismos bienes entregados, en cambio, en el usufructo del art. 482 Cc, lo que se garantiza es la simple obligación de restituir. Existe la "identidad de razón" (garantizar la obligación de restituir) que el art. 4 Cc exige para la aplicación analógica de las normas. Por lo tanto, el usufructuario de cosas consumibles estará obligado a prestar garantía si no se le dispensa de ello (art. 493 Cc)<sup>408</sup>.

Además, el art. 492 Cc en el cual se regulan los casos en que no procede la prestación de garantía no recoge el caso del usufructo de cosas consumibles.

---

in genero vel aestimatione"; *idem* en *Commentarius ad institutionum...*, *op. cit.*, lib. II, tit. IV, De usufructus, § Constituitur, pág. 198.

<sup>407</sup> VENEZIAN, *Usufructo...*, *op. cit.*, II, pág. 50. Añade que la fijación de la cuantía de la fianza "debe ser más severa cuando se trate de asegurar la restitución del equivalente de las cosas fungibles".

<sup>408</sup> Los mismos autores que en el epígrafe anterior consideraban que el usufructuario de cosas consumibles debía hacer inventario, afirman que debe también prestar garantía. Son significativas las palabras de DOMAT, *Les lois civiles...*, *op. cit.*, tome second, livre I, titre XI, section IV, n. 2, pág. 366, quien consideraba que el usufructuario debía de entregar "les sûretés nécessaires au propriétaire pour la restitution de choses données en usufruit, soit par sa simple soumission, en donnant caution, selon qu'il peut y être obligé par le titre de l'usufruit, ou que les circonstances de la nature des choses, de la qualité des personnes, et autres le demanderent. Comme si c'est un usufruit de choses qui périssent par l'usage, ou qui puissent facilement être endommagées".

Respecto a la cuantía de esta garantía, ha de ser "suficiente" respecto a las obligaciones que garantiza y "proporcional" al valor de los bienes<sup>409</sup>. "La suma de la fianza no tiene por qué ser igual al valor total de los bienes objeto de usufructo, sino que debe corresponder al valor de los muebles y al importe de los previsibles menoscabos que podrían sufrir los inmuebles"<sup>410</sup>.

Debemos plantearnos la cuestión de si la garantía prestada en un usufructo de cosas consumibles debe ser el valor de la cosa entregada en usufructo<sup>411</sup>. Si la garantía es el valor total de la cosa consumible se cae en un absurdo, puesto que si el nudo propietario entrega la cosa consumible y el usufructuario su valor, no hay provecho para éste y lo único que se consigue es un perjuicio para el usufructuario. La garantía no ha de consistir en el valor de los bienes consumibles. Ha de asegurar el cumplimiento de la obligación de restituir, pero no ha de suponer un desembolso a priori de dinero (el valor), sino que ha de tratarse de una garantía personal como puede ser la de un fiador o una garantía real como puede ser una hipoteca sobre algún bien propiedad del usufructuario.

---

<sup>409</sup> VALVERDE, *Tratado de derecho...*, op. cit., tomo II, págs. 457 y 458; CLEMENTE MEORO, en LÓPEZ LÓPEZ, y MONTÉS PENADÉS, *Derechos reales...*, op. cit., pág. 469; DíEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema...*, op. cit., III, pág. 392, afirman que "[e]s evidente que hay que tener en cuenta la naturaleza de los bienes, no es lo mismo un bien mueble, fácil de destrucción y desaparición del patrimonio del usufructuario, que un inmueble, en el que debe predominar la consideración de su deterioro y no otras. También deben jugar las circunstancias personales del usufructuario, concretamente su capacidad económica".

<sup>410</sup> BELUCHE RINCÓN, *La relación obligatoria...*, op. cit., pág. 50. En el siglo pasado, GARCÍA GOYENA y AGUIRRE, en *Febrero, ó librería...*, op. cit., pág. 198, n. 897, afirmaban que "en el quasiusufructo, para dar fianza, se deben apreciar por lo justo, y hecho, lo dará de volver el precio en que fueron valuadas".

<sup>411</sup> RICCI, Francesco, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, vol. II, Torino, 1886, pág. 260, n. 206, afirma en este sentido que "[s]e si tratti di beni mobili, i quali possono essere distrutti, o sottratti dall'usufruttuario, è necessario che la cauzione si presti per l'ammontare del loro valore, secondo la stima fattane nell'inventario".

El Código civil en los art. 494 y 495 establece un conjunto de medidas para el caso de incumplimiento de esta obligación. La aplicación de tales medidas al usufructuario de cosas consumibles no parece posible. Se trata de medidas que "tienen por finalidad tutelar el derecho de propiedad del nudo propietario, evitando los riesgos de pérdida o deterioro de los bienes, intentando al mismo tiempo, no privar al usufructuario incumplidor de su derecho de goce"<sup>412</sup>. Si ésta es la finalidad de los preceptos, es evidente que se trata de medidas no aplicables al usufructuario de cosas consumibles, puesto que el nudo propietario no tiene derecho a la restitución de los mismos bienes, sino de un equivalente. Con estas precauciones el nudo propietario salvaguarda su derecho a la restitución de los mismos bienes entregados. En el usufructo de cosas consumibles no es preciso proceder a tales medidas puesto que haga lo que haga el usufructuario con las cosas consumibles, su obligación será siempre la de restituir un equivalente<sup>413</sup>.

### 3.2.3. La obligación de conservar la cosa: el deber de diligencia

Las obligaciones del usufructuario normal impuestas por el legislador durante el goce de los bienes tienen como sustrato común la obligación de conservar la forma y la

---

<sup>412</sup> BELUCHE RICÓN, *La relación obligatoria...*, op. cit., pág. 51.

<sup>413</sup> En Italia BARBERO, "Il quasi-usufrutto...", loc. cit., pág. 75, n. 18, considera que "se le cose son consegnate prima che l'usufruttuario abbia prestato la garanzia e poi questa non è prestata, secondo la dottrina comune non pare più applicabile l'art. 1003 [nuestro art. 494 Cc] nella parte in cui dice che il denaro è collocato a interesse, le derrate vendute e collocato a interesse il prezzo ricavato, i titoli al portatore convertiti in nominativi. Secondo la nostra ricostruzione tali norme sono applicabili anche dopo la consegna finché non sia sopravvenuta da desindividualizzazione [momento, como veremos, que el autor considera que el usufructuario adquiere la propiedad de las cosas consumibles]; dopo questa evidentemente non c'è più nulla da fare"; PUGLIESE, *Usufrutto...*, op. cit., pág. 657, n. 155, aplica el art. 1003 del Codice al usufructuario de cosas consumibles.

sustancia (art. 467 Cc), obligación como sabemos, que no vincula al usufructuario del art. 482 Cc. Por lo tanto, ya con semejante afirmación podríamos terminar el presente epígrafe. Además, al plantearnos el tema de los límites del "disfrute" del usufructuario de cosas consumibles ya anunciábamos que éste no estaba obligado a "cuidar las cosas dadas en usufructo como un buen padre de familia" (art. 497 Cc). Sin embargo, lo que pretendemos ahora es profundizar un poco más en esta cuestión ya desde un inicio prejuzgada.

Hablar de la diligencia del usufructuario nos remonta a la *cautio usufructuario* del Derecho romano cuyo objeto era garantizar el uso *arbitratu boni viri* y la restitución del objeto cedido en usufructo. Así pues, es en la primera garantía citada en la que debemos centrar nuestra atención. Siguiendo a BADOSA COLL, el uso *arbitratu boni viri* "[s]e trata de un concepto amplísimo que abarca los *onera fructuarii* que le incumbían por razón de su papel de receptor gratuito de la utilidad de la cosa". Continúa el autor afirmando que estos *onera* o cargas definían el estatuto posesorio del usufructo y consistían en la conservación del estado e integridad de la cosa, en el restablecimiento en caso de deterioro y en el pago de las contribuciones e impuestos que pesaban sobre la misma<sup>414</sup>.

Pero estos *onera fructuarii* se reestructuran con POTHIER, distribuyéndose en cuatro<sup>415</sup>: la obligación de usar la cosa como un buen padre de familia (que viene a sustituir el *arbitratu boni viri* restringiéndose aquel concepto al modo de utilización del bien y a la reposición del deterioro de la cosa, constituyendo otra carga aparte las reparaciones), la obligación de restituir la cosa en buen estado al finalizar el usufructo, la obligación de

---

<sup>414</sup> BADOSA COLL, *La diligencia...*, op. cit., pág. 611.

<sup>415</sup> BADOSA COLL, *La diligencia...*, op. cit., pág. 613, pone de manifiesto que POTHIER "introduce en materia de *onera* del usufructuario el concepto de obligación, y las independiza de la *cautio*, a la que el "buen uso" había ido tradicionalmente unido".

prestar caución y la obligación de respetar el principio *salva rerum substantia*<sup>416</sup>.

Esta obligación de cuidar las cosas con la diligencia de un buen padre de familia es la que se refleja en el art. 497 Cc y, en cuanto a su contenido, "se limita al mantenimiento de la integridad del estado de la cosa" y "subraya así una dimensión esencialmente conservativa"<sup>417</sup>. Su finalidad se centra en determinar el grado de diligencia que el usufructuario ha de prestar en el cumplimiento de su obligación de conservar la forma y sustancia de la cosa<sup>418</sup>.

Si la obligación estipulada en el art. 497 Cc va dirigida a la conservación de la forma y la sustancia que el art. 467 Cc obliga a cumplir a respetar al usufructuario<sup>419</sup>, es evidente que el usufructuario de cosas

---

<sup>416</sup> POTHIER, *Traité des Douaires...*, op. cit., n. 211, pag. 114.

<sup>417</sup> BADOSA COLL, *La diligencia...*, op. cit., págs. 616 y 617. En sentido similar se expresaron, entre muchos, CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil...*, op. cit., tomo II, vol. II, pág. 98: "[e]l usufructuario debe cuidar las cosas dadas en usufructo como un buen padre de familia (art. 497 Cc), absteniéndose de todos aquellos actos que puedan originar la destrucción de las mismas o su cambio de naturaleza o destino, haciéndolas inservibles, transformándolas en otras distintas o alterando el destino que tengan en la economía del propietario"; PUIG PEÑA, *Tratado...*, op. cit., tomo III, vol. I, pág. 345, quien afirma que la consecuencia del deber de conservar la forma y la sustancia es "la necesidad de una conducta diligente del usufructuario, tanto de acción como de omisión, para la conservación de los mismos". En Italia, VENEZIAN, *Usufructo...*, op. cit., II, pág. 514 considera que para señalar el contenido "no hay más que referirse a los principios generales: la vigilancia que el usufructuario ha de emplear para preservar la cosa ajena de modificaciones en su estado material o jurídico, no se diferencia de la que está obligado a prestar el encargado de los bienes de un ausente, el tutor, el mandatario, el gestor de negocios, el socio, el comunero administrador, el acreedor pignoraticio o anticrético".

Sin embargo, BELUCHE RINCÓN, *La relación obligatoria...*, op. cit., pág. 117, afirma que es imposible fijar el preciso contenido de esta obligación, por lo que, será necesario "recurrir al supuesto específico, analizando en cada caso la naturaleza de la cosa objeto de usufructo y las posibilidades concretas de utilización".

<sup>418</sup> DORAL GARCÍA, Comentario al art. 497 Cc, en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales...*, op. cit., tomo VII, vol. 1º, pág. 314.

<sup>419</sup> VENEZIAN, *Usufructo...*, op. cit., II, pág. 520, distingue la conservación de la custodia. Considera que "[c]onservación es la actividad dirigida a mantener la cosa en su destino específico, en sus aptitudes para producir utilidad", añadiendo en la nota 4 que "la custodia, dirigida a impedir las modificaciones todas de la condición

consumibles no está obligado a observar esta diligencia, puesto que las cosas consumibles están exentas del deber de respetar la forma y la sustancia de la cosa<sup>420</sup>.

La diligencia es la consecuencia de la posesión de unos bienes por parte del usufructuario que debe restituir al finalizar su derecho. El usufructuario de cosas consumibles, al no tener que restituir las mismas cosas que le entrega el nudo propietario no tiene por qué tener este "cuidado" sobre las mismas.

### 3.2.3.1. La obligación de notificar los actos lesivos del derecho de propiedad: el art. 511 Cc

Como expresión o consecuencia del prototipo de conducta estipulada en el art. 497 Cc, el legislador regula otras obligaciones: son las recogidas en el art. 511 Cc y 500 Cc, básicamente.

El art. 511 Cc obliga a poner en conocimiento del propietario los actos de terceros que lesionen el derecho de propiedad. Este precepto no se refiere a las lesiones ocasionadas al derecho de usufructo por parte de actos de terceros, sino a los actos capaces de lesionar el derecho de propiedad. El usufructuario puede defenderse frente a terceros cuando estos intenten lesionar su derecho sin necesidad de comunicarlo al nudo propietario; en cambio, cuando lesionen los derechos de propiedad debe notificarlo al mismo<sup>421</sup>.

---

jurídica, absorbe en sí el concepto de la conservación de los derechos". El autor afirma además (pág. 529) que "[t]anto la obligación de custodia como la de conservación, van directamente unidas a la adquisición del usufructo, en vez de asumirlas el usufructuario mediante la *cautio*, como sabemos ocurría en Derecho romano".

<sup>420</sup> Sin embargo, en sentido contrario se manifiesta JORDANO BAREA, "El cuasi-usufructo...", *loc. cit.*, pág. 1008: "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)".

<sup>421</sup> DE BUEN, notas en COLIN y CAPITANT, *Curso elemental...*, *op. cit.*, tomo segundo, vol. II, pág. 410; DORAL GARCÍA DE PAZOS, *Comentario al art. 511, en Comentarios al Código civil y compilaciones*



En atención a la diligencia debida por parte de un usufructuario (art. 497 Cc), este debe observar una conducta que no perjudique al nudo propietario y además debe evitar, mediante la obligación establecida en el art. 511 Cc, que el derecho de la nuda propiedad sea lesionado por actos de terceros.

En el usufructo de cosas consumibles es difícil determinar qué actos por parte de terceros son lesivos para el derecho de propiedad del nudo propietario. Éste al ceder los bienes consumibles en usufructo sabe que recibirá un equivalente, por lo que las lesiones que sufra el bien consumible no le afectan, en cambio, sí que afectan al usufructuario, que podrá defenderse de ellas. Así pues, el usufructuario del art. 482 Cc no estaría en principio obligado a notificar al propietario lesiones de terceros sobre el bien, por no afectar a su derecho. Sin embargo, sobre este tema de la defensa del derecho de usufructo volveremos con posterioridad.

### 3.2.3.2. La obligación de hacer reparaciones: el art. 500 Cc

La obligación de hacer reparaciones ordinarias por parte del usufructuario es una manifestación más del deber de diligencia<sup>422</sup>.

Se trata de una obligación no aplicable al usufructo de cosas consumibles y es el mismo precepto y la *dux ratio* quien lo evidencia. El párrafo segundo del art. 500 Cc define las reparaciones ordinarias como aquellas que

---

*forales...*, op. cit., tomo VII, vol. 1, pág. 391; BELUCHE RINCÓN, *La relación obligatoria...*, op. cit., págs. 139 y 140.

<sup>422</sup> Así lo consideran, entre otros, PEÑA BERNALDO DE QUIROS, *Derechos reales...*, op. cit., pág. 271; CLEMENTE MEORO, en LÓPEZ LÓPEZ, y MONTÉS PENADÉS, *Derechos reales...*, op. cit., pág. 471. Como pone de manifiesto CLEMENTE MEORO, hay que delimitar el art. 500 Cc con el art. 481 Cc, puesto que en el primero se exige reparar los deterioros y en el segundo no; "la distinción entre unos y otros deterioros ha de centrarse en su indispensabilidad para la conservación de la cosa", en el mismo sentido se expresa RIVERO HERNÁNDEZ, en LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos...*, op. cit., III, vol. segundo, pág. 79.



"exijan los deterioros o desperfectos que procedan del uso natural de las cosas y sean indispensables para su conservación". De nuevo nos encontramos con la necesidad de conservar la sustancia, principio no imperante en el usufructo de cosas consumibles. Se trata de un precepto que está pensando en la dinámica de un usufructo ordinario, pero no en la especialidad del usufructo del art. 482 Cc.

### 3.2.3.3. Consecuencia de la no conservación de la cosa usufructuada con la debida diligencia

El art. 520 Cc, establece una consecuencia derivada del mal uso de la cosa usufructuada, del incumplimiento de las obligaciones del usufructuario, en este caso, del deber de conservación. Dice el precepto: "[e]l usufructo no se extingue por el mal uso de la cosa usufructuada; pero si el abuso infiriese considerable perjuicio al propietario, podrá éste pedir que se le entregue la cosa, obligándose a pagar anualmente al usufructuario el producto líquido de la misma, después de deducir los gastos y el premio que se le asignare por su administración"<sup>423</sup>.

Si apuntábamos al inicio de este capítulo que el usufructuario de cosas consumibles apenas está sometido a límites en cuanto al contenido de su derecho, y como consecuencia de ello defendíamos una gran libertad del usufructuario en el uso de la cosa, parece ser que éste nunca podrá considerarse que realiza un mal uso de la cosa porque tampoco sabemos cuál es el buen uso de ella. Es evidente que el uso habitual de una cosa consumible es usarla según dicta su naturaleza pero esto no significa que

---

<sup>423</sup> CATALÀ ROS, Rosa, *El abuso del usufructuario...*, op. cit., págs. 4 y 5 distingue el mal uso (consistente en "un uso inadecuado de la cosa usufructuada, es decir, una utilización no conforme a los parámetros considerados normales en el uso del objeto") del abuso (considerado como "una utilización conforme al uso que procede según el contenido del derecho, pero extralimitada"). Sin embargo, considera que esta distinción es sólo a efectos teóricos, "ya que en base a la lectura del art. 520 se desprende que la voluntad del legislador no fue la de delimitar y distinguir ambos términos, sino que éstos son entendidos como sinónimos".

sea el único uso que pueda realizarse de la misma. Desde el momento que se concede usar la cosa al usufructuario de cosas consumibles con el único límite de restituir un equivalente, se está admitiendo una libertad absoluta de uso. Por lo tanto, el abuso no supondrá un perjuicio para el propietario tal como exige el art. 520 Cc, porque este siempre recibirá un equivalente o la estimación del bien<sup>424</sup>.

Así pues, el art. 520 Cc no encaja con los principios inspiradores de un usufructo de cosas consumibles por lo que no puede defenderse su aplicación en el mismo<sup>425</sup>.

Además, desde el punto de vista de la sanción que impone el art. 520 Cc a la obligación de conservar, difícil lo tendría el nudo propietario para pagar anualmente el producto líquido que generara la cosa consumible en manos del mismo, dada su improductividad. Evidentemente se trata de un precepto que está pensando en un usufructo ordinario.

Como vemos, todas estas obligaciones que hemos venido exponiendo son consecuencia inmediata del deber de conservar la forma y la sustancia de la cosa (467 Cc) que se imponen al usufructuario al entrar en posesión del bien, y al tratarse de un deber incompatible con el art. 482 Cc, no son de aplicación al usufructo de cosas consumibles por contradecir su espíritu. Ésta incompatibilidad de deberes se debe a la inidoneidad del objeto del art. 482 Cc para generar tales obligaciones.

El usufructuario del art. 482 Cc no está sometido a obligación alguna (excepto la de prestar fianza), para disfrutar de los bienes consumibles una vez haya tomado

---

<sup>424</sup> MORENO QUESADA, Bernardo, Comentario al art. 520 Cc, en Ministerio de Justicia, *Comentario...*, op. cit., tomo I, pág. 1377, manifiesta que "el perjuicio ha de entenderse para el propietario, con independencia del menoscabo que, generalmente, sufra la cosa, (aunque puede que no lo sufra, como en la elección entre dos posibles arrendatarios, de uno que desprestige el local frente a otro que le daría notable lustre), pero ocasionado precisamente a través de un mal uso de la misma".

<sup>425</sup> En este sentido RICCI, *Corso teorico-pratico...*, op. cit., pág. 305, n. 247, considera que "[l]a decadenza dal diritto d'usufrutto per causa d'abuso non è applicabile all'usufrutto di cose che usu consumuntur".

posesión de los mismos. Su única obligación nace al terminar su derecho: restituir, pero no la misma cosa entregada, sino un equivalente. De ahí la gran libertad de uso del usufructuario de cosas consumibles.

### 3.2.4 La obligación de restituir

La restitución constituye la principal obligación del usufructuario al terminar su derecho. El art. 522 Cc afirma que "[t]erminado el usufructo, se entregará al propietario la cosa usufructuada". El precepto exige la entrega del mismo bien que se ha disfrutado, entrega imposible cuando se trata de un usufructo de cosas consumibles. Es por ello que el art. 482 Cc establece un régimen jurídico específico, que dada su especialidad y peculiaridad será tratado en un capítulo posterior.

Lo que resulta evidente es que el art. 482 Cc impone un "remedio autónomo", característico del usufructo de cosas consumibles, consistente en el deber *ex lege* de restituir el valor o el *tantundem*, que viene a restablecer el equilibrio roto por la consumición<sup>426</sup>. La *restitutio* del *tantundem* es el instrumento que, dentro de lo posible, supera la no subsistencia de la cosa consumible después del goce de unos bienes que no pueden ser disfrutados de otro modo que consumiéndolos.

La obligación de restituir, por lo tanto, se aplica en el usufructo de cosas consumibles en su acepción más general.

---

<sup>426</sup> JORDANO BAREA, "El quasi-usufructo...", *loc. cit.*, pág. 1007.

#### 4. Derechos y obligaciones del nudo propietario en el usufructo de cosas consumibles

No podemos terminar el estudio del contenido del usufructo de cosas consumibles sin hacer una leve mención a la posición jurídica del nudo propietario, propiedad, por otra parte, cuyo contenido se ve modificado por el usufructo, sea de la clase que sea (no se habla de propiedad, sino de nuda propiedad).

Sus derechos y obligaciones serán correlativos a los derechos y obligaciones del usufructuario del art. 482 Cc<sup>427</sup>.

El art. 489 Cc faculta al nudo propietario a disponer de la cosa enajenándola; en este sentido se afirma que "[e]l propietario de bienes en que otro tenga el usufructo, podrá enajenarlos, pero no alterar su forma ni sustancia, ni hacer en ellos nada que perjudique al usufructuario"<sup>428</sup>. Como pone de manifiesto PUIG BRUTAU, "los actos que sean de pura disposición, es decir aquellos que sólo alteren la persona del titular de la nuda propiedad sin afectar a las posibilidades de uso y disfrute del usufructuario sobre la cosa gravada, están permitidos"<sup>429</sup>. No obstante, si el nudo propietario, en caso de un usufructo de cosas consumibles,

---

<sup>427</sup> De los derechos y obligaciones del nudo propietario, aunque no específicamente en el caso de un usufructo de cosas consumibles, se encargan entre otros muchos, PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, op. cit., tomo III, vol. segundo, págs. 330 y 331; o CLEMENTE MEORO, en LÓPEZ LÓPEZ, y MONTÉS PENADÉS, *Derechos reales...*, op. cit., págs. 473 y 474; LASARTE, *Principios...*, op. cit., tomo cuarto, primera parte, págs. 339 y 340.

<sup>428</sup> En cuanto a este artículo VENEZIAN, *Usufructo...*, op. cit., II, págs. 659 y 660, afirma que "[e]l precepto contenido en el comienzo del art. 495 [nuestro art. 489 Cc como remarca CASTÁN en sus notas], que no puede, en manera alguna, perjudicar los derechos del usufructuario, no estatuye una obligación especial del propietario, sino que, afirmando una obligación impuesta a todos los miembros de la comunidad social con respecto al derecho real de usufructo, viene únicamente a señalar la forma en que el usufructo limita la propiedad".

<sup>429</sup> PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, op. cit., tomo III, vol. II, pág. 331.

dispone de estos bienes, lo que adquirirá el nuevo titular es el derecho al equivalente: el *tantundem* o el precio.

El art. 107-2° LH permite la hipotecabilidad de la nuda propiedad, afirmando que "si el usufructo se consolidare con ella en la persona del propietario, no sólo subsistirá la hipoteca, sino que se extenderá también al mismo usufructo, como no se haya pactado lo contrario". Aquí nos encontramos con la misma circunstancia que en la hipoteca del derecho de usufructo de cosas consumibles. Si el usufructo es sólo sobre cosas consumibles, es evidente que el objeto es mueble por lo que difícilmente será posible teniendo en cuenta los principios inspiradores de la Ley Hipotecaria.

Por otra parte, el nudo propietario tampoco tiene derecho a recibir la cosa en el mismo estado en que fue entregada al usufructuario (art. 522 Cc), sino que su derecho es a la percepción de un equivalente (art. 482 Cc). No le incumbe el derecho a recibir el mismo bien, porque el usufructuario de cosas consumibles no está obligado a conservar la forma y sustancia de la cosa.

En cuanto a sus obligaciones, centrándonos también en el usufructo de cosas consumibles, se resume en que el nudo propietario deberá permitir el disfrute pleno y absoluto de los bienes al usufructuario<sup>430</sup>.

---

<sup>430</sup> Con carácter general, VENEZIAN, *Usufructo...*, op. cit., II, pág. 510, afirma que "el propietario, como tal, no tiene más que obligaciones negativas para con el usufructuario, correlativas al derecho real de éste y consistentes en no perturbarle en el ejercicio del mismo".

## II.- La naturaleza jurídica del usufructo de cosas consumibles

### 1. La posición jurídica del usufructuario

La amplitud de facultades de un usufructuario de cosas consumibles, la desaparición del bien y el hecho de restituir un equivalente, ha generado la creencia, a lo largo de la Historia, de que lo que se produce es una transmisión de la propiedad al usufructuario. Se considera que lo que hace el "usufructuario" no es un acto de disfrute sino un acto de propietario. Sin embargo, hay que señalar que no todas las legislaciones han reflejado expresamente en su articulado la transmisión de la propiedad de las cosas consumibles al usufructuario. Así, por ejemplo, el art. 482 Cc, el art. 587 del Code o el 995 del Codice no contienen un reconocimiento de la transmisión, sino que ha sido la doctrina de los respectivos países la que ha otorgado al usufructuario de cosas consumibles la propiedad de las mismas<sup>431</sup>.

A pesar de ello consideramos que puede ponerse en cuestión una explicación semejante del usufructo de cosas consumibles, es decir, la necesidad de transmisión de la propiedad. Es la gran amplitud del derecho concedido al usufructuario lo que nos obliga a estudiar la naturaleza jurídica del usufructo de cosas consumibles, es decir, a plantearnos si nos hallamos o no ante un propietario. Hay que analizar si la transmisión es realmente razonable, si corresponde a la voluntad legal y encaja en el sistema de derechos reales.

---

<sup>431</sup> El reconocimiento expreso de la transmisión de la propiedad al usufructuario se manifiesta, entre otros, en los Códigos de Alemania, Suiza, Portugal, Argentina, Chile, Brasil o Louisiana.

Deberemos también descubrir para qué sirve solucionar este tema de la transmisión o no de la propiedad, el porqué y para qué es importante establecer si es propietario. A priori parece que no tenga relevancia el que haya o no transmisión de la propiedad<sup>432</sup>, pero como veremos sí que la tiene en materia de pérdida de la cosa y de quiebra del usufructuario o del nudo propietario. Solucionar esos temas depende de quién sea el propietario por ser problemas de atribución de riesgos o quiebra.

Sin embargo, actualmente la transmisión de la propiedad no debe ser la cuestión básica en torno a la cual gira el usufructo de cosas consumibles, como lo ha sido tradicionalmente, al considerarse ésta el foco de atracción de la institución. Hoy por hoy, lo importante es saber qué puede hacer el usufructuario, qué debe restituir. Lo importante será pues el régimen jurídico de la institución.

A continuación procederemos a analizar de forma crítica los argumentos en que se sustenta la idea de la transmisión de la propiedad, los momentos que se consideran claves para dicha transmisión, las posiciones doctrinales al respecto, con el objetivo de comprobar si realmente es posible y necesario admitirla.

### 1.1. Teoría tradicional: La transmisión de la propiedad

A lo largo de los siglos, la ciencia jurídica ha considerado que el usufructuario de una cosa consumible se convierte en propietario dado que consume el bien objeto de usufructo y sólo un propietario tiene el *ius abutendi* sobre una cosa.

Así, a título de ejemplo, ya en el Derecho romano, Gayo, en el libro VII *ad edictum provinciale*, D., lib. VII, tit. V (De usufructu earum rerum), 7 (Si vini), manifestó

---

<sup>432</sup> Así se manifiesta SANTOS BRIZ, *Derecho civil....*, op. cit., tomo II, Madrid, 1973, pág. 410, nota 26, quien considera que tiene poca importancia el hecho de que se transmita o no la propiedad.

que "[s]i vini, olei, frumenti ususfructus legatus erit, *proprietatis ad legatarium transferri debet*". La transmisión, por lo tanto, era un requisito imprescindible en el usufructo de cosas consumibles. Ésta transmisión de la propiedad no se somete a duda por la doctrina del *ius commune*, la cual es unánime en admitirla<sup>433</sup>, ni, como iremos viendo, por la doctrina posterior. Así, por ejemplo, en el siglo XIX, IHERING afirma que en el *quasiusufructus* "seiner Anlage nach ein *ius in re*, sich so weit vergibt, die Gestalt des Eigenthums anzunehmen"<sup>434</sup>; es decir, el usufructo de cosas consumibles, debido a la desaparición del objeto "toma", "adopta", "supone" -annehmen- la forma de propiedad.

---

<sup>433</sup> Así, entre los juristas españoles, GÓMEZ, Antonio, *Variarumque resolutionum Iuris Civilis, Communis et Regii. Accesserunt eruditissime annotationibus Emanuelis Soarez a Ribeira*, tomus II, Coloniae Allobrogum, 1622, cap. XV, n. 3, pág. 359, dice que en las cosas consumibles no cabe el usufructo propio "cum necessario quotidie debeat consumi, & alienari proprietatis".

VIVIANUS, *Casus a Digesto lib. VII, tit. V (De usufructu earum rerum)*, l. VII (Si vini): "[l]egasti mihi usufruc. in vino, frumento, vel oleo heres quidem tuus debet in me transferre proprietatis"; ODOFREDUS, *Lectura...*, op. cit., lib. VII, tit. (De usufructu earum rerum quae usu consumuntur), l. Si tibi vini, fol. 256r: "solvetur tibi transit in te omnium illarum rerum"; ALBERICUS DE ROSATE, *Dictionarium iuris tam civilis quàm canonici*, Venetiis, 1573: "usufructus, vel usus appellatione, aliquando continetur plena proprietatis ff de usufr. earum rerum quae usu. consu. l. fina de auro & argen. lega. l. species. & de usufruct. l. proculus. Licet videatur contra, de servit. rustic. praed. l. qui duo"; CURTIUS, nota a Paulus Castrensis, *In secundam Digesti Veteris...*, op. cit., Lex X, partis tertiae, n. 2, fol. 158r: "in ipsum transferatur dominium dictarum rerum"; DONELLUS, *Commentarius...*, op. cit., lib. X, cap. II, n. 8, pág. 13: "[h]abet dominus in re sua utendi fruendi. Sed hoc ius non dicitur usufructus, nisi cum adiuncto, ut dicatur: usufructus, quem habet is, qui habet proprietatem"; ALTHUSIUS, *Dicaeologicae...*, op. cit., lib. I, caput. XXIV "De servitutibus personarum", n. 35, págs. 94 y 95: "plenum dominium & proprietatis ad personam dominantem transeat"; OINOTOMUS, *In quattuor Institutionum...*, op. cit., lib. II, tit. IIII, n. 4, pág. 116: "[e]t hoc casu dominium transit in usufructuarium"; VOET, *Commentariorum...*, op. cit., lib. VII, tit. V, n.1, pág. 169: "traduntur res fungibiles, ut, domino earum in accipientem translato"; BRUNNEMANNUS, *Commentarius in quinquaginta...*, op. cit., lib. VII, tit. V, ad l. Si vini, n. 2, pág. 289: "[n]otetur etiam per hunc quasi usufructum transferri dominium"; GALVANUS, *De usufructu...*, op. cit., cap. III, VII, pág. 22: "quasi ususfructus non est pars aut species servitutis, sed domini; nam per eum proprietatis plena domino veteri abit in quasi usufructuarium".

<sup>434</sup> IHERING, *Scherz und Ernst...*, op. cit., pág. 306.



Cuando hay un reconocimiento expreso de la transmisión de la propiedad por la ley las dudas quedan disipadas. Se estará o no de acuerdo con la adquisición de la propiedad por parte del usufructuario, pero el motivo de la transmisión es la fuerza de la ley y el reconocimiento legal de tal circunstancia evita cualquier discusión relativa a la necesidad o no de transmitir.

Algunos códigos modernos manifiestan expresamente la transmisión de la propiedad en el usufructo de las cosas consumibles, y entre ellos destaca el § 1067 del BGB<sup>435</sup>. La doctrina alemana ha sido unánime en admitir la transmisión de la propiedad al usufructuario<sup>436</sup>. Su argumentación se

---

<sup>435</sup> El § 1067 BGB declara que "[s]ind verbrauchbare Sachen Gegenstand des Nießbrauchs, so wird der Nießbraucher Eigentümer der Sachen". Como avanzábamos con anterioridad, también reconocen la transmisión de la propiedad el art. 772 del Código civil suizo: "[l]es choses qui se consomment par l'usage deviennent, sauf disposition contraire, la propriété de l'usufruitier"; el art. 1451-2 del vigente Código portugués, a diferencia del art. 2209 del Código de 1867, considera que "[o] usufruto de coisas consumíveis não importa transferência da propriedade para o usufrutuário"; el art. 2811 del Código civil argentino dice que "[e]l cuasiusufructo transfiere al usufructuario la propiedad de las cosas sujetas a este usufructo"; el art. 789 del Código civil de Chile: "[s]i el usufructo se constituye sobre cosas fungibles, el usufructuario se hace dueño de ellas"; el art. 726 del Código civil de Brasil: "[a]s coisas que se consomem pelo uso, caem para logo no domínio do usufructuario"; el art. 538 del Código civil de Louisiana: "[i]f the things subject to the usufruct are consumables, the usufructuary becomes owner of them".

<sup>436</sup> Sin embargo, NUSSBAUM, Arthur, *Das Nießbrauchsrecht des BGB. Unter den Gesichtspunkten der Rechtstatsachenforschung* (Zugleich ein Beitrag zur Kritik des BGB), Berlín, 1919, en el capítulo tercero (págs. 88 ss) hace un estudio crítico de los §§ 1030-1089 BGB proponiendo un contraproyecto al derecho de usufructo (págs. 91 ss), en cuyo Art. XXV (pág. 94), afirma que "[a]n verbrauchbaren Sachen erhält der Nießbraucher, wenn nichts anderes bestimmt ist, das Eigentum"; por lo tanto, al permitirse que las partes puedan determinar otra cosa, parece ser que la transmisión no es esencial en el usufructo de cosas consumibles, según la opinión del autor. El problema es que no comenta posteriormente el artículo XXV como sí hace con otros de los artículos de su contraproyecto.

El art. 772 del Código civil suizo se expresa en el mismo sentido que defiende el autor: "[l]es choses qui se consomment par l'usage deviennent, sauf disposition contraire, la propriété de l'usufruitier". LEEMANN, Hans, *Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, herausgegeben von M. GMÜR en *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Band IV (Sachenrecht), II Abteilung, Bern, 1925, pág. 541, al comentar el art. 772 del Código civil suizo, manifiesta que el usufructuario de cosas consumibles se convierte en propietario con la constitución del usufructo "ohne dass der Wille der Partien auf die Eigentumsübertragung gerichtet sein muss", pero añade que "[d]iese

apoya básicamente en el reconocimiento legal de dicha transmisión o en el hecho de hallarnos ante cosas consumibles<sup>437</sup>.

---

erzwingt den Eigentumsübergang nicht"; así pues, dice que, por ejemplo, en cosas consumibles, excepcionalmente, se puede constituir un usufructo propio, en cuyo caso el usufructuario no se convierte en propietario, o se puede pactar que la propiedad permanezca en el concedente hasta el efectivo consumo de la cosa. También es posible que primero se constituya un usufructo propio y después se permita que las cosas se consuman o vendan, convirtiéndose en un usufructo impropio y transfiriéndose la propiedad al usufructuario.

<sup>437</sup> En el siglo XIX la doctrina de los pandectistas no aportó mucha novedad en el tema, puesto que se limitaron a reconocer que en el usufructo de cosas consumibles se transmitía la propiedad. Así, por ejemplo, THIBAUT, Anton Friedrich Justus, *System des Pandekten-Rechts*, Erster Band, Jena, 1828, pág. 58, § 610: "verzehrbaeren Sachen, welche dann also sein Eigentum werden"; BRINZ, Alois, *Lehrbuch der Pandekten*, erster Band, Erlangen, 1873, pág. 779, § 194, matizó que se transmitía por tratarse de un usufructo de cosas consumibles: "[a]n Körperlichen, aber verzehrbaeren Sachen ist der Ususfructus Verbrauchsrecht, zu diesem Ende denn auch Eigentum"; MÜLENBRUCH, *Lehrbuch...*, op. cit., pág. 156 y 157, § 285: "der Empfänger Eigenthümer derselben wird"; PUCHTA, *Cursus der Institutionem*, zweiter Band, Leipzig, 1857, pág. 804, § 255: "und den Quasiusufructuar, auf den das Eigentum der Sachen übergeht"; KELLER, *Pandekten...*, op. cit., pág. 382, § 174: "[h]ier wird der Uusufructuar Eigenthümer"; ARNDTS, *Lehrbuch...*, op. cit., pág. 291, § 181: "dab solche Sachen in das Eigentum desjenigen"; WENDT, *Lehrbuch...*, op. cit., pág. 378, § 145, afirma que "[e]s ist dazu das Mittel der Eigentumsübertragung tauglich, welche dann auch die Befugnis zur Consumption gewährt"; BARON, *Pandekten...*, op. cit., pág. 289, § 161: "[d]er Quasiusufructuar erwirbt das Eigentum derselben"; WINDSCHEID, *Lehrbuch...*, op. cit., pág. 1045, § 206: "dab dem Empfänger das Eigentum dieser Sachen zugesprochen wird".

Los Motive zu dem Entwurfe..., op. cit., §§ 1018-1020, pág. 534, n. 3, manifiestan que la adquisición de la propiedad se debe a que la cosa sea consumible: "Voraussetzung der den Eigentumserwerb des Niebbrauchers bestimmenden Rechtsnorm, dab verbrauchbare Sachen Gegenstand des Niebbrauches sind"; sin embargo, en la pág. 535, n. 4, se pone de relieve que la transmisión de la propiedad puede ser fruto de un acuerdo de voluntad de las partes, o puede tener lugar por fuerza de la ley. En las deliberaciones del BGB (JAKOBS y SCHUBERT, *Die Beratung des Bürgerlichen...*, op. cit., Sachenrecht II, §§ 1018-1296, pág. 223, § 1067) se comenta: "der Eigentumserwerb des Niebbrauchers", manifestando que "Niebbraucher Eigentümer wird", centrado el estudio en las desventajas que supondría mantener la propiedad al nudo propietario hasta el momento de la consumición, pero sin hacer un especial análisis del motivo de la transmisión.

Vigente el BGB hay un reconocimiento legal de la transmisión de la propiedad, y así se manifiesta, entre muchos otros, por DERNEBURG, *Das Sachenrecht des Deutschen...*, op. cit., pág. 560, § 191: "[d]er Niebbraucher wird auch nach dem BGB infolge der Übergabe der verbrauchbaren Sachen deren Eigentümer"; KOHLER, *Lehrbuch des bürgerlichen...*, op. cit., pág. 318, § 106: "[d]er sogenannte Quasiniebbbrauch, §§ 1067 und 1084, ist nur ein Niebbrauchersatz, d. h. eine Eigentumsübertragung"; HEDEMANN, [Justus Wilhelm], *Tratado de Derecho civil. Derechos reales*, versión española y notas de José Luís Díez Pastor y Manuel González Enríquez, vol. II, Madrid, 1955, pág. 362: "el usufructuario, en tales circunstancias, no es titular de un derecho en cosa ajena, sino que obtiene la propiedad misma de la

Esta idea de transmisión de la propiedad ha perdurado hasta nuestros días no sólo en las legislaciones donde hay un reconocimiento legal, sino también en países en los que no existe esa admisión legal, siendo precisamente en estos ordenamientos donde es más discutible aceptar dicha transmisión dados los principios que configuran la adquisición de la propiedad y otros derechos reales, como tendremos oportunidad de analizar.

También en España la adquisición de la propiedad por parte del usufructuario se ha considerado uno de los puntos esenciales del usufructo de cosas consumibles por la que podemos denominar teoría tradicional. Esta adquisición de la propiedad no sería objeto de discusión si nuestro ordenamiento lo reconociera expresamente en el art. 482 Cc, tal como hace en el art. 1753 Cc en sede de préstamo: "[e]l que recibe en préstamo dinero u otra cosa fungible, *adquire su propiedad*". Al no hallarnos ante semejante situación, afirmar que en el usufructo de cosas consumibles hay una transmisión de la propiedad resulta más arriesgado,

---

cosa"; BAUR, Fritz, y STÜNER, Rolf, *Lehrbuch des Sachenrechts*, München, 1992, pág. 585: "[d]er Niebbrauch an verbrauchbaren Sachen wird vom Gesetz in Eigentum des Niebbrauchers umgedeutet"; MÜLLER, Klaus, *Sachenrecht*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1993, pág. 1039, § 12: "der Niebbraucher kraft Gesetzes Eigentümer der Sache wird". Los comentaristas del § 1067 del BGB han argumentado que el motivo de la transmisión es el hallarnos ante una cosa consumible; así, por ejemplo, BAUR, comentario al § 1067 del BGB, en *Bürgerliches Gesetzbuch...*, op. cit., pág. 559: "[f]ür den Eigentumsübergang ist die objektive Eigenschaft der Verbrauchbarkeit der Sache maßgebend"; o la transmisión se debe a la fuerza imperativa de la ley, como pone de manifiesto, por ejemplo, PETZOLDT, comentario al § 1067 BGB, en *Münchener Kommentar...*, op. cit., pág. 1414, n.2: "[d]er Eigentumserwerb des Niebbrauchers an verbrauchbaren Sachen tritt Kraft Gesetzesein mit der Bestellung des Niebbrauchs".

Analizado rápidamente el Derecho alemán, al que posteriormente haremos referencia, donde se reconoce la transmisión ya sea por fuerza de la ley o por el hecho de hallarnos ante una cosa consumible, hay que poner de manifiesto que en Alemania rige el sistema de transmisión abstracta de la propiedad, es decir, la adquisición de la propiedad se desvincula del título contractual y se produce por un específico negocio dispositivo ulterior al contrato (*dinglicher Vertrag*) denominado acto o negocio traslativo (*Einigung*). Una síntesis en castellano del tema la ofrecen, entre otros, RUBIO GARRIDO, Tomás, *Contrato de compraventa y transmisión de la propiedad*, Bolonia, 1993, págs. 107 ss; CUENA CASAS, Matilde, *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, Barcelona, 1996, págs. 181 ss.

aunque esto no ha impedido a la jurisprudencia a manifestarse en este sentido<sup>438</sup>.

Pero, además, si hubiese realmente transmisión de la propiedad, habría que ver en qué forma de adquisición del art. 609 Cc encaja el art. 482 Cc, y ésta sólo podría ser en la ley o en los contratos mediante tradición<sup>439</sup>. Es entonces cuando se plantean las siguientes dudas: ¿la ley (art. 482 Cc) autoriza esa transmisión de la propiedad o solamente la adquisición de un derecho real de usufructo?; ¿el contrato o acuerdo de voluntad por el cual se constituye el usufructo de cosas consumibles, es un título apto para transmitir la propiedad como, por ejemplo, en el caso de la compraventa?; y si es así, ¿por qué se admitió la constitución del usufructo de cosas consumibles en lugar de acudir a otros mecanismos jurídicos como pueden ser la compraventa, mutuo, etc.?

Todas estas dudas se intentarán solucionar a lo largo del presente capítulo. Es por ello que procedemos a continuación, y en primer lugar, a examinar los motivos que han llevado a postular, tanto a la doctrina española como a la extranjera, la transmisión de la propiedad.

---

<sup>438</sup>En el Acuerdo del Tribunal Económico-Administrativo Central de 20 de noviembre de 1964 (RA 1682, 1965) se afirma que el art. 482 Cc "configura el llamado cuasi-usufructo romano, y modernamente designado usufructo impropio, impropiedad consistente en que concede al usufructuario el derecho de consumir la cosa como excepción al principio «salva rerum substantia» que informa el usufructo; es decir, que en el usufructo de cosas consumibles se otorga al usufructuario para que pueda obtener de ella toda la utilidad de que fuera susceptible una titularidad de disposición, en definitiva la propiedad misma, convirtiendo el nudo propietario en acreedor".

<sup>439</sup> Según GALVANUS, *De usufructu...*, op. cit., cap. III, VII, pág. 22, estamos ante una categoría de alienación, "si verum est, quod hactenus a nostris interpretibus creditum ac traditum est, alienationem esse actum illum, per quem ad alium rei proprietatis transferatur".