

EL USUFRUCTO DE COSAS CONSUMIBLES

(Análisis del art. 482 Cc)

3. La estimación del objeto

3.1. Significado y función de la estimación

Introducido el tema de la restitución y hecho un análisis previo y general del bien objeto de la misma, es preciso que ahora nos centremos en la primera modalidad descrita en el art. 482 Cc.

Ahora pretendemos analizar la estimación desde el punto de vista restitutorio, como una de las modalidades que se regulan en el art. 482 Cc; saber qué es y qué consecuencias conlleva.

BARBERO define la estimación como un acto mediante el cual al inicio del usufructo se atribuye a las cosas objeto del mismo un determinado valor⁶⁴⁴.

De la lectura del art. 482 Cc, se deduce que la estimación equivale al valor económico que se asigna al bien y que se restituirá al finalizar el derecho. Aquí el término estimación se utiliza de forma que revela la idea que realmente representa, cosa que no sucedía en la derogada regulación de la dote. El art. 1346 Cc, clasificaba la dote en estimada e inestimada y la distinción no consistía en la circunstancia de que los bienes se hubieran o no evaluado, sino en los efectos de la estimación, es decir, en el hecho de que el dominio de esos bienes se transmitiera al marido (dote estimada), o permaneciera en la mujer (dote inestimada)⁶⁴⁵.

⁶⁴⁴ BARBERO, *Sistema...*, op. cit., pág. 384. Entre nosotros, BADOSA COLL, *La diligencia y la culpa...*, op. cit., pág. 888, en torno a la estimación afirma que "[l]a función de representación de la cosa debida que se ha perdido será encomendada al dinero en cuantía que se medirá en función del valor de la cosa: la *aestimatio*", añadiendo en la pág. 892 que "la *aestimatio* es el medio idóneo de sustitución de la cosa (arts. 482; 861-1; 863-1; 886; 1062-1;...) sin cambiar su calificación"; CARRASCO PERERA, "Restitución de provechos (y II)", loc. cit., pág. 8, considera que la estimación objetiva del bien sujeto a restitución (*aestimatio rei*), "en el Código civil suele aparecer como una partida del daño emergente, unas veces nombrado como valor y otras como precio de la cosa".

⁶⁴⁵ El art. 1346 Cc confirma esta observación al definir la dote inestimada como aquella en que la mujer conserva el dominio de los

VENEZIAN afirma que las funciones que puede tener la estimación son diversas: puede consistir en un avalúo *taxationis causa*, es decir, señala el precio que habrá de restituir quien recibe los bienes que debe devolver y por su culpa perecen o se deterioran; puede implicar un avalúo *venditionis causa*, que como ya vimos, supone la venta de la cosa tasada, transmitiéndose su propiedad a quien la recibe, quedando éste obligado a abonar su valor; finalmente, la misión del avalúo puede ser la de que, sin transmisión de la propiedad, pasen a cargo del que recibe el objeto los riesgos que sobrevengan⁶⁴⁶.

La estimación que describe el art. 482 Cc hemos de entenderla como una determinación o fijación anticipada en términos monetarios del importe a restituir. Si luego hay fluctuaciones de valor, ese será otro tema que habrá que tratar, pero por principio, la estimación es lo que es, y tiene la función que le atribuye el propio art. 482 Cc: "pagar el importe del avalúo", no el valor en el momento de la extinción.

Además, si perecen los bienes por culpa del usufructuario está claro que debe responder el usufructuario, entonces la estimación jugaría como una determinación anticipada del alcance de su responsabilidad por todas las vicisitudes que puedan correr los bienes; o lo que es lo mismo, y en palabras de VENEZIAN, una forma de pasar a cargo del que recibe el objeto los riesgos que sobrevengan.

Así pues, la estimación propia del art. 482 Cc, comprende ambas funciones: fijar el importe a restituir al final del derecho, y como ese importe ha de restituirse de todas maneras con independencia de la suerte que corran los

bienes, "háyanse o no evaluado". Entre otros, MUCIUS SCAEVOLA, Comentario al art. 1346 Cc, en *Código civil...*, op. cit., tomo XXI, Madrid, 1967, pág. 527; MANRESA y NAVARRO, Comentario al art. 482 Cc, *Comentarios...*, op. cit., tomo XI, 1969, pág. 387; LACRUZ BERDEJO, voz "Dote", en *NEJ*, tomo VII, Barcelona, 1980, págs. 852 ss.

⁶⁴⁶ VENEZIAN, *Usufructo...*, op. cit., tomo II, pág. 12, nota 1; añade que la última función descrita "no puede ser atribuida al avalúo sino por voluntad de las partes, o por declaración de la ley que interprete dicha voluntad; y nunca procede, en perjuicio del usufructuario, cuando la ley guarda silencio".

bienes, está fijando también el valor del que deberá responder el usufructuario en caso de perecimiento o deterioro culposo de los bienes.

Determinada sin duda la función restitutoria de la estima, la obligación de restituir es pura y simple, porque se supone que por voluntad de los que constituyen el usufructo se elige esta única solución⁶⁴⁷. Es decir, la restitución se limita a la entrega del importe del avalúo, sin facultar al usufructuario a restituir un *tantundem* -que sólo procede en el caso de no existir la estima-. Las partes, sin embargo, pueden pactar lo contrario⁶⁴⁸.

3.2. Vinculación de la estimación y la consumibilidad

La obligación simple de restituir el importe del avalúo está íntimamente conectada con la consumibilidad pura, es decir, con el régimen de las cosas consumibles no fungibles en que no es posible otra cosa que restituir el valor. O también con aquellos supuestos en que los bienes que en un inicio eran fungibles, hayan dejado de serlo por

⁶⁴⁷ RUIZ SERRAMALERA, *Lecciones...*, op. cit., nota 1, pág. 40.

⁶⁴⁸ Entre nosotros, SANTOS BRIZ, *Derecho civil*, op. cit., tomo II, pág. 410: "el Cc no establece más que la obligación pura y simple del usufructuario de pagar el importe del avalúo de la cosa al terminar el usufructo, si se hubiera dado estimada". En Italia, entre la doctrina del Codice de 1865, BORSARI, *Comentario al art. 483*, en *Commentario...*, op. cit., pág. 307, § 950: "[f]atta la stima, alla quale può essere obbligato, statuito il prezzo, non ha più libertà di dare l'equivalente naturale: deve render le cose al valore definito"; entre la doctrina del Codice de 1942, PALERMO, *Usufrutto...*, op. cit., pág. 155, n. 102: "[o]vviamente la stima del valore precedente a la costituzione dell'usufrutto fissa inalterabilmente il rapporto giuridico fra le parti nel senso che il proprietario o l'erede del proprietario, perderà il suo diritto (reale) sulla cosa che si converte in una pretesa all'adempimento di pagarne il prezzo, alla fine dell'usufrutto, posto a carico dell'usufruttuario"; PUGLIESE, *Usufrutto...*, op. cit., pág. 662, n. 156-II: "[l]'obbligazione dell'usufruttuario è parimenti semplice, se le cose siano state stimate: unico possibile oggetti del pagamento è la somma di denaro corrispondente alla stima"; BIGLIAZZI, *Usufrutto...*, op. cit., pág. 194, n. 49: "il quasi-usufrutto presenti la duplice possibilità dell'obbligazione semplice (in caso di stima, art. 995, comma 1°) e dell'obbligazione alternativa (nell'ipotesi del 2° comma 2°, 1818).

nuevas exigencias del mercado (objetos que han dejado de fabricarse, por ejemplo)⁶⁴⁹.

En este sentido, CASTILLO DE SOTOMAYOR, ya nos advertía que el usufructo "quae uso ipso naturaliter consumuntur, earum tamen, quae functionem in genere suo non recipiunt: tunc debet usufructuarius cavere de tanta pecunia finito usufructu reddenda & ad illam praecise tenetur"⁶⁵⁰.

No obstante, esto no significa que las cosas puramente consumibles deban estimarse necesariamente, ni que si se procede a la estimación de los bienes sea porque se trata de cosas consumibles no fungibles, puesto que la ley no lo dice expresamente. Además, en el supuesto que no haya estimación el legislador faculta al usufructuario a restituir el "precio corriente", alternativamente con el *tantundem*.

Esta conexión entre la idea de consumibilidad y el importe de la estimación queda reflejada en el Derecho alemán, cuyo § 1067 BGB obliga a restituir al usufructuario simplemente la estima de las cosas hecha al constituirse el usufructo ("nach Beendigung des Nießbrauchs hat er dem Besteller den Wert zu ersetzen, den Sachen zur Zeit der Bestellung hatten"⁶⁵¹), sin posibilidad de restituir un *tantundem*⁶⁵², aunque la doctrina actual lo admite si hay

⁶⁴⁹ Es por ello que BIGLIAZZI, *Usufrutto...*, op. cit., pág. 193, n. 49, afirma: "alla base del quasi-usufrutto sta il criterio della consumabilità".

⁶⁵⁰ CASTILLO DE SOTOMAYOR, *Quotidianorum controversiarum...*, op. cit., lib. 1, cap. XVII, n. 20, fol. 106v.

⁶⁵¹ En el mismo sentido se expresa también el § 510 del Código austriaco: "Verbrauchbare Sachen sind an sich selbs kein Gegenstand des Gebrauches oder der Fruchtneißung, sondern nur ihr Wert. Mit dem baren Gelde Kann der Berechtigte nach Belieben verfügen. Wird aber ein bereits anliegendes Kapital zum Fruchtgenusse oder Gebrauche bewilligt; so kann der Berechtigte nur die Zisen fordern".

⁶⁵² Hasta llegar a la regulación del actual § 1067 BGB, el Derecho alemán defendió otras posturas en torno a la restitución.

Entre la doctrina de la pandectística, se defendía la posibilidad alternativa de restituir cosas de igual calidad y cantidad, o su valor. Así, GLÜCK, *Commentario...*, op. cit., § 645, pág. 382; MÜHLENBRUCH, *Lehrbuch...*, op. cit., § 285, pág. 157;

THIBAUT, *System...*, op. cit., § 610, págs. 53 y 54; BRINZ, *Lehrbuch...*, op. cit., § 194-a, pág. 778; PUCHTA, *Cursus der Institutionem (System und Geschichte des römischen Privatrecht)*, zweiter Band, fünfte neu vermehrte Auflage (nach dem Tode des verfassers befort von A. Ruderff, Leipzig, 1857, § 255, pág. 804; ARNDTS, *Lehrbuch...*, op. cit., § 181, pág. 291; BARON, *Pandekten...*, op. cit., § 161, pág. 289; etc.

Mención aparte se merecen los autores que han realizado un estudio más exhaustivo del usufructo. Así, son partidarios de la obligación alternativa, MADAI, "Ueber den Nießbrauch...", op. cit., pág. 141 y 142: "dem Eigenthümer dereinst entweder eine Sache gleicher Güte zu restituiren, oder den Geldwert (...). Man ließ zu dem Ende den Usufructuar eine Caution leisten, wodurch er die erwähnte alternative Verbindlichkeit übernahm"; HELD, *Die Lehre vom usufructus...*, op. cit., pág. 75-II, § 15: "Nach geendetem Nießbrauche hat der Quasi-usufructuar die Verpflichtung, eine Sache von gleicher Qualität und Quantität, wie die erhaltene, zurückzugeben oder - aestimatis rebus- den Schätzungswerth zu vergüten"; LAHOVARI, *De usufructu...*, op. cit., pág. 54, § 18: "[e]t quidem res quae usu consumuntur restituuntur ejusdem qualitatis et quantitatis aut aestimationis certa datur pecunia".

En otro sentido se manifiestan, BÜRKELE, *Beiträge zur Lehre...*, op. cit., pág. 44, § 6, el cual excluye la libertad de elección al usufructuario por considerarlo injusto y afirma: "[h]at die Uebergabe ohne Schätzung stattgefunden, so geht Forderung und Leistung nur auf Sachen gleicher Quantität und Qualität; denn die Vertretung dieses zunächst liegenden Leistungsobjectes durch dessen Geldwerth ist durch den Wortlaut der Gesetze an die Voraussetzung einer stattgefundenen Schätzung geknüpft"; HANAUSEK, *Die Lehre vom uneigentlichen...*, op. cit., págs. 29 ss., § 5, quien distingue diversos supuestos: "[u]eber die Restitutionspflicht entscheidet also 1) zunächst die Caution. 2) Mangels einer solchen wird α) bei vertretbaren Sachen Restitution derselben Quantität von Sachen derselben Qualität anzunehmen sein, mit Ausnahme jedoch solcher Fälle, in denen diese Verpflichtung eine ganz unverhältnismässige Belastung des Quasiusufructuars zur Folge hätte, β) bei unvertretbaren Sachen wird Mangels einer Parteiberedung auf Restitution der Aestimation zu erkennen sein"; FRANK, *Ueber den uneigentlichen ...*, op. cit., pág. 28, § 6, a similitud de Bürkel afirma: "geht die Cautio beim uneigentlichen Niessbrauch dahin, eine Sache gleicher Art oder, falls dies besonders ausgemacht war, den Schätzungswerth der übergebenen Objecte zu restituieren".

En el proceso codificador se propusieron también diversas posturas, que se recogen y se ponen de manifiesto por JAKOBS y SCHUBERT, *Die Beratung...*, op. cit., § 1067, en especial, pág. 224, IV: "Der Entwurf läßt den Nießbraucher am Ende des Nießbrauches den Werth restituiren, welchen die Sache bei Begründung des Nießbrauches hatte. Die Anträge weichen insofern von dem Entwurf ab, als der Antrag 3 die Zeit der Beendigung des Nießbrauches für die Bestimmung des zu restituirenden Werthes maßgebend sein lassen will und der Antrag 5 unter Festhaltung an dem Principe des Entwurfs dem Nießbraucher die alternative Befugniß zuspricht, statt des Werthes die empfangene Sache unter Erstattung eines etwaigen Minderwerthes der Sache zurückzugeben".

En los *Motive zu dem Entwurfe...*, op. cit., Band III, §§ 1018-1020, pág. 536, n. 6, al analizar el contenido de la restitución se afirma que cuando las cosas son consumibles y fungibles a la vez, se restituirá, como en el préstamo, una igual cantidad, y si se trata de cosas no fungibles, habrá una restitución en dinero. Sin embargo, se plantean una dudas: cuándo se estiman los bienes, o la posibilidad de establecer una alternativa.

pacto entre las partes y se trata también de cosas fungibles⁶⁵³.

La restitución del valor o de la estimación en el caso de que se trate de bienes consumibles no fungibles, es el único modo de satisfacer el interés del nudo propietario. A no ser que el usufructuario no haya consumido el bien, en cuyo caso puede restituir ese mismo bien o la estimación del mismo, a su elección -excepto que otra cosa se haya previsto en el título constitutivo-.

3.3. La facultad de exigir la estimación y dónde debe aparecer

El art. 482 Cc, al regular la restitución, lo hace en clave condicional: en función de que se hayan estimado o no los bienes, se procederá a una restitución u otra. Sin embargo, no establece por qué en unos casos puede existir estima y en otros no, ni precisa dónde hay que reflejar la estima, ni quién puede exigirla.

Si el precepto regula ambas posibilidades, la estima y su ausencia, parece que no es obligatorio proceder a la misma. El propio artículo niega la obligatoriedad.

⁶⁵³ Ya en el siglo pasado WEND, *Lehrbuch...*, op. cit., § 145, pág. 378: "[w]ird dazu nämlich obligatorisch die Pflicht zur Restitution des vollen Werthes der verzehrten Sachen, oder, wenn dieselben zugleich zu den vertretbaren Sachen gehörten, von *tantumdem eiusdem generis* hinzugesügt". En la actualidad, PROMBERGER, *Comentario al § 1067 BGB*, en *Staudingers Kommentar...*, op. cit., pág. 248, n. 14: "Zulässig ist weiter im Rahmen des § 1067 die Vereinbarung, daß der Nießbraucher, soweit es sich um vertretbare Sachen handelt, dem Besteller nach Beendigung des Nießbrauchs den Wert nicht in Geld zu ersetzen, sondern Sachen gleicher Art zurückzugeben hat"; PETZOLDT, *Comentario al § 1067 BGB*, en *Münchener Kommentar...*, op. cit., pág. 1415, III, fruto de la naturaleza dispositiva de este párrafo "[e]s kann vereinbart werden, daß statt Geld Sachen gleicher Art und Güte zurückgegeben werden, oder daß der Betrag zu ersetzen ist, der für die Anschaffung derartiger Sachen bei Nießbrauchsende aufzubringen ist"; MÜLLER, *Sachenrecht*, op. cit., pág. 1030: "Jedoch kann bei der Nießbrauchsbestellung auch vereinbart werden, daß der Sachwert im Zeitpunkt der Beendigung des Nießbrauchs maßgeblich sein soll oder Sachen gleicher Art und Güte zurückzuerstatten sind"; etc.

3.3.1. Dónde se refleja la estimación

Es preciso señalar dónde se refleja la estimación de los bienes si se procede a la misma. ¿Puede estipularse en el título constitutivo, o es preciso hacerlo en el inventario?

Ya dijimos en el capítulo anterior que la elaboración del inventario no es una obligación del usufructuario de cosas consumibles. Así pues, el título constitutivo será determinante en este aspecto, pues en él quedará reflejada la estimación o podrá señalarse en él que se proceda a la estimación en otro contrato o documento⁶⁵⁴.

Sin embargo, si se decide hacer inventario, no creemos que sea imprescindible contener en él la estimación⁶⁵⁵. Es

⁶⁵⁴ FORMIGGINI, Cesare, *La stima nella conclusione dei contratti*, Torino, 1893, pág. 211, n. 48ter, tras afirmar que si el art. 483 del Codice regula la posibilidad de que no se haya hecho la estima de los bienes, es por el hecho de que el art. 496 Codice dispensa de hacer inventario al usufructuario, señala que "a mio avviso, la generalità dei termini dell'art. 483 toglie gran parte della sua forza all'obbiezione, tanto più che, a tenore dello stesso capv. dell'art. 496, anche quando l'usufruttuario sia stato dispensato dal fare l'inventario, vi si può procedere su richiesta e a spese del proprietario".

⁶⁵⁵ Ya ARETINUS, *Commentaria, sue lectura...*, op. cit., De Usufructu, fol. 70, en la glosa a las Inst., lib. II, tit. IV (De usufructu), § 2 (Constituitur), n. 2, permite que no se refleje la estimación en el inventario: "[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".

En Italia la obligación de reflejarse en el inventario la tasación de los bienes, ha sido un tema debatido, puesto que el art. 1002 del Codice -equivalente a nuestro art. 491 Cc-, no decía nada al respecto, ya que se limita a afirmar que "[e]gli [el usufructuario] è tenuto a fare a sue spese l'inventario dei beni, previo avviso al proprietario". Sin embargo, parte de la doctrina, se amparaba en el antiguo art. 872-7 del Codice di Procedura civile, en el cual se obligaba a hacer la estimación de los bienes en el inventario: "l'inventario deve contenere: 7°) la descrizione e la stima dei mobili, la quale deve essere fatta a giusto valore, colla specificazione dal peso e dal marchio per gli effetti d'oro e d'argento" [actualmente es en el art. 775-2 del Codice di Procedura civile donde se contiene esta regla, aunque se han suprimido las palabras "la quale deve essere fatta a giusto valore"], convirtiendo este precepto en norma de general observación a la hora de hacer inventario (FORMIGGINI, *La stima...*, op. cit., pág. 210, n. 48ter). Entre la doctrina del Codice de 1865, RICCI, *Corso teorico - pratico...*, op. cit., n. 201, pág. 257; VENEZIAN, *Usufructo...*, op. cit., II, pág. 591 y 592, afirma que en el inventario formalizado en escritura publica es elemento esencial la tasación de los bienes en el inventario, y si el art. 483 Codice establece la posibilidad de que no

más, en los casos en que las cosas "se hubiesen dado estimadas", el inventario ya es superfluo: la estimación eliminaría toda posible utilidad al inventario. Pues, si con la estimación queda establecido y prefijado lo que hay que restituir, representado en una cantidad de dinero, ¿qué sentido tiene ya el inventario, cuyo fin es precisamente garantizar que se restituyen los mismos bienes, todos ellos y en el mismo estado, y tasarlos para el caso de su pérdida culpable?⁶⁵⁶.

El único supuesto en que puede hablarse de inventario, es cuando hablamos de usufructo de todo un patrimonio en el que existen bienes consumibles. Ahí sí existe obligación de inventariar, y los consumibles pueden aparecer como una partida más, pudiendo señalarse quizás también ahí la estimación. Pero en todo caso ahí habría que distinguir entre la "tasación" propia de los bienes muebles comprendidos en el patrimonio, y la posible "estimación" de los consumibles⁶⁵⁷.

se haya hecho estima, lo hace en previsión del "caso harto frecuente de que el propietario no ejercite su derecho a exigir la formalización del inventario, o a exigirlo con aquellas solemnidades [se refiere al inventario que se hace privadamente]"; NICOLÒ y GIORGIANNI, voz "Usufrutto (Diritto vigente)", *Nuov. Dig. It., op. cit.*, pág. 791, n. 26.

⁶⁵⁶ Sin embargo, POTHIER, "Traité du douaire...", *op. cit.*, pág. 427, n. 212, afirma que el usufructuario restituirá "tant dans l'argent comptant que dans les autres effets mobiliers, suivant la prisée qui en a été faite par l'inventaire".

⁶⁵⁷ El art. 491-1 Cc expresa que el usufructuario está obligado a formar inventario de todos los bienes "haciendo tasar los muebles", norma pensada para el usufructo común, no como una cantidad a restituir (como es la estimación), sino para determinar la diligencia del usufructuario en el goce de los bienes y determinar así su responsabilidad. Entre nuestra doctrina, consideran que es obligatorio tasar los bienes en el inventario, entre otros, VALVERDE, *Tratado...*, *op. cit.*, tomo II, pág. 455; BORRELL y SOLER, *Derecho civil...*, *op. cit.*, tomo segundo, pág. 550; PUIG PEÑA, *Tratado...*, *op. cit.*, tomo III, vol. I, pág. 340, quien afirma que "[e]sta tasación estiman algunos autores en la doctrina extranjera que no es necesaria, como obligación fundamental; pero entendemos que se precisa, pues aquéllos pueden desaparecer, y, además, quiérase o no, se exige imperiosamente por nuestra legislación. La tasación deberá hacerse por peritos; tiene una finalidad meramente demostrativa y puede ser impugnada por las partes ante el juez cuando se considere perjudicial".

3.3.2. Quién puede exigir la estimación

La doctrina afirma que si en el título constitutivo no se dice nada en torno a la estimación, no hay obligación de hacerla, puesto que se trata de una facultad no de una obligación. Ni el nudo propietario ni el usufructuario podrán exigirla, pues no se pueden beneficiar de un derecho que no está ni en la ley ni en el título constitutivo⁶⁵⁸.

Sin embargo, la cuestión es saber quién puede exigirla. Está claro que es facultativa, por lo que se trata de una facultad que puede ejercitarse o no. Pero ¿de quién es esa facultad?, ¿quién tiene la facultad de exigirla e imponerla a la otra parte?, ¿de ambos, usufructuario y nudo propietario?, ¿de uno sólo?

La lectura del art. 482 parece ser esclarecedora en este aspecto, pues establece que es obligación del usufructuario "pagar el importe de su avalúo (...), si se hubiesen dado estimadas". Quien "da" o entrega los bienes es el constituyente-propietario de los bienes. Por eso la realización de la estimación ha de considerarse como una facultad de aquél, exclusivamente, a la cual no se puede oponer el usufructuario.

Ahora bien, hay que precisar que el contenido de esta facultad consiste, en los términos del art. 482 Cc, en "dar las cosas estimadas", es decir, en incluir la propia estimación en el título constitutivo.

Por lo tanto, frente a esta facultad del propietario, la obligación correlativa del usufructuario no es la de realizar la estimación, sino la de pagar el importe de esa estimación o avalúo al terminar el usufructo.

En definitiva, tanto si el usufructo se constituye por contrato, testamento o donación, será el propietario,

⁶⁵⁸ Sigue esta línea la doctrina italiana. Destacan, entre la doctrina referente al Codice de 1865: RICCI, *Corso teorico-pratico...*, op. cit., n. 149, pág. 198; TANCREDI, voz "Servitù personali", *IDI*, op. cit., pág. 89, n. 50; NICOLÒ y GIORGIANNI, voz "Usufrutto (Diritto civile)", en *Nuov. Dig. It., op. cit.*, pág. 788, n. 19. En puertas del Codice de 1942, NICOLÒ, Comentario al art. 185 del proyecto, en *Codice civile...*, op. cit., pág. 640, n. 3.

testador o donante quien pueda establecer en el título constitutivo la estimación.

Esta interpretación de que es una facultad del nudo propietario también casa con la finalidad de la estimación, ya que viene a facilitar la restitución en favor del nudo propietario y, por lo tanto, será éste el mayor interesado en que exista.

Otra cuestión es cómo se ha de hacer esa estimación, y si es precisa la aceptación del usufructuario, no sobre si se hace o no, sino sobre la propia estimación hecha o el modo de hacerla, para evitar la imposición de una estimación unilateral que no responda a la realidad del valor de los bienes. Lo lógico sería proceder a la estimación bilateralmente, es decir, por el medio que decidan o lo que resulta del común acuerdo entre el nudo propietario y del usufructuario⁶⁵⁹.

3.4. Momento de establecer la estimación

El Código civil distingue diversos momentos en los cuales puede procederse a la apreciación del valor de la prestación sujeta a restitución por el equivalente: en el momento de nacer la obligación originaria (arts. 455, 645-3, 650-2, 978-3°, 1074, 1421-1 Cc); al nacer la obligación restitutoria (arts. 1045-1, 1359-2, 1380 Cc), al producirse

⁶⁵⁹ En Italia el art. 995 del Codice es más claro en este sentido; así, afirma: "ha l'obbligo di pagarne il valore al termine dell'usufrutto secondo la stima convenuta", y es por ello que PESCATORE - ALBANO - GRECO, Comentario al art. 995 del Codice, en *Commentario...*, op. cit., pág. 143, al comentar las palabras "stima convenuta" afirman que "fa pensare ad un accordo bilaterale tra nudo proprietario e usufruttuario. Nel caso però che l'atto costitutivo dell'usufrutto sia un legato, non basta che la stima compiuta dal testatore in detto atto: occorre che l'usufruttuario l'accetti; se egli la ritiene lesiva la potrà ben impugnarla".

En el Codice de 1865, el art. 483 no se expresa de este modo pues manifiesta: "coll'obbligo di pagarne il valore al termine dell'usufrutto secondo la stima che ne fosse stata fatta". No obstante, FORMIGGINI, *La stima...*, op. cit., pág. 212, n. 48ter, afirma que "l'usufruttuario non potrà esser costretto ad assentire alla stima delle cose che si consumano con l'uso; con essa verrebbe a perdere la libertà sul modo di restituzione, accordatagli dalla legge in mancanza della stima".

el evento que imposibilita la prestación (arts. 978-3º, 1307, 1477, 1478-1º Cc), o en el momento del cumplimiento en las relaciones económicas matrimoniales (arts. 1358, 1397-2º, 1398-2º, 1421-2 Cc)⁶⁶⁰.

El art. 482 del Cc -"con la obligación de pagar el importe de su avalúo al terminar el usufructo, si se hubiesen dado estimadas"-, encaja en el primer momento descrito. La estimación que deberá restituirse es la que se realiza al constituirse el usufructo, y así se considera por la práctica unanimidad de la doctrina⁶⁶¹.

⁶⁶⁰ GARCÍA VICENTE, *Ley de contratos...*, op. cit., pág. 226; BADOSA COLL, *Dret d'obligacions*, Barcelona, 1990, pág. 81.

⁶⁶¹ Ya en el Derecho intermedio, CASTILLO DE SOTOMAYOR, *Quotidianarum controversiarum...*, op. cit., lib. I, cap. XVII, n. 23, fol. 107r: "[a]estimatio autem rei fructuariae, in omni usufructu debet, habito respectu ad tempus constitutionis, & traditionis, non ad tempus restitutionis: & sic in eadem aestimatione, in qua erant tempore constitutionis usufructus, debent restitui proprietario". También se manifestó en este sentido OINOTOMUS, *In quattuor Institutionum...*, op. cit., lib. II, tit. IIII, n. 4, pág. 116: "vel de restituendo aestimationem rei usu consumptae, si constituatur in alia re, quam in pecunia, ut hic", añade después que se entregará caución usufructuaria "aut de restituenda eius aestimatio, quantum scilicet valebat tempore usufructus concessit".

Entre nosotros así se expresan, entre otros, DE BUEN, voz "Usufructo", en *EJE*, op. cit., pág. 588: "el importe del avalúo se refiere al tiempo de constituirse el usufructo, según el valor que entonces tuvieran las cosas, no al realizado al terminar"; MUCIUS SCAEVOLA, Comentario al art. 482 Cc, en *Código civil...*, op. cit., tomo IX, pág. 322; MANRESA Y NAVARRO, Comentario al art. 482 Cc, en *Comentarios...*, op. cit., tomo IV, pág. 528; PUIG PEÑA, *Tratado...*, op. cit., tomo III, vol. I, pág. 324, nota 30; ALBALADEJO, *Derecho civil...*, op. cit., III, vol. segundo, pág. 72.

En Francia, ya DOMAT, *Les lois civiles...*, op. cit., tome second, liv. I, tit. XI, sect. III, n. 7, pág. 362, afirma que el usufructuario restituirá "la valeur des choses, au temps qu'il les a prises; car c'est de cette valeur qu'il a eu l'usufruit". Ya tuvimos ocasión de reflejar la problemática que se originó en este país en torno a la restitución y, en especial, al momento en que debía hacerse la estimación, distinguiéndose al respecto tres tesis distintas.

En Italia, la mayoría de la doctrina también defiende el establecimiento de la estimación al principio del usufructo. Por ejemplo, entre la doctrina del Codice de 1865, PACIFICI-MAZZONI, *Il Codice civile...*, op. cit., págs. 395 y 396, n. 396: "[i]l valore che l'usufruttuario deve pagare al termine dell'usufrutto è quello fissato dalla stima che ne fosse stata fatta al cominciamento di esso". Entre la doctrina del Codice de 1942, DE MARTINO, Comentario al art. 995 del Codice, en *Commentario...*, op. cit., pág. 189; PALERMO, *Usufrutto...*, op. cit., pág. 155, n. 102.

Más claro resulta aún, como vimos, el § 1067 BGB, que expresamente manifiesta que se restituirá el valor de las cosas determinado al tiempo de constituirse el derecho⁶⁶².

Ya en los trabajos preparatorios del BGB, se manifestó que era decisivo determinar la estimación al empezar el usufructo, pues de lo contrario, el valor cuya devolución se garantizaba, estaría pendiente de circunstancias casuales, como el aumento o disminución de los precios. Además, se consideró que si fuera determinante el valor de la estimación al terminar el usufructo, sería una carga para el usufructuario (propietario para el Derecho alemán), descubrir la diferencia de valor que ha experimentado la cosa con el transcurso del tiempo⁶⁶³. Quizás, como pone de manifiesto WOLFF, "¡el C.c contaba con la estabilidad de la moneda!"⁶⁶⁴.

⁶⁶² En la antigua regulación de la dote en el Código civil, los arts. 1347 y 1366 expresaban que el marido debía el valor que los bienes tenían en la fecha en que se entregaron, y ése era el valor que debía restituirse, fuera el que fuera el beneficio o el perjuicio que el acto le hubiese ocasionado.

⁶⁶³ Ya con anterioridad a la promulgación del BGB se defendía el momento de constitución del usufructo como decisivo para la determinación de la estimación, por ejemplo, GLÜCK, *Commentario...*, op. cit., § 645, pág. 386; HANAUSEK, *Die Lehre vom uneigentliche...*, op. cit., § 5, págs. 31 y 32.

En los *Motive zu dem Entwurfe...*, op. cit., Band III, §§ 1018-1020, especialmente en el n. 6, b), pág. 536: "[f]ür die Werthbestimmung kann nur der Zeitpunkt des Beginnes des Nießbrauches maßgebend sein, weil andernfalls der zurückzugewährende Werthbetrag in Abhängigkeit treten Würde von zufälligen Umständen, Sinken und Steigen des Preises". JAKOBS y SCHBERT, *Die Beratung...*, op. cit., § 1067, págs. 224 y 225, IV, en base a los *Motiven* se afirma: "[i]nsbesondere erscheine es nicht angemessen die Zeit der Beendigung des Nießbrauchs für die Werthbestimmung maßgebend sein zu lassen, denn damit werde der Betrag des zu erstattenden Werthes unnöthiger Weise ins Ungewisse gestellt, auch harmonire der Vorschlag nicht recht mit dem Principe der Eigenthumserwerbung des Nießbrauchers. (...) würde dem Eigenthümer unter Umständen lästig sein, da die Körperliche identische Sache sehr bedeutend verandert sein können, und führe die praktische Schwierigkeit mit sich, welche in der Ermittlung der Werthdifferenz liege und nicht selten Streitigkeiten hervorzurufen drohe".

En cuanto a la doctrina actual, sigue la misma línea; así, sirva para todos, MÜLLER, *Sachenrecht*, op. cit., § 12, pág. 1030.

⁶⁶⁴ WOLFF, *Derecho de cosas*, op. cit., pág. 112, nota 10.

Sin embargo, consideramos que lo más apropiado es que la estimación se acompañe de unas cláusulas de estabilización o de actualización que permitan la revisión de la misma y evitar de este modo los posibles perjuicios que se puedan producir⁶⁶⁵. Sin embargo, esta cuestión será abordada con más detalle una vez analizada la restitución en caso de no haber procedido a la estimación de los bienes.

4. La ausencia de estimación

4.1. La clasificación de la obligación

Si no se ha procedido a la estimación de los bienes objeto de usufructo, el art. 482 Cc, permite al usufructuario restituir los bienes "en igual cantidad y calidad, o pagar el precio corriente al tiempo de cesar el usufructo".

La duda que se plantea es determinar qué tipo de obligación se configura cuando no hay estimación de los bienes: una obligación alternativa o una obligación facultativa.

Si las obligaciones facultativas o con facultad alternativa o sustitutoria se definen como "aquellas obligaciones en que debiéndose una sola prestación, cuyo perecimiento fortuito libera al deudor, se concede a éste la facultad de realizar una prestación distinta,

⁶⁶⁵ La antigua regulación de la dote era muy contundente en el sentido de que el marido o sus herederos debían restituir el valor que los bienes tenían al tiempo de constituirse la dote. El derogado art. 1371 Cc lo único que preveía era el pago de intereses pero en circunstancias especiales: "[e]l marido o sus herederos abonarán a la mujer o a los suyos, desde la disolución del matrimonio hasta la restitución de la dote, el interés legal de lo que deban pagar en dinero, el del importe de los bienes fungibles, y lo que los valores públicos o de crédito produzcan entretanto, según sus condiciones o naturaleza, salvo lo dispuesto en el art. 1379".

preventivamente determinada, con efecto liberatorio"⁶⁶⁶, entender que existe aquí supondría interpretar el art. 482 Cc i.f., en el sentido de que la prestación debida sería la de restituir el *tantundem*, pudiendo, sin embargo, cumplir no sólo ejecutando esa prestación, sino ejecutando otra: el pago del precio corriente⁶⁶⁷.

No puede entenderse que la obligación con facultad alternativa o sustitutoria se refiere a que en el art. 482 Cc, hay una sola prestación: la de restituir el importe del avalúo, pero con la peculiaridad de que el usufructuario, al cesar el usufructo, está facultado a restituir

⁶⁶⁶ MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel, "Las obligaciones facultativas en el Derecho español", *ADC*, 1972-II, pág. 498, cuya definición sigue VATTIER FUENZALIDA, Carlos "Contribución al estudio de las obligaciones facultativas", *RDP*, 1982, pág. 649, quien añade en págs. 650 y 651, que "[l]a obligación facultativa es, pues, un caso típico de configuración retardada de la prestación que se va a cumplir, la que se lleva a cabo por medio del ejercicio de la facultad de elección entre posibilidades de prestación prefijadas inicialmente por el título constitutivo de la obligación, elección que se realiza de ordinario en el momento del pago y entre posibilidades de prestación que se determinan de antemano con carácter exigible o subrogado"; RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, Julia, "Las causas de extinción del art. 1156 del Código civil y su aplicación a las obligaciones con prestación facultativa", *RDP*, 1988, pág. 115, afirma que "[l]a singularidad de la obligación con facultad de sustitución - incorrectamente denominada obligación facultativa- consiste, pues, en añadir al interés que normalmente ostenta el deudor, una nueva extensión que se concreta en la posibilidad de elegir de entre dos prestaciones, cuál de ellas va a producir el efecto normal de cualquier acto de cumplimiento, sin que por ello el acreedor vea ampliar su derecho de crédito más allá de la única prestación que constituye el objeto de la relación obligatoria".

En cuanto a la manualística, sirvan para todos, HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de obligaciones, op. cit.*, pág. 99; Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, *op. cit.*, II, pág. 312; BADOSA COLL, *Dret d'obligacions*, Barcelona, 1990, pág. 94.

⁶⁶⁷ En este sentido, RIVERO HERNÁNDEZ, en LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos...*, *op. cit.*, III, vol. segundo, pág. 78 considera que "[a]l finalizar el usufruto habrá de restituirse el importe del avalúo de las cosas, si se dieron estimadas. En caso contrario, habrá de devolverlas el usufructuario en igual cantidad y calidad (...) o pagar su precio o valor al tiempo de cesar el usufructo. Hay, pues, para el usufructuario una obligación facultativa, ya que a él compete elegir entre el *tantundem* y el valor de las cosas, a falta de avalúo"; CAFFARENA LAPORTA, "Genus nunquam perit", *ADC*, 1982-II, pág. 327, afirma que "no es menos cierto también que a falta de una voluntad de las partes de algún modo manifestada podría alguien pensar que el art. 482, en su última parte, no establece una obligación alternativa sino facultativa". Sin embargo, en la nota 104 i.f. manifiesta: "[e]n nuestra opinión, tanto el texto del precepto como sus antecedentes históricos abogan por la tesis de la alternativa".

cualquiera de las prestaciones descritas al final del precepto: el *tantundem* o el precio corriente.

Para determinar si estamos ante una obligación con facultad alternativa o sustitutoria será preciso ver si los rasgos característicos de ésta encajan en el supuesto regulado en el art. 482 Cc, partiendo de la base de que el Código no se ocupa de esta figura específicamente⁶⁶⁸, "[d]e aquí que los supuestos legales de la obligación facultativa deban ser interpretados de forma restrictiva"⁶⁶⁹.

Consideramos que no hay lugar para esta interpretación ni en el espíritu ni en la letra del precepto. El art. 482 Cc parte de dos supuestos de hecho: que se hayan estimado los bienes, en cuyo caso se restituirá el importe de su avalúo; o que no se hayan estimado, restituyendo en tal caso el *tantundem* o el precio corriente. Proceder o no a la estimación de los bienes determina dos compartimentos estancos, generadores cada uno de ellos de conductas legalmente previstas⁶⁷⁰.

La obligación con facultad alternativa es una obligación simple con objeto único⁶⁷¹, en cambio, en el art. 482 hay una obligación simple si hay estimación de los bienes, y una obligación, ya veremos si alternativa, si no la hay. Es evidente que las partes pueden configurar una obligación con facultad alternativa, por ejemplo, en el

⁶⁶⁸ A pesar de la regla de identidad de pago regulada al art. 1166 Cc, la obligación con facultad alternativa se acepta al amparo del principio de la autonomía de la voluntad (art. 1255 Cc) y por considerarse una "causa justa" de la *solutio retentio* que autoriza el art. 1901 Cc. Cfr. MARTÍNEZ-PEREDA, "Las obligaciones facultativas...", *loc. cit.*, págs. 522 y 523; VATTIER FUENZALIDA, "Contribución al estudio...", *loc. cit.*, pág. 644.

⁶⁶⁹ VATTIER FUENZALIDA, "Contribución al estudio...", *loc. cit.*, pág. 645.

⁶⁷⁰ Como pone de manifiesto BARBERO, *L'usufrutto...*, *op. cit.*, pág. 531, "[è] così certo esclusa la facoltà di scelte, ammessa da alcuni scrittori francesi, fra il pagamento della stima, quando c'è, e il pagamento del valore o la restituzione del *tantundem*". En el mismo sentido, PUGLIESE, *Usufrutto...*, *op. cit.*, pág. 629, n. 148-II.

⁶⁷¹ MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, "Las obligaciones facultativas...", *loc. cit.*, pág. 483; VATTIER FUENZALIDA, "Contribución al estudio...", *loc. cit.*, pág. 648.

caso de haberse procedido a la estima, si se faculta al usufructuario a restituir cosas de igual cantidad y calidad en vez del avalúo; o en el caso de no haber estima, si en vez de restituir cualquiera de las dos prestaciones previstas, se faculta al usufructuario a restituir otro bien, por ejemplo, una finca. Observamos, sin embargo, que sería una obligación con facultad alternativa cuya fuente de producción sería la voluntad particular, pero no la ley.

Además, en las obligaciones con facultad alternativa, si es el deudor -como ocurre habitualmente-, quien tiene la opción o la facultad de liberarse con la realización de una prestación distinta, el acreedor no puede exigir la conducta facultativa al no formar parte de la prestación⁶⁷². Sin embargo, en el art. 482 Cc, el nudo propietario está legitimado a exigir tanto el importe del avalúo siempre que se hayan estimado los bienes, como una de las prestaciones previstas en el precepto si no se han estimado los bienes.

Otro de los temas discrepantes entre la figura que estudiamos y las obligaciones con facultad alternativa o sustitutoria, es el relativo al régimen de imposibilidad de las prestaciones. En la obligación con facultad alternativa la imposibilidad originaria recayente sobre la prestación debida impide el nacimiento de la obligación, siendo, en cambio, irrelevante que dicha imposibilidad recaiga sobre la conducta facultativa puesto que la prestación debida continúa subsistiendo; y la imposibilidad sobrevenida no produce la concentración sobre la prestación o prestaciones posibles, sino la liberación del deudor, si no le es imputable, o la indemnización de daños y perjuicios, si lo es⁶⁷³.

⁶⁷² MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, "Las obligaciones facultativas...", *loc. cit.*, pág. 488; VATTIER FUENZALIDA, "Contribución al estudio...", *loc. cit.*, pág. 647; RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, "Las causas de extinción...", *loc. cit.*, pág. 116.

⁶⁷³ Para un estudio más detallado del tema, MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, "Las obligaciones facultativas...", *loc. cit.*, pág. 491, el cual usa otra terminología: vicio o nulidad originarios y nulidad derivada; VATTIER FUENZALIDA "Contribución al estudio...", *loc. cit.*, pág. 659; RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, "Las causas de extinción...", *loc. cit.*, pág. 136.

Sin embargo, estos principios no se aplicarían en el usufructo de cosas consumibles ni aun en el supuesto que las partes hubieran establecido una obligación con facultad alternativa en las dos modalidades restitutorias que regula, tal como expusimos más arriba a título de ejemplo. Pues, si la prestación únicamente debida fuera, por ejemplo, la de restituir el importe del avalúo porque se han estimado los bienes, no se daría nunca la imposibilidad originaria ni la sobrevenida de las mismas, puesto que el objeto de la prestación es una suma de dinero y como tal siempre exigible puesto que el dinero nunca perece. Lo único imaginable sería el supuesto en que las partes hubieran pactado restituir el importe del avalúo en una determinada especie monetaria. En este caso, el usufructuario no quedaría exonerado por su pérdida, sino que sería exigible igualmente, "ya que el dinero es un género que no perece, que se encuentra siempre en el tráfico, y de no ser posible pagar en la especie pactada, siempre lo es en la de curso legal en el lugar de pago (art. 1170-1 Cc)"⁶⁷⁴.

Por lo tanto, y a tenor de lo expuesto no creemos que en el art. 482 Cc se regule una obligación con facultad alternativa o sustitutoria⁶⁷⁵.

Descartada la posibilidad de estar ante una obligación con facultad alternativa o sustitutoria, debemos analizar ahora si estamos ante una obligación alternativa, tal como reconoce la mayor parte de la doctrina⁶⁷⁶.

⁶⁷⁴ BONET CORREA, "El dinero como bien...", *loc. cit.*, pág. 126.

⁶⁷⁵ Además, aunque no sea un argumento crucial, tanto MARTÍNEZ-PEREDA RODRIGUEZ, "Las obligaciones facultativas...", *loc. cit.*, págs. 500 ss., como VATTIER FUENZALIDA, "Contribución al estudio...", *loc. cit.*, pág. 663, al recoger en sus obras específicas en torno al tema los supuestos legales en que se regula una obligación con facultad alternativa en el Código civil, no mencionan el art. 482 Cc entre ellos.

⁶⁷⁶ Que nos encontramos ante una obligación alternativa, es defendido por la mayoría de la doctrina. Ya vimos al inicio de este capítulo cómo a lo largo de la Historia jurídica no faltaron autores partidarios de esta tesis, aunque pocos diferenciaban el supuesto de

Si la obligación alternativa "existe cuando en la obligación han sido previstas o proyectadas diferentes prestaciones, pero en forma disyuntiva, de manera que el deudor deberá cumplir solamente una de ellas"⁶⁷⁷, parece evidente que en el art. 482 Cc i.f. se regula este tipo de obligación. Su contenido está integrado por dos prestaciones indistintamente debidas en clave disyuntiva: el *tantundem* o el precio corriente.

El motivo por el cual el legislador optó por establecer una obligación alternativa, quizás pueda ser el de dar al nudo propietario más posibilidades y al usufructuario más facilidades, para llevar a cabo la restitución de los bienes. De este modo se resuelven los casos que no conviene o no es posible restituir el *tantundem* por la dificultad de encontrar bienes de tales características, o por la imposibilidad cuando se trata de bienes no fungibles.

Así pues, las prestaciones establecidas en el art. 482 Cc reflejan la categoría de los objetos del usufructo de

que hubiera o no estima. El art. 482 Cc manifiesta con claridad la existencia de esta obligación en el caso de no haber estimación. Sirvan como ejemplo, PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, op. cit., tomo III, vol. segundo, pág. 366: "el art. 482 de nuestro Código no permite la duda de si se trata de una obligación alternativa"; CLEMENTE MEORO, en LÓPEZ y LÓPEZ, y MONTÉS PENADÉS, *Derechos reales...*, op. cit., pág. 483: "la obligación de conservar la sustancia queda transformada en una obligación de carácter económico, pagar el importe del avalúo, o en una obligación alternativa con facultad de elección del deudor, restituir igual cantidad y calidad o pagar su precio corriente al tiempo de cesar el usufructo si no hubo avalúo"; ALBALADEJO, *Derecho civil...*, op. cit., III, vol. segundo, pág. 72: "[s]i se dieron sin estimar, queda obligado alternativamente [se refiere al usufructuario] -y a su pura elección- a restituir otro tanto (o lo mismo recibido, ya que también sería otro tanto) o su precio corriente al cesar el usufructo".

En Italia, cuyo art. 995 del Codice es muy similar al nuestro también se afirma por parte de la doctrina la existencia de una obligación alternativa. Sirvan para todos, PESCATORE - ALBANO - GRECO, *Comentario al art. 995 del Codice*, en *Commentario...*, op. cit., pág. 143: "[t]rattasi di obbligazione alternativa, con *facultas solutionis* a favore del debitori"; PUGLIESE, *Usufrutto...*, op. cit., pág. 662, n. 156-II: "[q]uest'ultima [se refiere al supuesto que no se hayan estimado los bienes] è ovviamente un'obbligazione alternativa, in cui la scelta fra le prestazioni spetta, come è normale, al debitore"; PERLINGIERI, *Comentario al art. 995 del Codice*, en *Codice civile...*, op. cit., pág. 293: "[s]i ritiene comunque che l'obbligazione del co. 2 sia tipicamente alternativa".

⁶⁷⁷ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, op. cit., II, pág. 300.

cosas consumibles. La prestación consistente en la restitución de cosas "en igual cantidad y calidad", refleja que nos encontramos ante cosas consumibles que a la vez son fungibles; en cambio, la posibilidad de "pagar su precio corriente", encuentra perfecto acomodo referida a los objetos puramente consumibles.

Sin embargo, esto no significa que el usufructuario no pueda liberarse de su obligación de restituir bienes consumibles que a la vez son fungibles, pagando su precio corriente, ya que estamos ante una obligación alternativa y cualquiera de las prestaciones libera al deudor.

Como veremos más adelante, restituir el *tantundem* o el precio corriente al cesar el derecho puede perjudicar o favorecer a las dos partes según se haya producido una inflación o deflación monetaria si el usufructo se ha constituido por un amplio período de tiempo⁶⁷⁸. Es por ello que no puede considerarse que la alternatividad sea fruto del propósito de castigar la negligencia de las partes que no hicieron estimación al iniciarse el usufructo.

El hecho de hallarnos ante una obligación calificable como alternativa delimita su régimen jurídico, por lo que deben aplicarse los arts. 1131 a 1136 Cc. La peculiaridad de las prestaciones descritas en el art. 482 Cc hace de difícil aplicación alguno de estos preceptos, sobre todo, los relativos a la imposibilidad sobrevenida de las prestaciones. A continuación intentaremos analizar brevemente algunas de las cuestiones y consecuencias aparejadas a este tipo de obligaciones.

⁶⁷⁸ BORSARI, Comentario al art. 483 del Codice de 1865, en *Commentario...*, op. cit., § 950, pág. 307, manifiesta lo siguiente: "[l]a facoltà di scelta che troviamo nella parte seconda dell'articolo 483 è quasi uno stimolo alla diligenza del creditore, castiga in certo modo la sua inerzia. Se non si è curato della stima, ciò si rivolge in danno suo; ed in altro spetto, ha tacitamente consentito che l'usufruttuario paghi al mercato corrente senza tener conto del prezzo per avventura più elevato che correva al tempo de la consegna", añadiendo en la nota 1 que "[i]n ciò veramente starebbe la facoltà; poco importando se l'usufruttuario possa dare i generi in natura e piuttosto il presso corrente, perchè l'uno vale l'altro".

4.1.1. El derecho de elección

Una de las consecuencias derivadas de la configuración alternativa de la obligación reflejada en el art. 482 Cc, es delimitar a quién concierne elegir una prestación entre las dos estipuladas en el precepto.

El art. 482 Cc pone de manifiesto que el derecho de elección corresponde al usufructuario. El derecho de restituir una u otra prestación se concede a éste según el tenor del precepto, puesto que describe el derecho (servirse de ellas) y la obligación ("tendrá derecho a restituirlas"), refiriéndose al usufructuario⁶⁷⁹.

Además, el art. 1132-1 Cc afirma que "[l]a elección corresponde al deudor, a menos que expresamente se hubiese concedido al acreedor". El principio general, por lo tanto, es la elección del usufructuario, sin embargo, nada obsta a que las partes puedan determinar que sea el nudo propietario el facultado a la elección.

La realización de la elección concedida al usufructuario es una declaración unilateral de voluntad, de carácter recepticio (arts. 1133 y 1136 Cc), cuya notificación al nudo propietario será requisito de eficacia (art. 1133 Cc) y determinará el momento en que se pasa del

⁶⁷⁹ La doctrina se expresa también en este sentido. Ya en el Derecho intermedio, CASTILLO DE SOTOMAYOR, *Quotidianorum controversiarum...*, op. cit., lib. I, capt. XVII, n. 14, fol. 106r: "in alternativis debitori tribuit electionem, & sic usufructuarii debere esse dicunt. & idem probatur".

En nuestro Derecho, entre muchos, así lo consideran, a título de ejemplo, ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, *Curso...*, op. cit., pág. 22; MALUQUER DE MOTES, Comentario al art. 482 Cc, en Ministerio de Justicia, *Comentario...*, op. cit., pág. 1293.

En Francia, SALVIAT, *Traité de l'usufruit...*, op. cit., n. 89, pág. 307, tiene sus dudas en este aspecto, pues afirma que aunque parece que depende del usufructuario la elección, afirma que "l'art. 587 lui accorde le droit de se servir des objets, à la charge d'en rendre de pareils ou leur estimation; mais ne décide par qui est-ce qui aura le faculté d'opter (...). A défaut d'explication claire, de disposition expresse de la part d'une loi, on doit lui donner l'interprétation la plus conforme aux autres lois et à l'équité"; PROUDHON, *Trattato dei diritto...*, op. cit., vol. primo, pág. 479, n. 1007, afirma que la elección es del usufructuario "poichè nelle obbligazioni alternative, la scelta si appartiene sempre al debitore".

En Italia, sirva para todos, PESCATORE - ALBANO - GRECO, Comentario al art. 995 Codice, en *Commentario...*, op. cit., pág. 143.

período de alternatividad al de concentración (art. 1136-1)⁶⁸⁰.

4.1.2. La concentración y la imposibilidad parcial, originaria o sobrevenida, de las prestaciones

El Código civil refleja dos mecanismos de concentración en las obligaciones alternativas. Uno absoluto: la elección de una de las conductas (art. 1132-1 Cc); y otro circunstancial: la inidoneidad sobrevenida de todas las conductas, excepto una (arts. 1134, 1135-2 y 1136-1° Cc)⁶⁸¹.

4.1.2.1. La concentración absoluta

Este mecanismo es el propio de este tipo de obligaciones, puesto que la función de la elección es seleccionar una de las prestaciones entre las varias disponibles, produciendo, como efecto, la concentración. En este sentido, el usufructuario a su elección restituirá cualquiera de las dos prestaciones descritas en el art. 482 Cc, de modo que quedará liberado de la obligación y a la vez satisfecho el interés del nudo propietario. Desde el momento que se notifique la elección al nudo propietario, ésta será irrevocable (art. 1133 Cc).

4.1.2.2. La concentración circunstancial

El segundo mecanismo que produce la concentración supone que sólo es posible cumplir una de las prestaciones alternativas reflejadas, por producirse una inidoneidad de las restantes conductas (de ahí que sea una imposibilidad parcial).

⁶⁸⁰ BADOSA COLL, *Dret d'obligacions*, op. cit., págs. 90 y 91; HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de obligaciones*, op. cit., págs. 92 a 96; DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, op. cit., II, págs. 304 a 306.

⁶⁸¹ BADOSA COLL, *Dret d'obligacions*, op. cit., pág. 90.

En el usufructo de cosas consumibles sólo se permiten dos prestaciones (restituir el *tantundem* o el precio corriente), por lo tanto, cuando una de ellas resulte irrealizable se producirá la concentración. Así pues, en la obligación alternativa del art. 482 Cc, nunca habrá *restricción de la elección*, sino en todo caso, *extinción de la elección*, pues sólo hay dos conductas posibles.

Sin embargo, en el caso del art. 482 Cc solamente puede resultar imposible de cumplir la conducta consistente en restituir los bienes "en igual cantidad y calidad". Imaginemos que el usufructo se constituyó sobre una determinada marca y reserva de vino, del que existen solamente unas botellas determinadas; si éstas desaparecen -por caso fortuito o culpa del usufructuario o del acreedor, etc.-, la obligación de restituir se limita al precio corriente.

En cuanto a la conducta consistente en pagar el precio corriente, es imposible que resulte inidónea, pues se trata, precisamente, de un medio técnico que corrige la inidoneidad del objeto: la sustitución por su valoración económica⁶⁸². El precio corriente, como veremos, se refiere a los bienes que se entregaron en usufruto y éstos siempre estarán determinados, ya que todo derecho real recae sobre bienes concretos. En el título constitutivo o en el inventario siempre aparecerá determinado el objeto sobre el

⁶⁸² BADOSA COLL, *Dret d'obligacions, op. cit.*, pág. 90, advierte que el Código civil sustituye el objeto inidóneo por su valor económico como medio técnico que evita que la inidoneidad del objeto repercuta en la conducta. Manifiesta que esto lo hace en dos casos y con diversa extensión: "[e]l primer cas es d'extensió total, ja que totes les conductes inidònies que ho hagin estat per culpa-fet propi del deutor quedaran substituïdes per la prestació de donar el valor dels respectius objectes; és quan la facultat electiva pertany al creditor (art. 1136-2a-3a) de manera que no es veurà perjudicada per la culpa del deutor. El segon cas és més restringit perquè es limita a l'última prestació esdevinguda inidònia; és quan l'elecció correspon al deutor, llavors només l'última conducta esdevinguda inidònia, si ho ha estat per la seva culpa-fet propi, quedarà substituïda per la de donar diners (art. 1135-2), de manera que l'obligació es *perpetua* en benefici del creditor".

Sin embargo, observamos que el art. 482 Cc incluye este mecanismo en la propia alternatividad, por lo que se solapa el medio técnico para evitar la imposibilidad de la conducta con una de las prestaciones.

que recae el usufructo, pues si hay indeterminación no existirá ni contrato ni usufructo (art. 1273 Cc).

Determinada la conducta que puede convertirse en inidónea, es preciso analizar ahora cómo se manifiesta la inidoneidad. Ésta puede ser originaria o sobrevenida.

Si las prestaciones han de ser idóneas para tener la condición de debidas, se excluyen las que originariamente ya no sean susceptibles de convertirse en prestación (art. 1132-2Cc). Si de las dos conductas del art. 482 Cc sólo una de ellas es lícita y posible, la obligación no nace como alternativa, sino como simple⁶⁸³. Estaríamos ante una imposibilidad originaria de restituir el *tantundem* cuando fueran objeto de usufructo cosas puramente consumibles, es decir, infungibles que además no se estimaron al constituirse el usufructo; o cuando el usufructo recayera sobre cosas consumibles a la vez fungibles pero que dejan de existir en el comercio. En estos casos sólo es posible restituir el precio corriente⁶⁸⁴.

No obstante, es la imposibilidad sobrevenida la que adquiere mayor relevancia, porque se produce una vez que ha nacido la obligación con el carácter de alternativa. Esta imposibilidad sobrevenida de la prestación que produce la concentración, merece un estudio separado según corresponda la elección al deudor-usufructuario o al nudo propietario.

⁶⁸³ HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de obligaciones, op. cit.*, pág. 97; BADOSA COLL, *Dret d'obligacions, op. cit.*, pág. 89.

⁶⁸⁴ PALERMO, *Usufrutto...*, *op. cit.*, pág. 662, n. 156-II, añade en la nota 4 que "[s]i tratta naturalmente di una valutazione presuntiva, la quale è assai delicata e ha molte probabilità di scontentare le parti. Queste pertanto hanno interesse, se prevedono che la specie di cose in usufrutto difficilmente sarà ancora reperibile al momento dell'estinzione, a provvedere alla stima preventiva, la quale proprio in simili casi spiega la sua precipuo funzione".

A) La imposibilidad sobrevenida parcial si la elección corresponde al deudor-usufructuario

Es el art. 1134 Cc el que regula la inidoneidad parcial cuando es el deudor quien tiene el derecho de elección, afirmando que el deudor pierde este derecho si sólo una de las conductas establecidas alternativamente es realizable. Por lo tanto, este artículo es el que debe aplicarse cuando el usufructuario se viera imposibilitado de restituir el *tantundem*.

Sin embargo, el art. 1134 Cc prescinde de la causa de la imposibilidad de la conducta, por lo que comprende tanto la imposibilidad imputable al deudor como la no imputable al mismo (por ejemplo, el caso fortuito). Así pues, es irrelevante su conducta por el propio mecanismo de la obligación alternativa que supone que aunque devenga irrealizable alguna de las prestaciones, mientras sea posible realizar alguna no queda liberado de la obligación⁶⁸⁵. Y si sólo queda una prestación posible, el único efecto que produce la inidoneidad de la otra es la pérdida del derecho de elección atribuido al deudor (art. 1134 Cc).

La imposibilidad de restituir una igual cantidad o calidad de cosas, perjudica la facultad electiva del usufructuario, pero es irrelevante para el nudo-propietario, que por el hecho de haberse reducido la elección del usufructuario no se ve afectado ni positivamente ni negativamente⁶⁸⁶.

⁶⁸⁵ Como pone de manifiesto, entre muchos otros, LASARTE ÁLVAREZ, *Principios...*, op. cit., tomo II, cuarta edición, Madrid, 1996, pág. 101, "mientras la concentración no haya tenido lugar, la imposibilidad de realización de alguna de las prestaciones resulta intrascendente para la liberación del deudor, quién habrá de cumplir la obligación ejecutando cualquiera de las otras prestaciones posibles".

⁶⁸⁶ Entre otros, analizan la problemática del art. 1134 Cc, HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de obligaciones*, op. cit., pág. 97; BADOSA COLL, *Dret d'obligacions*, op. cit., págs. 87-88 y 91-92; Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, op. cit., II, pág. 309. Un estudio más minucioso de la cuestión lo realizan: RAMS ALBESA, Joaquín, *Las obligaciones alternativas*, Madrid, 1982, pág. 311-312, en especial, si la prestación es imposible de cumplir debido a un caso fortuito; págs. 325 ss., si la imposibilidad de una de las prestaciones es por culpa

Mención especial merece la imposibilidad de la prestación debida a la conducta del nudo propietario. Del art. 1134 Cc deberíamos concluir la irrelevancia de la cuestión, y la concentración en la prestación subsistente, pues el 1134 Cc no contempla esta hipótesis en particular. Sin embargo, no parece que sea ésta una solución justa. Aplicando la tesis de RAMS ALBESA, podríamos decir que el usufructuario en este caso no perdería su derecho de elección, y podría designar para la extinción de su obligación a la restitución el contenido de la prestación perdida por culpa del nudo-propietario (la de restituir el *tantundem*), o bien restituir el precio corriente y resarcirse del daño por vía de reclamación de daños y perjuicios⁶⁸⁷.

Sin embargo, hemos de advertir que esta cuestión resulta algo aparatosa, pues, ¿cómo podría designar el *tantundem* si ya no es posible entregarlo?. Además hay que cuestionarse en qué medida puede plantearse el caso en el usufructo, pues, ¿cómo puede llegar a influir el nudo propietario en los bienes de forma que haga imposible su entrega?.

B) La imposibilidad sobrevenida parcial si la elección corresponde al nudo-propietario

Aunque el art. 482 Cc concede el derecho de elección al usufructuario, ya dijimos que es posible que se pacte lo contrario y se conceda la elección al nudo propietario (art. 1132-1 Cc). Si esto se acuerda será aplicable el art. 1136-2-1º y 2º Cc.

del deudor. CRISTÓBAL MONTÉS, Ángel, *Las obligaciones alternativas*, Barcelona, 1992, pág. 113, si la imposibilidad es por caso fortuito; págs. 114 ss. si se debe a la conducta del deudor.

⁶⁸⁷ RAMS ALBESA, *Las obligaciones...*, op. cit., págs. 355 y 356; en el mismo sentido se expresa CRISTÓBAL MONTÉS, *Las obligaciones...*, op. cit., págs. 126 y 127.

Aplicando el art. 1136-2-1° Cc, si la restitución del *tantundem* es imposible debido a un caso fortuito, el usufructuario cumplirá entregando el precio corriente.

A tenor del art. 1136-2-2°, si la imposibilidad de restituir el *tantundem* es culpa del usufructuario, el nudo propietario podría reclamar la prestación subsistente (restituir el precio corriente) o "el precio de la que, por culpa de aquél [*en nuestro caso el usufructuario*], hubiera desaparecido". Haciendo una aplicación literal del precepto observamos que con ello se cae en una especie de pleonismo. El nudo propietario no tendría derecho a elección porque las prestaciones posibles se reducen a la misma. En este sentido, podríamos decir como excepción a lo que prevé HERNÁNDEZ GIL como supuesto general, que en el caso del art. 482 Cc el perecimiento restringe la elección en vez de modificarla⁶⁸⁸.

Sin embargo, RAMS ALBESA, siguiendo a LACRUZ BERDEJO afirma que "la locución precio ha de interpretarse aquí en sentido extensivo, como resarcimiento de los daños causados, siendo la estimación dineraria de la cosa perdida o imposibilitada la base de cálculo del montante total del resarcimiento"⁶⁸⁹. Así interpretada la palabra "precio", nos encontraríamos ante dos prestaciones distintas: la restitución del precio corriente de los bienes consumibles al cesar el usufructo y el resarcimiento de los daños causados, entre las cuales habría una diferencia que según, el cálculo de los daños, podría ser considerable.

⁶⁸⁸ HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de obligaciones*, op. cit., pág. 98, al analizar el art. 1136-2-2° Cc, afirma que "[o]frece esta regla la novedad de que se introduce en el objeto de la obligación alternativa el precio correspondiente a la prestación perecida por culpa del deudor, con lo que el perecimiento modifica el derecho de elección, pero no lo restringe".

⁶⁸⁹ RAMS ALBESA, *Las obligaciones...*, op. cit., pág. 370. CRISTÓBAL MONTÉS, *Las obligaciones...*, op. cit., pág. 138, al respecto afirma que "por más que la ley hable de "precio" de la cosa perdida, es obvio que rectamente no puede referirse más que al *id quod interest*, pues la no ejecución culpable de la prestación debida no se subsana con el pago de su estricta valoración pecuniaria de mercado, sino que da lugar a la indemnización de daños y perjuicios".



Pero, ¿es posible en este caso contemplar la indemnización de daños y perjuicios como sustitución de la prestación debida? Para RAMS ALBESA, "lo que se abre al acreedor es una opción entre las posibles actuaciones (...): o cobrarse con una prestación *in natura* que se mantiene *in obligatione*, sin que se tome en consideración la falta del deudor, pues si era este contenido de la prestación el preferido por él, se presume que no hay daño; o bien acudir a una acción de resarcimiento de daños referida exclusivamente al contenido imposibilitado por la culpa del deudor"⁶⁹⁰.

Quizás lo correcto en este caso sería que se le pagara el precio corriente al nudo propietario (única prestación subsistente), pudiendo además éste reclamar la correspondiente indemnización por daños y perjuicios.

El art. 1136-2 Cc no regula la posibilidad de que sea el acreedor -en nuestro caso el nudo propietario-, el culpable de la imposibilidad de restituir el *tantundem*. Siguiendo a CRISTÓBAL MONTÉS, en nuestro caso, se podría solucionar la cuestión de dos maneras: dando por extinguida la obligación y liberando de este modo al usufructuario; o reclamando al usufructuario la restitución del precio corriente, pero en este caso como el usufructuario sufriría el doble e injusto perjuicio de la doble pérdida, podría reclamar al nudo propietario el resarcimiento del daño que le produjo la desaparición culpable del *tantundem*, vía art. 1902 Cc⁶⁹¹.

Sin embargo, estos argumentos no parecen muy coherentes. Si cuando la facultad de elección es del deudor y se hace imposible una prestación -aunque sea por su culpa-, éste cumple con entregar la que reste, hay que ser coherente y defender lo mismo cuando la facultad de

⁶⁹⁰ RAMS ALBESA, *Las obligaciones...*, op. cit., pág. 372.

⁶⁹¹ CRISTÓBAL MONTÉS, *Las obligaciones...*, op. cit., pág. 137. RAMS ALBESA, *Las obligaciones...*, op. cit., pág. 384, considera en torno a este tema que debe jugar un papel especial el principio general de *favor debitoris*, afirmando que "entendemos que el hecho del acreedor extingue la obligación alternativa y libera al deudor plenamente".

elección corresponde al acreedor: si una prestación se pierde, sea o no por su culpa, sólo podrá reclamar la restante, sin que haya creado ningún perjuicio al deudor-usufructuario, ni éste deba tener un derecho añadido.

Y hay un argumento definitivo, igual que sucede cuando la elección corresponde al otro: si la elección corresponde al nudo propietario y puede exigir a su voluntad tanto el *tantundem* como el precio corriente, ¿qué interés puede tener él en hacer imposible la primera de las prestaciones, de forma imputable a él, si para recibir la segunda no tenía más que elegirla? Es decir, si quería el dinero en vez del *tantundem* no tenía porque provocar la desaparición de éste, sino elegir el dinero. Y por eso mismo no se le puede sancionar por el hecho de que se haya perdido la prestación, sea o no por su culpa.

4.1.3. La imposibilidad sobrevenida total de las prestaciones

En el anterior epígrafe ya pusimos de manifiesto la imposibilidad de que desaparezcan todas las posibles conductas reflejadas en el art. 482 Cc, pues no es posible que ocurra con la de pagar el precio corriente de los bienes al finalizar el usufructo. Por lo tanto, la aplicación de los art. 1135 y 1136-2-3° Cc, concernientes a la imposibilidad sobrevenida de todas las prestaciones, no se va a plantear en la obligación alternativa descrita en el art. 482 Cc⁶⁹².

Lo único que podría suceder es que el usufructuario fuera insolvente y no pudiera restituir el precio corriente al cesar el usufructo; no obstante, en este caso entraría

⁶⁹² Los supuestos de inidoneidad total no quedan del todo reflejados en los artículos 1135 y 1136-2-3° Cc, pues solamente regulan la imposibilidad sobrevenida de todas las prestaciones imputables al deudor, si es el deudor quien elige -art. 1135 Cc- o el acreedor -1136-2-3°-. Aparte de estos supuestos existe una amplia casuística en torno a la imposibilidad total (por ejemplo, que unas prestaciones desaparezcan por culpa del deudor y otras por culpa del acreedor; o unas por caso fortuito, y las otras por culpa del deudor, etc.).

en vigor el art. 1911 Cc y el principio en él reflejado de la responsabilidad patrimonial universal. En todo caso, no sería un supuesto de imposibilidad de la prestación, sino más bien de incumplimiento de la prestación debida, causado por la insolvencia.

4.2. La primera prestación descrita: la restitución del *tantundem* al final del usufructo

4.2.1. *Tantundem, hoc est, res eiusdem generis, qualitatis, & quantitatis*

Hasta ahora hemos utilizado la palabra *tantundem* sin precisar su significado, aunque se deduce del mismo vocablo: un tanto igual. ALTHUSIUS nos lo define como cosas del mismo género, calidad y cantidad⁶⁹³.

En el art. 482 Cc, el *tantundem* se traduce en el derecho de restituir "en igual cantidad y calidad" a la de los bienes usufructuados. Esta devolución significa no restituir lo mismo que se recibió, sino un equivalente. Esta equivalencia se basa en una relación de igualdad que queda establecida a través de dos datos: la "calidad" y la "cantidad".

No obstante, si la cosa es fungible, restituyendo otro tanto parece restituirse la misma cosa⁶⁹⁴. Por lo que más que una equivalencia hay una identidad desindividualizada. Es al restituir otro tanto donde se evidencia que el objeto del usufructo de cosas consumibles puede recaer en cosas que a la vez de consumibles sean fungibles; de lo

⁶⁹³ ALTHUSIUS, *Dicaeologicae, op. cit.*, lib. I, caput. XXIV (De *servitutibus personarum*), n. 35, pág. 94.

⁶⁹⁴ Entre muchos, VINNIUS, *In quatuor libros...*, *op. cit.*, Inst., lib. II, tit. IV (De usufructu), textus (Quibus in rebus constituitur), al comentar las palabras "De tanta pecunia restituenda, si morietur, aut capire minuetur", n. 5, pág. 251.

contrario, no se podría restituir el *tantundem*, sino solamente el valor económico⁶⁹⁵.

Como decíamos, el precepto sólo aporta los datos de la "calidad" y "cantidad", sin mencionar la "especie" o el "género"⁶⁹⁶. ¿Puede suponer esto un problema de delimitación a la hora de restituir el usufructuario? Para contestar esta cuestión será preciso concretar el significado de las mismas.

El dato que resulta más claro es la entrega de una igual "cantidad", pues supone restituir el idéntico número de unidades que se entregaron en usufructo; y ya que restituir el *tantundem* implica fungibilidad, al permitir contarse, medirse y pesarse, facilitará la cuestión⁶⁹⁷.

En cuanto al "género", como categoría lógica, se suele definir como "la categoría que comprende potencialmente todos los individuos que en la realidad objetiva corresponden a los caracteres recogidos en una determinación genérica"; además, las partes pueden fijar su

⁶⁹⁵ En este sentido se expresa NICOLÒ, Comentario al art. 185 del Proyecto, en *Codice civile...*, op. cit., pág. 640: "[l]'obbligo del quasi usufruttuario alla fine dell'usufrutto ha per contenuto la restituzione dell'equivalente, il che dimostra come la categoria delle cose consumabili coincide con quella delle cose fungibili se pure non copre interamente questa".

⁶⁹⁶ Nuestra doctrina, al tratar la restitución del *tantundem* utiliza indistintamente los cuatro sustantivos. Así, por ejemplo, DOMINGO DE MORATÓ, en *El Derecho civil...*, op. cit., pág. 359: "devolverá otro tanto del mismo género y calidad"; GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Códigos o estudios...*, op. cit., pág. 620: "otro tanto de la misma especie y calidad"; SÁNCHEZ DE MOLINA, *El Derecho civil...*, op. cit., pág. 119, siguiendo el art. 449 del Proyecto de 1851: "volverlas en otras especies iguales en bondad, calidad, peso, medida y número"; ELÍAS, *Derecho civil general...*, op. cit., pág. 277: "la misma cantidad y calidad de lo que recibió"; DE BUEN, voz "usufructo", en *EJE*, op. cit., pág. 588: "otro tanto de la misma especie y cantidad"; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil...*, op. cit., tomo II, vol. II, pág. 62: "una cantidad de cosas de la misma especie y calidad"; MANRESA Y NAVARRO, Comentario al art. 482 Cc, en *Comentarios...*, op. cit., tomo IV, pág. 528: "otro tanto de la misma especie y calidad"; SANTOS BRIZ, *Derecho civil*, op. cit., tomo II, pág. 410: "restituirá otras cosas de la misma especie y calidad y en la misma cantidad".

⁶⁹⁷ PROUDHON, *Trattato dei diritto...*, op. cit., vol. secondo, n. 2631, pág. 439, afirma que la obligación de restituir una igual cantidad "vale a dire che se egli ha ricevuto una somma di 600 franchi, bisognerà restituire altrettanto; se ha ricevuto 12 botti di vino, bisognerà che ne restituisca 12 della stessa quantità".

extensión⁶⁹⁸. Sin embargo, esta sola delimitación es demasiado general, a la vez que la misma "calidad y cantidad" de la cosa dada en usufructo exigida en el art. 482 Cc, ya presupone la idea del género.

Respecto a la "especie", el Código civil suele acompañarla copulativamente a la idea de "calidad", lo que parece anunciar que se trata de conceptos distintos. Así, por ejemplo, en los arts. 1196-2 ("sean de la misma especie y también de la misma calidad"); 1740-1 ("volver otro tanto de la misma especie y calidad"); 1753 ("otro tanto de la misma especie y calidad"); 1754-2 ("debe una cantidad igual a la recibida y de la misma especie y calidad"). Sin embargo, en estos casos "especie" se suele utilizar como sinónimo de "género". Pero, el dato expresivo de la igualdad a través de la "especie", no figura en el art. 482 Cc.

La "especie" vendría a ser el conjunto de caracteres comunes por los cuales unas cosas se asemejan a otras. Y en un orden de ideas general o referido a la naturaleza, la distinción entre "género" y "especie" depende del lugar en que comience y termine la escala, de tal manera que una misma cosa que, respecto de otras, puede representar su género, puede a su vez, aparecer como especie dentro de un concepto más amplio, y así sucesivamente.

Aunque técnicamente y conceptualmente no sean lo mismo "género" y "especie", se suelen utilizar por el legislador como sinónimos. Se dice "cosas del mismo género y calidad", o de la misma "especie y calidad", para decir que han de ser cosas del mismo tipo, del mismo género. Tanto el "género" como la "especie" sirven para determinar de qué cosas se trata, qué tipo de cosas; para identificar cuáles son esas cosas: si son sillas, caballos, vino, manzanas. Así, si es tejido, de qué especie: de lana, de algodón, de lino, etc. Otro tema luego es la calidad, que responde ya no al qué ha de ser, sino al cómo ha de ser.

⁶⁹⁸ SÁNCHEZ CALERO, "Las obligaciones...", loc. cit., pág. 645.

En las cosas fungibles (exceptuando el dinero), la "calidad" es una circunstancia individualizadora indispensable para determinar e identificar con exactitud cómo son las cosas que el usufructuario ha de restituir, con el propósito de lograr la equivalencia respecto a aquellas que recibió⁶⁹⁹.

De lo que precede resulta que "especie" y "calidad" no tienen por qué coincidir⁷⁰⁰.

Sin embargo, en el art. 482 Cc sólo se menciona la "cantidad" y "calidad". HERNÁNDEZ GIL pone de manifiesto que "el factor distintivo de la cantidad no puede ser la mera calidad o cualidad de la cosa, sino que habrá de estar constituido por alguna otra circunstancia más concretamente determinadora"⁷⁰¹. Por lo tanto, según esta afirmación los datos aportados por el precepto 482 Cc no serían suficientes para determinar la restitución.

Sin embargo, decir que esos datos no son suficientes, es hacer una interpretación literalista del art. 482 Cc, y lo que hay que hacer es una interpretación teleológica. ¿Qué persigue el art. 482 Cc?: que se entreguen bienes idénticos o lo más similares posibles, lo que aparece reflejado en la fórmula "igual cantidad y calidad". Está presuponiendo que el usufructuario ha de entregar bienes de esas características, buscando la identidad.

Lo que ocurre es que el legislador lo resumió y condensó en esa fórmula suficientemente expresiva, para no

⁶⁹⁹ BONET CORREA, "Problemática actual de las obligaciones pecuniarias", *Revista de Derecho Notarial (RDN)*, Abril-Junio, 1962, pág. 216. SÁNCHEZ CALERO, "Las obligaciones...", *loc. cit.*, pág. 651, define la calidad como "el conjunto de las propiedades o circunstancias que componen la cosa, las cuales pueden variar respecto a las cosas integrantes de un mismo género, sin que por ello salga de su ámbito". En Francia, PROUDHON, *Trattato...*, *op. cit.*, vol. secondo, n. 2632, pág. 439 expone: "qualità; se dunque l'usufruttuario ha ricevuto vino di Borgogna o di Bordó, deve restituire vino de Borgogna o di Bordó; si ha ricevuto vino bianco, non potrà restituire olio di noce; se ha ricevuto grano, non potrà restituire orzo, ecc."

⁷⁰⁰ Así, por ejemplo, del "género" de las manzanas, la "especie" podría ser la golden (de entre la Starking, Top Red, Oregon Spur, etc.) y la "calidad" la extra (de entre la categoría I, II y III).

⁷⁰¹ HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de obligaciones*, *op. cit.*, pág. 79.

tener que decir que habían de ser bienes del mismo género, especie, calidad, cantidad, forma, características, etc. Por lo tanto, no es que en este caso sea insuficiente, sino que hay que ver qué quiere decir en realidad.

Pero es que además, en el usufructo de cosas consumibles que a la vez son fungibles, desde un inicio -en concreto en el título constitutivo e incluso en el inventario si se ha elaborado-, estarán determinadas las cosas que serán objeto de usufructo. Será esta determinación del objeto la que facilitará la restitución, puesto que la "calidad" y "cantidad" que el usufructuario deberá restituir será en función de los bienes que se le entregaron en usufructo. Así pues, aunque el precepto no mencione el dato de la "especie", ésta se deducirá del título constitutivo o del inventario⁷⁰².

Según la doctrina la dificultad podría originarse cuando ni en el inventario ni en el título constitutivo se han determinado la calidad o/y la cantidad del bien de una forma clara. En este caso se considera que el nudo

⁷⁰² BUTERA, Comentario al art. 185 del proyecto, en *Il Codice civile...*, op. cit., pág. 438, considera que "[n]elle cose fungibili, altrimenti delle rappresentabili o sostituibili, il creditore generalmente non ha interesse alla restituzione degli identici oggetti; per tali cose, nell'ordinario commercio, si ha riguardo alla quantità più che a la qualità". Si con ello debemos interpretar que la calidad de los bienes pasa a segundo término, consideramos que esta interpretación se aleja de lo que realmente pretende el precepto, que se restituya no sólo la misma cantidad, sino también la calidad. Además, obviar este dato cualitativo podría perjudicar al nudo propietario. Quizás a lo que quería referirse el autor es al triunfo de la cantidad sobre la calidad que se da en la sociedad contemporánea, como pone de manifiesto HUMBERT, *Essai sur la fongibilité...*, op. cit., pág. 43, pues afirma en ese sentido que "nous trouvons une évolution d'ordre technique, qui, tout au cours du XIXe siècle, agit dans la même sens: le machinisme a déterminé la production en série, la standardisation, qui ne sont que des manifestations du règne toujours, accru de la fongibilité: des multitudes d'objets interchangeables se trouvent mis à la disposition du consommateur, entraînant une uniformisation croissante des goûts et, partant, des besoins", de aquí que afirme que "[n]ous assistons au triomphe de la quantité sur la qualité".

Sin embargo, BUTERA quizás se refiere a que no se quiere recibir los mismos objetos, o que se prefiere más bien su valoración económica.

propietario podrá usar todos los medios de prueba para poder identificarlas⁷⁰³.

Sin embargo, la indeterminación de algo tan importante como la cantidad y la calidad supondría la indeterminación del objeto del contrato (si es que hubo un contrato) o del título constitutivo. Y si no hay objeto determinado no hay contrato ni derecho, salvo que sea una indeterminación subsanable sin necesidad de nuevo acuerdo. Si no se puede saber sobre qué se ha constituido el usufructo, este no existe por indeterminación del objeto.

A veces la dificultad puede agravarse si no logran encontrarse cosas semejantes a las recibidas en usufructo, ya sea por encontrarse fuera del comercio, por haber pasado de moda, etc. Sin embargo, esta dificultad se diluye porque el propio art. 482 Cc aporta la solución: restituir el precio corriente⁷⁰⁴.

Estas dificultades originadas a raíz de la restitución *in natura*, aunque el mismo legislador las soluciona con la alternatividad, hacen preferible que se estimen los bienes al constituirse el usufructo para una mayor seguridad de las partes⁷⁰⁵.

⁷⁰³ Así se manifiestan por parte de la doctrina italiana, entre los autores del Codice de 1865, PACIFICI-MAZZONI, Comentario al art. 483 del Codice, en *Il Codice...*, op. cit., n. 396, pág. 396: "[l]a quantità e la qualità delle cose date in quasi-usufrutto risultano dall'inventario, che l'usufruttuario deve e il proprietario può fare (art. 496). Se l'inventario manca, il proprietario può farne la prova con tutti i mezzi possibili, cioè tanto coi titoli quanto coi testimonii, colle presunzioni ed anche colla pubblica fama"; VENEZIAN, *Usufructo...*, op. cit., II, pág. 593. Entre la doctrina del Codice de 1942, DE MARTINO, Comentario al art. 995 del Codice, en *Commentario...*, op. cit., pág. 189: "[l]a quantità e la qualità risulta in primo luogo dall'inventario. Mancando l'inventario il proprietario può servirsi di tutti i mezzi di prova"; en el mismo sentido PESCATORE - ALBANO - GRECO, Comentario al art. 995 del Codice, en *Commentario...*, op. cit., pág. 143; PUGLIESE, *Usufructo...*, op. cit., pág. 662, n. 156-II.

⁷⁰⁴ Estas dificultades ya las puso en evidencia, DONELLUS, *Commentarius de iure civili*, op. cit., lib. X, cap. IV (De usufructu rerum fungibilium), § 11, págs. 34 y 35. En la actualidad, entre otros, DORAL GARCÍA, Comentario al art. 482 Cc, en *Comentarios...*, op. cit., pág. 216; SIRINELLI, "Le quasi-usufruct (suite et fin)", loc. cit., n. 64.

⁷⁰⁵ PLANIOL, *Traité élémentaire...*, op. cit., pág. 597, n. 1789.

Para finalizar este epígrafe, conviene hacer una breve mención al tiempo en que debe hacerse esta restitución. El art. 482 Cc se refiere "al tiempo de cesar el usufructo". En esta conducta restitutoria no podemos hablar de una deuda de dinero o valor por no encontrarnos ante una obligación pecuniaria. El usufructuario restituirá iguales cosas que las que disfrutó, aunque valgan más o menos que al constituirse el usufructo. El nudo propietario de este modo estará en la misma situación que estaba al principio del derecho: con las mismas cosas. Si el usufructuario adquiere el *tantundem* al cesar el usufructo para restituirlo al nudo propietario, viene a ser lo mismo que restituir el precio corriente, puesto que es a este precio de mercado actual al que adquirirá los bienes de igual cantidad y calidad que restituye.

A los datos que menciona el art. 482 Cc, no se le añade la circunstancia de que las cosas deban tener el mismo "valor", cosa que si así fuera, las posibles inflaciones y deflaciones monetarias producirían una alteración de la cantidad a restituir respecto de la inicial⁷⁰⁶.

⁷⁰⁶ En el art. 1754-2 Cc, referido al préstamo de cosas fungibles, se añaden unas palabras que ponen de manifiesto que el aumento o disminución de valor de las cosas prestadas es de cuenta o de provecho del mutuario puesto que se afirma que "el deudor debe una cantidad igual a la recibida y de la misma especie y calidad, aunque sufra alteración en su precio". Tampoco se menciona en este precepto el dato del "valor", "por la razón clarísima de que, dada la variedad, oscilaciones y alternativas que sufre el precio, en cada momento se cambiaría la naturaleza del contrato cuya esencia estriba en la devolución de la misma cantidad y calidad" (MUCIUS SCAEVOLA, Comentario a los arts. 1753 y 1754 Cc, en *Código civil, op. cit.*, tomo XXVII, págs. 208 y 209).

El art. 1754-2 Cc, ha permitido a la doctrina afirmar que en el mismo se refleja con claridad el principio nominalista, puesto que "las alteraciones que en orden al precio o valor se hayan producido con posterioridad al nacimiento de la obligación, no repercuten en el cumplimiento de la obligación de restituir" (BONET CORREA, "Problemática actual...", loc. cit., pág. 211). Sin embargo, consideramos que ver en dicho precepto el principio nominalista supone centrar la atención en el hecho de restituir precisamente la misma especie y calidad de los objetos entregados en su tiempo; pero debemos advertir, que la restitución de un equivalente a estos bienes al cesar el derecho supondrá adquirirlos en el mercado a un valor distinto según el aumento o disminución del poder adquisitivo de ese preciso producto. La especie y calidad será la misma, pero es posible que el valor de estos bienes sea distinto al empezar y cesar el derecho,

4.2.2. La determinación genérica

En el art. 482 Cc, como primera prestación de la obligación alternativa, se menciona la restitución de cosas en igual cantidad y calidad a aquéllas que se entregaron en usufructo. En las obligaciones alternativas nada impide que una de las posibles prestaciones propuestas *in obligatione* sea, a su vez, determinada genéricamente y esto es precisamente lo que sucede aquí: el art. 482 Cc impone en una de las prestaciones una obligación genérica que se manifiesta en el momento de restituir⁷⁰⁷. Además nos hallamos ante un caso en que las cosas fungibles son objeto de obligaciones genéricas⁷⁰⁸.

Si una obligación es genérica cuando la prestación no se identifica con una sola cosa individualmente designada o determinada, sino que viene configurada más amplia o genéricamente, bien por referencia a un sector de la realidad en el que se hallen insertas diversas cosas no consideradas individualmente, bien porque se utilice algún

sobre todo si transcurre cierto lapso de tiempo entre la constitución y extinción del derecho.

⁷⁰⁷ Hablamos de "obligación genérica" y no sólo de "prestación genérica", porque, como pone de manifiesto HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de obligaciones, op. cit.*, pág. 77: "esta característica del objeto da lugar a una total relación obligatoria sujeta a un régimen jurídico suficientemente diferenciado en diversos aspectos".

⁷⁰⁸ Intentamos demostrar en el capítulo II que las cosas fungibles y las cosas genéricas son categorías distintas, pero que en el tráfico jurídico coinciden muchas veces.

La doctrina suele afirmar que frecuentemente las cosas fungibles son objeto de las obligaciones genéricas, aunque puede suceder lo contrario. Así lo consideran, entre muchos, CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español...*, *op. cit.*, tomo III (Derecho de obligaciones), decimosexta edición revisada y puesta al día por García Cantero, Madrid, 1992, pág. 187; PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, *op. cit.*, tomo I, vol. II, Barcelona, 1976, págs. 235 y 236; HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de obligaciones, op. cit.*, pág. 82; SANCHO REBULLIDA, en LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos...*, *op. cit.*, tomo II, vol. primero, pág. 71: "las cosas fungibles sólo pueden ser determinadas genéricamente, pues si se determinan individualmente pierden aquella cualidad; pero también las infungibles pueden ser determinadas genéricamente"; en un estudio específico de las obligaciones genéricas SÁNCHEZ CALERO, "Las obligaciones...", *loc. cit.*, pág. 648, afirma al respecto: "tanto las cosas fungibles como las infungibles pueden ser determinadas genéricamente; más aún, que las cosas fungibles sólo pueden ser determinadas genéricamente; pues, si una cosa determinada fungible se determina individualmente, pierde aquella cualidad".

medio objetivo indirecto para indicar qué es lo debido⁷⁰⁹, observamos que la primera conducta de la alternatividad descrita en el art. 482, encaja con dichas obligaciones. Así pues, será aplicable en este supuesto el régimen jurídico de las obligaciones genéricas, régimen al que el Código no dedica una sección especial, pero contempla la obligación de dar "cosa genérica o indeterminada", especialmente, en los arts. 860, 869, 875, 876, 877, 1096, 1167, 1169, 1630 y 1657 Cc.

Sin embargo, hay algunos efectos de las obligaciones genéricas que no se dan en la restitución del *tantundem* del usufructo de cosas consumibles y que intentaremos reflejar a continuación brevemente.

4.2.2.1. La "concentración o especificación"

La concentración o especificación supone el paso de una obligación genérica a una obligación específica, mutándose a la vez el régimen jurídico existente hasta ese momento. Consiste en el acto mediante el cual cesa la relativa indeterminación de la obligación.

Sin embargo, en el usufructo de cosas consumibles la especificación, generalmente, será más una "separación" o "individualización" que una "elección" de los bienes entre el género al que pertenecen. El art. 482 Cc ya dijimos que regula el usufructo de cosas consumibles puras y cosas consumibles que a la vez son fungibles. Es la igualdad cualitativa que impone el propio concepto de fungibilidad lo que no nos permite hablar de "elección", pues no existen diferencias cualitativas entre las cosas para elegir la calidad media (art. 1167 Cc), sino que resulta más apropiado hablar de "separación" o "individualización" de los bienes.

El Código civil no dice a quién corresponde proceder a la concreción del bien genérico que será entregado al

⁷⁰⁹ Sirva para todos, HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de obligaciones*, op. cit., 78.

acreedor convirtiéndose así la obligación genérica en específica; sin embargo, la doctrina es prácticamente unánime en afirmar que corresponde al deudor en virtud del principio *favor debitoris*⁷¹⁰. Aunque el art. 482 Cc no lo dice claramente, quizás pueda deducirse de él que la elección es derecho del usufructuario al decir: "tendrá derecho a restituirlas en igual cantidad y calidad".

En cuanto al modo y momento temporal de la individualización y la consiguiente traslación de los riesgos, cuando el usufructuario elige restituir el *tantundem*, se regirá por los escasos datos que proporciona el Código civil al respecto. Habrá que determinar si se está ante una deuda de entrega, de remisión o de puesta a disposición. En el primer caso, la especificación se perfecciona cuando el usufructuario traslada la cosa al nudo propietario; en el segundo, cuando le haya enviado la cosa, y en el tercero, cuando pone a disposición del nudo propietario el objeto de la prestación ya individualizado y se lo notifica⁷¹¹.

Ya hemos dicho que a tenor del art. 482 Cc, esta individualización la realiza el usufructuario y lo habitual será proceder simultáneamente a la restitución. No obstante, nada obsta a que pueda procederse a la misma de otra manera: por mutuo acuerdo entre el nudo propietario y el usufructuario (si aún no se entregan al nudo propietario los bienes individualizados, desde este momento los riesgos ya son suyos); o por un tercero designado por mutuo acuerdo entre el nudo propietario y el usufructuario (los riesgos serán a partir de ese momento del nudo propietario); puede

⁷¹⁰ Sirva para todos, CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español...*, op. cit., tomo III, págs. 188 y 189. No obstante, LASARTE ÁLVAREZ, *Principios...*, op. cit., tomo II, pág. 98, cuestiona tal solución y dice que es discutible: "pues de alguna forma la especificación requerirá la cooperación o el asentimiento del acreedor, admitiendo en su caso el pago y dando por buena la especificación realizada por el deudor. De tal manera, lo más seguro es afirmar que la especificación no puede llevarse a cabo unilateralmente por el deudor ni por el acreedor, salvo que se encuentren especialmente legitimados para ello".

⁷¹¹ PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, op. cit., tomo I, vol. II, pág. 243; SÁNCHEZ CALERO, "Las obligaciones...", op. cit., pág. 657.

sucedir que se trate de un género limitado y perezcan todas las cosas menos una (al tratarse ya de una obligación específica los riesgos serán también del nudo propietario).

En cuanto a la conflictiva cuestión de la posibilidad de proceder a la individualización o separación del bien o bienes por parte del usufructuario, unilateralmente, en un acto previo a la entrega, la doctrina no es unánime, aunque la mayoritaria es reticente a su admisión pues el Código civil no reconoce esta facultad al deudor⁷¹².

4.2.2.2. La posible aplicación del art. 1167 Cc

El art. 1167 Cc afirma: "[c]uando la obligación consista en entregar una cosa indeterminada o genérica cuya calidad y circunstancias no se hubiesen expresado, el acreedor no podrá exigirla de la calidad superior, ni el deudor entregarla de la inferior". Por lo tanto, no se da libertad absoluta en la elección o separación del bien dentro del género designado. Se trata de una norma dispositiva, pues el precepto parte de la necesidad de que no se hayan expresado "la calidad y circunstancias" del objeto⁷¹³, cosa que en principio no sucede en el art. 482

⁷¹² PÉREZ GONZÁLEZ, Blas y ALGUER, José, "Estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas", en Ludwig ENNECERUS, *Derecho de obligaciones*, undécima revisión por Heinrich Lehmann y traducción de la 35ª edición por los autores españoles citados, tomo II, vol. I del Tratado de Derecho civil de ENNECERUS-KIPP-WOLFF, Barcelona, 1944, págs. 35 y 36, admiten esta tesis apoyándose en el art. 1452-3 Cc.

No se muestran muy partidarios de ello, entre otros, HERNANDEZ GIL, *Derecho de obligaciones*, op. cit., pág. 82; PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, op. cit., tomo I, vol. II, págs. 242 y 243; SÁNCHEZ CALERO, "Las obligaciones...", loc. cit., pág. 658; Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, op. cit., II, pág. 298.

Destaca la postura de MOREU BALLONGA, "En defensa del criterio de especificación unilateral notificada", *ADC*, I, Enero-Abril, 1985, pág. 34 quien afirma que "no parece existir en nuestro Código civil una base seria como para rechazar la idea de que las obligaciones genéricas queden normalmente especificadas por la mera separación unilateral notificada"

⁷¹³ Como pone de manifiesto HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de obligaciones*, op. cit., pág. 79, "[u]na interpretación literal y a sensu contrario de este precepto llevaría a la conclusión de que si se han expresado la calidad y las circunstancias, la obligación no sería genérica, sino específica. Pero ello no es rigurosamente así. No en todos los casos

Cc, puesto que en el título constitutivo o en el inventario, si se ha procedido al mismo, queda determinado el objeto sobre el que debe recaer el usufructo, y es este objeto determinado, que sirve de ejemplo y punto de referencia para la restitución, el que se supone que aparece con la descripción de la "calidad y las circunstancias"⁷¹⁴. La existencia de este elemento comparativo no nos permite afirmar categóricamente, por lo tanto, que no se haya expresado la "calidad y circunstancias" del bien, por lo que no se aplicará el art. 1167 Cc⁷¹⁵. Sin embargo, debemos advertir que puede que aparezca el objeto descrito con algunas características pero resulta que de ese bien y con esas características hay muchas cualidades, por ejemplo, vino de la Rioja tinto, pero de qué año, de qué bodega.

que haya referencia a la calidad y a ciertas circunstancias habrá una obligación específica".

⁷¹⁴ CAFFARENA LAPORTA, "El requisito de la identidad...", *loc. cit.*, pág. 936, realiza un estudio minucioso del art. 1167 Cc y manifiesta (pags. 920 y 921) que "para saber si se han expresado esa cantidad y circunstancias de manera que se excluya la aplicación del criterio de la calidad media será absolutamente necesario interpretar el contrato realizado por las partes, averiguando su alcance y sentido, teniendo en cuenta para ello las normas que el mismo Código dicta al respecto". Sin embargo, aunque se aleje de nuestro tema, el problema, como pone de manifiesto el autor, se halla en saber si los criterios interpretativos contenidos en los arts. 1284, 1289 y 1258 Cc -normas de interpretación objetiva- tienen o no prioridad sobre el criterio supletorio del art. 1167 Cc, demostrando, tras un estudio de temas clásicos de la Parte general del Derecho, que el criterio del art. 1167 Cc sólo se tendrá en cuenta "si después de aplicar los criterios subjetivos y objetivos de la interpretación de los negocios no se ha podido encontrar con exactitud la calidad media" (pág. 935).

En una línea similar, PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, *op. cit.*, tomo I, vol. II, pág. 237, afirma que en la obligación genérica, a diferencia de la específica, es posible la graduación, y añade que "[g]eneralmente interesa al acreedor concretar las cualidades que ha de tener la cosa determinada sólo por la pertenencia a una clase; y, a veces, sin que se determine individualmente la cosa, ya se expresa, al dejarse constituida la obligación, dentro de qué límites materiales la cosa genérica ha de concretarse".

⁷¹⁵ CAFFARENA LAPORTA, "El requisito de la identidad...", *loc. cit.*, pág. 936, expresa que la regla del art. 1167 Cc no se aplica "a las obligaciones restitutorias en las que el deudor queda obligado a devolver otro tanto de la misma especie y calidad que lo recibido".

4.2.2.3. La imposibilidad sobrevenida de la obligación genérica. El aforismo *genus nunquam perit*

Otra de las peculiaridades que ofrece el art. 482 Cc frente al régimen de las obligaciones genéricas, es en el tema relativo a los riesgos de perecimiento y deterioro de la cosa por caso fortuito. Ahora bien, más que peculiaridad deberíamos hablar de previsión del art. 482 Cc.

El principio general en torno al tema viene establecido en el art. 1182 Cc, de donde se desprende que cuando el objeto de la prestación deviene imposible sin culpa del deudor la obligación se extingue. En cambio, en las obligaciones genéricas el riesgo lo soporta el deudor hasta la individualización del bien, pues rige el principio *genus nunquam perit*, por lo que no se puede alegar imposibilidad de cumplir y el deudor no queda liberado por ello⁷¹⁶. No obstante se afirma que el aforismo no se aplica en las obligaciones de género limitado⁷¹⁷.

Sin embargo, como manifiesta HERNÁNDEZ GIL, "el no perecimiento del género no tiene valor de apotegma"⁷¹⁸. Es posible que el deudor se vea liberado si se pierde fortuitamente la cosa genérica debida; "lo que ocurre es que, por la propia naturaleza del objeto, dicha pérdida

⁷¹⁶ ALBALADEJO, *Derecho civil, op. cit.*, tomo II, vol. primero, décima edición, Barcelona, 1997, pág. 50, matiza la expresión según la cual "por la especificación los riesgos pasan de ser soportados por el deudor a ser soportados por el acreedor", pues afirma que "[l]o que ocurre es que éste [se refiere al deudor], si tiene ya preparada por su cuenta una cosa con la que piensa cumplir su obligación genérica, y la cosa se destruye, es él el perjudicado (y habrá que cumplir con otra), pero no porque soporte el riesgo de que la prestación se haga imposible, sino porque la cosa era suya (y, por tanto, él se perjudica si se destruye), y al no recaer la obligación genérica precisamente sobre aquella cosa concreta, no se hizo imposible la prestación, aunque tal cosa se destruyese".

⁷¹⁷ Entre otros, PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, op. cit., tomo I, vol. II, pág. 240; SANCHO REBULLIDA, en LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos...*, op. cit., tomo II, vol. primero, pág. 72.

No obstante, CAFFARENA LAPORTA, "Genus...", loc. cit., pág. 294 manifiesta que "[e]l aforismo "genus..." tiene aplicación tanto en la obligación genérica pura como en la de género limitado. Lo único que ocurre es que en ésta es más probable que en aquélla que el cumplimiento de la obligación devenga imposible".

⁷¹⁸ HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de obligaciones, op. cit.*, pág. 84.

exige el perecimiento de todas las cosas del género, que impida la individualización de aquél. Y esta regla es la misma, tanto para la obligación genérica, como para la llamada obligación de género limitado, con la única diferencia fáctica de que la relativa indeterminación, más amplia en la primera que en la segunda, tendrá un diverso alcance en orden a las posibilidades del deudor para liberarse por pérdida o perecimiento del objeto de la prestación"⁷¹⁹.

Además, el principio *genus nunquam perit*, puede verse derogado también en aquellos supuesto en que la imposibilidad de la prestación es consecuencia de una ley que haga inencomerciable el género, o en los supuestos en que la prestación resulte excesivamente gravosa o onerosa de cumplir⁷²⁰.

Así pues, la doctrina ha puesto en duda la absolutividad del aforismo *genus nunquam perit*, por lo que es posible que la obligación genérica se extinga por imposibilidad de la prestación⁷²¹.

¿Qué efecto produce esto en el art. 482 Cc? La verdad, es que el legislador no permite al usufructuario liberarse de la obligación de restituir, pues está sometido a una obligación alternativa, una de cuyas prestaciones *in obligatione* es normalmente genérica y la otra una prestación pecuniaria de imposible desaparición. A la vez, esto supone una protección muy intensa al nudo propietario, a quien se le garantiza por todos los medios la restitución. En el art. 482 Cc la imposibilidad total de la restitución del *tantundem* por desaparición de todo el

⁷¹⁹ SÁNCHEZ CALERO, "Las obligaciones...", *loc. cit.*, pág. 655.

⁷²⁰ PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, *op. cit.*, tomo I, vol. II, pág. 240; SÁNCHEZ CALERO, "Las obligaciones...", *loc. cit.*, págs. 655 y 656.

⁷²¹ CAFFARENA LAPORTA, "Genus...", *loc. cit.*, págs. 310 ss., no encuentra justo que en las obligaciones genéricas quede extinguida la obligación por la imposibilidad de la prestación, y es por ello que busca medios alternativos para paliar la injusticia que puede suponer semejante liberación, puesto que se estaría ante un enriquecimiento injustificado.

género, sea por la causa que sea, no produce como efecto la extinción de la obligación, pues estamos ante una obligación alternativa, así que si resulta imposible esta prestación, al usufructuario siempre le queda la segunda prestación descrita: pagar el precio corriente⁷²². La solución del precepto parece ser justa y equitativa, pues evita un enriquecimiento a favor del usufructuario que no tendría mucha justificación, pues solamente se le entregaron los bienes para consumirlos, no para adquirirlos lucrativamente.

Sin embargo, cuando se realiza la elección y es debidamente notificada de forma que produzca efectos -art. 1133 Cc-, la obligación deja de ser alternativa. Entonces, si lo elegido es el tantundem pero resulta una prestación imposible por caso fortuito, ¿qué sucede?

Es posible que entre la elección de la prestación y su entrega-realización transcurra un período de tiempo en el que se produzca esa imposibilidad de cumplir la prestación ya específica tras la elección. En este caso, en principio, no será posible cumplir con la otra prestación, pues la obligación ya no es alternativa, por lo cual la otra prestación no está *in obligatione*. El tema ha de resolverse aplicando la teoría de los riesgos y su transmisión, cuestión que será tratada posteriormente. Sin embargo, podemos adelantar que es el usufructuario quien corre con los riesgos, pues ya ha consumido los bienes y si se adoptara una solución contraria se produciría un enriquecimiento injustificado a su favor.

Podemos concluir que la primera conducta de la obligación alternativa reflejada en el art. 482 Cc es una prestación genérica siempre que el bien puramente

⁷²² La doctrina que ha estudiado el usufructo de las cosas consumibles no se ha planteado su relación con las obligaciones genéricas; sin embargo, como ya vimos, HANAUSEK, *Die Lehre vom uneigentlichen...*, op. cit., § 5, pág. 31, considera que el usufructuario, si los bienes son fungibles, no tiene que restituir una misma cantidad y calidad si esto resulta excesivamente gravoso para él: "[d]ann aber wird selbs beim Quasiniessbrauche vertretbarer Sachen der Quasiusufructuar von der Restitution des "tantundem eiusdem qualitatis" loszuzählen sein, wenn diese Verpflichtung für ihn eine unverhältnissmässig schwierige wäre".

consumible o consumible y fungible, sea a la vez genérico, y como tal será aplicable el régimen jurídico concerniente a las obligaciones genéricas cuando se quiera restituir el *tantundem*, aunque muchos de los peligros que la obligación genérica puede ocasionar al acreedor, en nuestro caso al nudo propietario (pensamos especialmente en la imposibilidad sobrevenida de la prestación), quedan diluidos puesto que el legislador prevé medios suficientes para proteger el derecho del nudo propietario a la restitución de unos bienes que se concedieron en usufructo y desaparecieron al ejercer el derecho de disfrute.

4.3. La segunda prestación descrita: el precio corriente al finalizar el usufructo

La segunda de las prestaciones de la obligación alternativa que propone el art. 482 Cc consiste en "pagar su precio corriente al tiempo de cesar el usufructo". La conducta descrita precisa ser analizada teniendo en cuenta diversos aspectos: la configuración de una deuda monetaria, qué debe entenderse por "precio corriente", los criterios y el momento de su determinación, etc., cuestiones que intentaremos resolver a continuación.

Si en la anterior prestación nos hallábamos ante una obligación genérica, aquí la peculiaridad del dinero aporta características especiales a esta restitución⁷²³.

⁷²³ VATTIER FUENZALIDA, "Problemas de las obligaciones pecuniarias en el Derecho español", *RCDI*, Enero-Febrero, 1980, págs 56, considera que la obligación dineraria no tiene carácter genérico y atribuye varias razones: por no ser aplicable la regla de la calidad media del art. 1167 Cc, por no admitirse una individualización de los bienes objeto de restitución anterior a ésta ya que se confunde con la consignación, etc. Sin embargo, BONET CORREA, "El dinero como bien...", *loc. cit.*, pág. 125, afirma: "[r]esulta claro y evidente que el dinero es un bien genérico", pero con ciertas peculiaridades por lo que no responde como los demás bienes genéricos a lo preceptuado en el Código (arts. 875-3, 1167 Cc), añadiendo (págs. 126 y 127) que "la genericidad del dinero es de grado superlativo, diríamos absoluta, debido a su naturaleza homogénea en cuanto es un bien jurídico y no una cosa física exclusivamente; se trata de una genericidad de grado sumo como no la posee ningún bien genérico que puede llegar a agotarse o desaparecer, mientras que el dinero existe siempre en el tráfico, ya

El "precio corriente" es el criterio que establece el art. 482 Cc para determinar el valor que debe restituirse. Se trata de un proceso de valoración que depende de criterios objetivos y externos. Sin embargo, es preciso saber a qué se refiere el "precio corriente" y cómo se determina.

El Código civil al establecer un criterio de estimación del valor no es uniforme: a veces se remite al precio de otros bienes existentes en el mercado (art. 1448 Cc); a los bienes idénticos a los sujetos a estimación (art. 1049-2 Cc); al precio que estipulen las partes o un périto (arts. 380, 482, en el caso que haya estimación, 495-3, 1547, 1619-2, 1661, 1687-2, 1745 Cc); al fijado por voluntad unilateral (1769-3 Cc); a un precio supletorio (art. 1644-2-3 Cc); al precio medio de los bienes durante un plazo lo suficientemente largo para garantizar su estabilidad, protegiéndose a las partes de las oscilaciones de los precios (art. 1611-2 Cc)⁷²⁴.

"Precio corriente" supone el precio habitual o usual de un bien en una economía de mercado, y esto nos lleva al "precio de mercado" del momento y lugar de la restitución. Así pues, para dar contenido al "precio cierto" tendremos que acudir al "precio de mercado". "Precio de mercado" que según MARTÍN PÉREZ sólo lo será "cuando se ha llegado a él en virtud de múltiples transacciones, porque una multitud de contratantes ha entendido que es el más idóneo y, por tanto, es un índice general, extraño a un contrato individualmente considerado -aunque también contribuya a configurar ese valor- y con carácter objetivo"⁷²⁵.

que es impercedero"; en un sentido similar, DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, op. cit., II, pág. 585.

⁷²⁴ GARCÍA VICENTE, *Ley de contratos...*, op. cit., págs. 225 y 226.

⁷²⁵ MARTÍN PÉREZ, José Antonio, *La rescisión del contrato (En torno a la lesión contractual y el fraude de acreedores)*, Barcelona, 1995, pág. 320, donde añade que "[l]a libertad de acción hace que nadie esté dispuesto a aceptar un precio superior a aquél que emerge del mercado -a no ser que se actúe por un especial interés o afección que merece ser respetado-, y si no es así, o no existe verdadera libertad, o no funciona adecuadamente el mercado, o ha intervenido alguna otra circunstancia que merece ser atendida". CARRASCO PERERA, "Restitución de provechos (y II)", loc. cit., pág. 39, al tratar la restitución de

Por lo tanto, cuando el usufructuario pretenda restituir el "precio corriente" de los bienes consumidos, restituirá el valor que resulte del nivel de precios al cual se realiza el intercambio de ese bien en el mercado en ese lugar y momento.

Sin embargo, determinar el precio corriente o de mercado puede ocasionar ciertos problemas.

En primer lugar, habrá de determinarse a qué mercado hay que referirse para concretar el valor a restituir: al mercado de consumo o al mercado al por mayor. El usufructuario debe restituir aquella cantidad que necesita el nudo propietario para adquirir en el mercado un bien con las mismas características que el que se le entregó en usufructo. Por lo tanto, dependerá de la actividad profesional de las partes y sobre todo del ámbito en el que actúen y la condición en la que se recibiera el usufructo de tales bienes -no es lo mismo que se constituya un usufructo entre dos empresas, una de madera en favor de una de muebles, por ejemplo, que el usufructo testamentario/sucesorio para ayudar a la subsistencia de una persona-. Si el nudo propietario es un empresario, podrá restituirsele el precio corriente según el precio del mercado al por mayor; si es un mero consumidor, habrá que estar al mercado de consumo.

En segundo lugar, es difícil determinar el "precio corriente" en aquellos supuestos en que los bienes han dejado de existir en el mercado.

Si al constituirse el usufructo se hizo inventario de los bienes, éste será la base de la que se partirá para establecer el "precio corriente", aunque se tratará de un

frutos como deuda de dinero afirma que "[l]a cantidad de dinero que representa el fruto no es, sin embargo, el precio de su enajenación o el valor que tenía en el momento en que se consumió. Será, por el contrario, el valor del fruto calculado por precios de mercado el día en que procesalmente se realice la liquidación como dispone el artículo 945 de la Ley de Enjuiciamiento Civil".

valor presuntivo, lo que podrá ocasionar problemas de acuerdo entre las partes⁷²⁶.

El problema es que cuando no hay precio de mercado porque ya no existen esos bienes en el mismo, poco ayuda el título constitutivo o el inventario, ni saber la cantidad y calidad; sólo ayudaría la estimación, avalúo o tasación si se hizo.

La entrega del "precio corriente" se convierte en la única prestación que puede restituir el usufructuario si las cosas que se entregaron en usufructo eran consumibles y fungibles y, por causas externas a las partes, pierden el carácter de fungibles en el momento de la restitución. En este supuesto no nace la obligación alternativa regulada en el art. 482 Cc.

Tampoco nace la obligación alternativa, sino la obligación simple de restituir el "precio corriente" cuando el usufructo tiene lugar sobre bienes consumibles no fungibles y no fueron estimados al constituirse el usufructo.

Por último, hemos de decir que tanto la restitución del precio corriente o de mercado, como la de la estimación si se procedió a la misma, se expresa en una cantidad de dinero, y por ello habrá que estar al art. 1170-1 Cc, precepto que comprende el pago de todas las deudas de dinero y establece las normas generales respecto a las monedas en que debe hacerse el pago. El artículo, por lo tanto, no

⁷²⁶ Es la doctrina italiana la que ha hecho mención de este segundo problema que planteamos. Entre la doctrina del Codice de 1865, PACIFICI-MAZZONI, Comentario al art. 483 del Codice, en *Il Codice...*, op. cit., n. 396, pág. 396: "Ma come si valuterà il prezzo corrente di cose che più non esistano? Ripetiamo che, es è stato fatto l'inventario, incombe al proprietario di provare la qualità e quantità delle cose, sulle quali è stato concesso il quasi-usufrutto, essendo egli attore che domanda la restituzione. Provata la quantità e qualità delle cose, la loro stima non solo è possibile, ma relativamente agevole". Entre la doctrina del Codice de 1942, DE MARTINO, Comentario al art. 995 del Codice, en *Commentario...*, op. cit., pág. 189: "[p]er determinare il valore corrente al momento della cessazione, occorrerà identificare le cose, che sono state consumate ed anche qui servirà come base l'inventario. In mancanza il proprietario può avvalersi di tutti i mezzi di prova rivolti alla identificazione delle cose e quindi della loro qualità e quantità"; PESCATORE - ALBANO.- GRECO, Comentario al art. 995 Codice, en *Comentario...*, op. cit., pág. 143; PUGLIESE, *Usufrutto...*, op. cit., pág. 662, n. 156-II.

sólo se refiere al supuesto de una deuda de especie monetaria, sino que abarca todas las deudas monetarias, entre ellas las deudas de valor⁷²⁷. Por lo tanto, a tenor de este precepto, y de las interpretaciones al mismo, el pago se realizará según la especie monetaria pactada, y en su defecto se entregará la equivalencia en la moneda de curso legal en España, la peseta o el euro⁷²⁸.

5. La deuda monetaria en la restitución

Hemos visto que el usufructuario puede restituir el "importe del avalúo" de las cosas si ha habido estima, o el "precio corriente" al finalizar el derecho, si no la hubo. El dinero, por lo tanto, interviene como objeto de restitución. Se tratará de determinar ahora, si este dinero es el objeto directo de la restitución, configurándose de este modo como una deuda de dinero, o es un subrogado del objeto que se debe, estando en este caso ante una deuda de valor⁷²⁹. Tras esta configuración será preciso estudiar las

⁷²⁷ BONET CORREA, "Las cuestiones interpretativas del art. 1170 del Código civil sobre el pago de las deudas de dinero", *ADC*, IV, octubre-diciembre, 1971, pág. 1097. En la pág. 1098 afirma que "cuando el legislador se refiere al "pago de las deudas de dinero" no lo hace en cuanto a una determinada modalidad específica o concreta, sino respecto a todas las posibilidades o maneras de pagar en dinero".

⁷²⁸ La interpretación del art. 1170-1 Cc no ha sido una cuestión pacífica en la doctrina; sirvan para todos BONET CORREA, *Las deudas de dinero*, Madrid, 1981, págs. 333 ss, cuya tesis hemos seguido; PAZ-ARES, Candido, *Comentario al art. 1170 Cc*, Ministerio de Justicia, *Comentario del Código civil*, tomo II, Madrid, 1991.

⁷²⁹ Las deudas de valor y las deudas de dinero han sido definidas y diferenciadas, a parte de la manualística, en estudios específicos, destacando, entre otros y en especial BONET CORREA, "Problemática actual...", *loc. cit.*, págs. 199 ss., donde el autor habla de "obligaciones monetarias, aquellas en que el dinero entra como objeto de la prestación" y de "obligaciones patrimoniales *in extenso*, en las que el dinero entra como un resultado, por la pérdida del objeto específico, en definitiva, por resultar una indemnización"; en las primeras, deudas de dinero, el dinero entra *in obligatione*, y en las segundas, deudas de valor, *in solutione*. Se expresa en el mismo sentido, incluso con más profundización, en "Las cláusulas de estabilización en las obligaciones pecuniarias", *RDN*, Abril-Junio, 1963, pág. 95; "Metalismo, nominalismo y valorismo en las deudas de

ventajas e inconvenientes que conlleva y sus posibles soluciones.

Si en las deudas de valor el dinero no cumple la función de bien que resulta buscado por sí mismo, es decir, no funciona estrictamente como medio de cambio, como sucede en las deudas de dinero, sino que es medida de valor de otras cosas o servicios respecto de los cuales el dinero funciona como equivalente o sustitutivo⁷³⁰, el art. 482 Cc regularía una deuda de valor.

El objeto que debe restituir el usufructuario no es una cantidad de dinero nominal -el dinero no entra como precio, renta, pensión, etc.-, sino que dada la desaparición del bien a causa del consumo, el objeto que inicialmente se entregó para el goce se transforma en un valor que debe expresarse y liquidarse en dinero. Aunque esta suma no es *per se* el objeto exclusivo de la restitución, pues, si el usufructuario no ha consumido los bienes, está facultado a entregar esos mismos bienes o lo establecido en el art. 482 Cc.

Por lo tanto, en una primera aproximación, el art. 482 Cc contiene una deuda de valor, en el sentido de que se debe la estimación de algo (la cosa consumida), y "el dinero se utiliza como expediente técnico para fijar qué es

dinero", *RDN*, Enero-Marzo, 1976, págs. 73 ss.; *Las deudas...*, op. cit., en especial, págs. 255 ss. (deudas de dinero) y pág. 313 (deudas de valor o deuda dineraria final). También VATTIER FUENZALIDA, "Problemas de las obligaciones...", loc. cit., págs. 55 y 56, considera que en la deuda de dinero, "éste integra la prestación en su sentido propio de medio de cambio y de pago, de forma que está, según la configuración de la prestación acordada por las partes, tanto *in obligatione* como *in solutione*"; en cambio, en las deudas en valor (pág. 59) "lo debido no son cosas, ni siquiera dinero, sino un valor destinado a entrar en el patrimonio del acreedor en su integridad en el momento del pago, el cual se expresa en términos monetarios solamente a efectos liquidatorios y contables" (Vid. para un estudio más detallado de estas deudas las págs. 80 ss.); en el mismo sentido al comentar la voz "Obligaciones pecuniarias" en *NEJ*, tomo XVIII, 1986, págs. 185 ss.; FLORES MICHEO, Rafael, "Desvalorización monetaria y sus repercusiones en el Derecho civil", *RCDI*, Septiembre-Octubre, 1980, 1037 ss.

⁷³⁰ Así se expresa DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, op. cit., II, pág. 259, el cual añade que las deudas de valor "son fundamentalmente deudas restitutorias, compensatorias o indemnizatorias". En un sentido similar BADOSA COLL, *Dret d'obligacions*, op. cit., pág. 80, afirma que "les funcions de les obligacions de valor no són autònomes sino substitutòria, restitutòria i indemnitzatòria".

lo debido", puesto que la restitución no puede recaer sobre la misma cosa entregada para el goce⁷³¹.

Sin embargo, las diversas hipótesis que se pueden dar en este usufructo, exigen entrar más en detalle. Hemos visto que el art. 482 Cc tiene dos manifestaciones, según se hayan o no estimado lo bienes; es decir, si se han evaluado, hay que "pagar el precio de su avalúo al terminar el usufructo", si no se ha hecho, y por lo que aquí interesa, "el precio corriente al tiempo de cesar el usufructo". ¿En ambos casos estamos ante una deuda de valor?, ¿o en el primer caso estaríamos ante una deuda de dinero y en el segundo de valor?.

Que en el segundo caso -la restitución del precio corriente- nos hallamos ante una deuda de valor resulta claro, ya que este precio opera como equivalente o sustituto de un bien de naturaleza distinta. El usufructuario entregará al nudo propietario el valor económico del bien con independencia de la suma monetaria que sea necesario para ello, esto es, una cantidad no sujeta a valor nominal, ya que el dinero no interviene aquí en su cualidad jurídica de bien, sino económicamente como medida del valor. De este modo el usufructuario dará al

⁷³¹ Así lo considera, HERNÁNDEZ GIL, "Derecho de obligaciones", *loc. cit.*, págs. 138 y 139, quien al analizar los diversos supuestos de deudas de valor, introduce el art. 482 cc entre ellas en el sentido de que se debe la estimación de algo, manifestando que "en la regulación del usufructo de cosas consumibles, la idea de valor juega con diversas manifestaciones a los fines de configurar el deber de restitución que, al no recaer en cosas en sí, versa sobre "el importe de su avalúo al terminar el usufructo, si se hubiesen dado estimadas", o bien, sobre "igual cantidad y calidad" o, alternativamente, sobre "el precio corriente al tiempo de cesar el usufructo"". También lo considera una deuda de valor, BADOSA COLL, *Dret d'obligacions, op. cit.*, pág 81, entre los ejemplos que cita del Código civil en los que hay una deuda de valor, en su función sustitutoria, afirma que "[e]n l'àmbit de les obligacions patrimonials, tenim (...) la substitució de la cosa objecte d'una obligació de donar, el lliurament de la qual li és exonerat al deutor per impossibilitat sense culpa seva (arts. 482, 645-3, 650-1, 978-3º-4º, 1307)". VATTIER FUENZALIDA, "Problemas de las obligaciones...", *loc. cit.*, págs. 83 y 84, considera que entran en la categoría de deudas de valor los supuestos en que la prestación consiste en la estimación de algo o en una cantidad que no está sujeta a un valor nominal, e incluye en el primer supuesto el art. 482 Cc, "casos en que el dinero se utiliza como expediente técnico para fijar qué es lo debido"; en el mismo sentido se expresa al comentar la voz "Obligaciones pecuniarias", *NEJ, op. cit.*, pág. 204.

nudo propietario una cantidad que le otorgará un poder adquisitivo que en el momento de la restitución equivaldrá al que tenía en el momento de la constitución del usufructo.

Será decisivo, por lo tanto, el criterio de fijación del valor en base al cual se determinará la cantidad de dinero a restituir, criterio que el art. 482 Cc fija en el "precio corriente". El valor que se restituirá a través del "precio corriente" es un valor comercial o de tráfico "producto del poder adquisitivo que el acontecer diario, la coyuntura normal o adversa y de manipulaciones concretas le van asignando al dinero"⁷³².

En cuanto deuda de valor, las partes no podran alegar la imposibilidad sobrevenida de la prestación⁷³³.

Sin embargo, es más dudoso que nos hallemos ante una deuda de valor en el caso de restituir el importe del avalúo cuando las cosas se han estimado. Si se estiman los bienes al constituirse el usufructo, parece ser que el usufructuario deberá entregar este importe inicial al finalizar el derecho. Por lo tanto, el usufructuario a lo que se obliga directamente desde el principio es a abonar una suma de dinero, además ya determinada y fija, por lo que se puede decir que la suma de dinero está *in obligatione*. Consecuencia de ello es que no se tiene en cuenta el aumento o disminución de valor que pueda sufrir la cosa desde el inicio del usufructo hasta el momento del

⁷³² BONET CORREA, "Metalismo, nominalismo...", *loc. cit.*, pág. 66.

⁷³³ BONET CORREA, "Problemática actual...", *loc. cit.*, pág. 200; VATTIER FUENZALIDA, "Problemas de las obligaciones...", *loc. cit.*, pág. 56, el cual afirma que "la imposibilidad subjetiva es irrelevante y la objetiva, que se produce en los supuestos de prohibición o de retiro de la circulación de alguna especie monetaria, se resuelve por las normas de transición que prevén la conversión de la unidad monetaria afectada por tales medidas en la nueva".

cese del mismo⁷³⁴. Así pues, parece que estaríamos más bien ante una deuda de dinero⁷³⁵.

Además, DÍEZ-PICAZO, afirma que en las deudas de valor "[l]a reducción a dinero o el establecimiento de la equivalencia no se efectúa tomando en cuenta el valor que las cosas tenían en el momento en que existieron, o, en su caso, cuando dejaron de existir, sino tomando en cuenta su valor actual", cosa que no sucede si hay estimación, por lo que parece que no estaríamos ante una deuda de valor.

Sin embargo, el autor manifiesta que esto debe precisarse, puesto que existen casos en que es la ley la que establece la referencia, conforme a la cual la equivalencia o valoración debe realizarse. Entre estos casos menciona el art. 482, donde se "considera obligación del usufructuario pagar, al terminar el usufructo, el importe del avalúo de tales cosas si se hubiesen estimado o, si no, pagar el precio corriente al tiempo de cesar el usufructo"⁷³⁶.

Así pues, la restitución del importe del avalúo al haberse estimado los bienes es una deuda de valor, porque no se trata de una contraprestación -ya analizamos en

⁷³⁴ Sirva de ejemplo, MARTÍNEZ ZURITA, *Del usufructo...*, op. cit, comentario al art. 482 Cc.

⁷³⁵ Así lo consideran FLORES MICHEO, "Desvalorización monetaria...", loc. cit., pág. 1074: "el usufructo de cosas consumibles supone para el usufructuario una deuda de suma, si las recibió estimadas, y una deuda de valor en el supuesto contrario"; ALBACAR y CAVANILLAS, Comentario al art. 482 Cc, en *Código civil...*, op. cit. : "[e]n el usufructo estimado, la deuda sobre el importe evaluado es nominal, no de valor, sin perjuicio de que pueda pactarse una cláusula de estabilización. En cambio, el usufructo no estimado es deuda de valor, pudiendo satisfacerse éste con cosas de igual cantidad y calidad o pagando su precio a la extinción del usufructo. El usufructuario, entonces, corre el riesgo de revalorización de lo consumido".

⁷³⁶ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, op. cit., II; pág. 265. En sentido similar se expresa VATTIER FUENZALIDA, "Problemas de las obligaciones...", *NEJ*, op. cit., pág. 84, y al comentar la voz "Obligaciones pecuniarias", loc. cit., pág. 204, quien incluye las deudas restitutorias entre las deudas de valor, afirmando: "hipótesis todas estas que pueden ser ordenadas según si la propia ley establece el momento en que ha de hacerse la valoración, como en los artículos 482, 650 y 1045, o la ley omite esta determinación, por lo que deben entenderse referidas al valor actual, como, por ejemplo, los artículos 360, 645 y 1307".

capítulos anteriores que la estimación no convierte la figura en venta como se defendió tradicionalmente-, sino una especie de sustitución del objeto destruido. Lo que sucede es que es la propia ley la que determina en qué momento debe hacerse la equivalencia. Sí que nos hallaríamos ante una deuda de dinero si estuviéramos ante la contraprestación de un usufructo oneroso, pero no en este caso, que nos referimos al momento restitutorio⁷³⁷.

Además, defender que existe deuda de dinero en el caso de haber estima, como puede resultar de una lectura literal del precepto, conduciría a una injusticia. Nos hallaríamos ante la aplicación del debatido principio nominalista, por cuya virtud el nudo propietario recibiría la suma nominal fijada en la estimación con independencia de las variaciones de su poder adquisitivo, las cuales redundarían en ventaja o en desventaja suya⁷³⁸. Por lo tanto, se

⁷³⁷ También son partidarios de que estamos ante una deuda de valor, PUGLIESE, *Usufrutto...*, op. cit., pág. 663, n. 156-II: "[i]l debito dell'usufruttuario sembra, in sostanza, appartenere più alla categoria dei così detti debiti di valore che non a quella dei debiti di somma determinata di denaro (debiti di valuta)"; en el mismo sentido se expresa al comentar la voz "Usufrutto (diritto vigente)", en *Novis. Dig. It.*, op. cit., pág. 349, n. 10; PESCATORE - ALBANO - GRECO, Comentario al art. 995 del Codice civile, en *Commentario...*, op. cit., pág. 143: "[s]i discute se e quale influenza possa avere la svalutazione monetaria nei confronti della stima preventiva. L'opinione prevalente è che il debito dell'usufruttuario sia sempre, nonostante la stima, la quale ha il solo scopo di fornire il criterio per determinare il contenuto dell'obbligazione dell'usufruttuario, un debito di valore (e non di valuta), com tale rivalutato"; PERLINGIERI, Comentario al art. 995 del Codice civile, en *Codice civile...*, op. cit., pág. 293: "in caso di stima l'obbligazione del quasi usufruttuario è di valore e non di valuta".

⁷³⁸ El principio nominalista y el valorista, han sido analizado con gran minuciosidad, a lo largo de sus obras, por BONET CORREA, "Las cláusulas...", loc. cit., pág. 93 ss.: "el principio nominalista, que establece la igualdad y fijeza de valor de la unidad monetaria (peseta=peseta) y que se traduce en que, cualquiera que sea el valor de la moneda (real o comercial, intrínseco o material), el deudor no queda obligado más que a restituir la suma o cantidad de dinero del curso legal prometido o debido por la obligación, resulta, en tiempos de alteraciones monetarias, ficticio y, lo que es peor, injusto"; como reacción a esto, nació la teoría valorista, "basado en los iniciales métodos correctores con índices económicos (oro, plata, moneda extranjera, etc.) a la cuantía de las obligaciones pecuniarias mediante la adopción de cláusulas de estabilización" (BONET CORREA, "Metalismo, nominalismo...", loc. cit., pág. 36).

También tratan el tema entre otros, VATTIER FUENZALIDA, "Problema de las obligaciones..."; loc. cit., págs. 52 ss.

llegaría a unos resultados distintos, sin haber una razón que lo justificara, en el caso que se procediera a la estima o que no se hiciera ésta.

Lo que sucede es que, aunque estemos ante una deuda de valor, al establecer el mismo art. 482 Cc el momento en que debe hacerse la equivalencia -al constituirse el usufructo-, y el suponer la estimación la determinación previa de una cantidad fija, puede ocurrir que se produzcan los perjuicios que ocasiona el principio nominalista.

El nudo propietario que en su momento se preocupó para que se hiciera una estima de los bienes y asegurar así la restitución, pudiera verse perjudicado por la devaluación monetaria. Si el usufructo se constituyó para un largo lapso de tiempo, es probable que entre el tiempo de constitución y el de extinción, el valor de los bienes varíe. Imaginemos en el supuesto del usufructo del cónyuge viudo, que entre el tercio de los bienes que tiene derecho a recibir, hubiera unos bienes consumibles que se estimaron al constituirse el derecho hace 25 años. Al cónyuge viudo o a sus herederos les beneficiará más que haya estimación al constituirse el usufructo, puesto que al cesar el derecho restituirán tal cantidad, que probablemente será muy inferior al valor que esos bienes tienen en la actualidad. Pero el nudo propietario puede salir muy perjudicado, con lo cual se llega al absurdo de que un derecho como la estimación establecido en favor del nudo propietario para garantizar el alcance de lo que debe recibir a la extinción, que crea seguridad en la relación al no quedar la determinación de la cantidad a restituir expuesta a una negociación ni a las argucias del usufructuario, sin embargo, acaba perjudicando a quien precisamente estaba destinado a favorecer⁷³⁹.

⁷³⁹ FLORES MICHEO, "Desvalorización monetaria...", *loc. cit.*, pág. 1074, recoge el caso que él denomina "El caso del usufructuario ahorcado": "En 1921, por documento notarial, unos nudopropietarios de una importante cantidad de cereales y de ganado pactaron: que el usufructuario podía, en vida, atraer a sí el dominio pleno, entregando a los nudopropietarios el justiprecio de los bienes, que fue la suma de 21.989'50 pesetas, y si no usaba de este derecho, los herederos del usufructuario, dentro del mes de su muerte, habrían de devolver los mismos bienes a sus dueños. El 20 de junio de 1951, el usufructuario

Por lo tanto, sería más equitativo para evitar posibles depreciaciones, que la estimación de los bienes no sólo fijara una cantidad de dinero, sino que añadiera unas cláusulas de estabilización o índices de actualización⁷⁴⁰.

Hemos de advertir que, por principio, parece ser que ni en la letra ni en el espíritu del art. 482 Cc está la idea de admitir correctores a la estimación realizada al constituirse el usufructo⁷⁴¹. Las razones parecen ser las

requiere el notario de Alburquerque para que notifique a los nudopropietarios su acuerdo de devolver 21.989'50 pesetas, en vez de la enorme cantidad de cereales y ganado que había recibido en usufructo el año 1920 y que valía, treinta años después, treinta veces más que entonces. Al siguiente día 21 el usufructuario se ahorca, colgándose de una viga de su granero, y esto sucede antes de que el notario traslade a los interesados la decisión que constaba en el acta del día 20 y que no notificó hasta el 24. Los nudo propietarios rechazaron la pretensión de una cantidad metálica en vez de entregar los bienes, alegando que se les notificaba cuando ya se había extinguido el usufructo".

⁷⁴⁰ Según BADOSA COLL, *Dret d'obligacions, op. cit.*, pág. 79 y 80, "[l]es clàusules d'estabilització de valor són le clàusules contractuals (ex art. 1255) que pretenen mantenir fixa (estabilitzar) una determinada quantia de valor durant el període de temps que s'escola des de el neixement de l'obligació fins al moment del seu compliment"; en cuanto a la actualización del valor "es presenta com a mesura correctora a posteriori per als deutes de diner en què no s'hagi previst la correcció de la desvalorització monetaria. La seva finalitat és que el valor de l'objecte de la prestació correspongui al que tingui efectivament en el moment del pagament".

Se ha señalado también como una posibilidad de corregir los efectos del principio nominalista -que como hemos visto se dan en la circunstancia de estimar los bienes al comienzo del usufructo- la activación de la "cláusula rebus sic stantibus", DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, op. cit., II, pág. 271; MARTÍN PÉREZ, *La rescisión...*, op. cit., pág. 215.

En torno a los medios correctivos del nominalismo, entre muchos otros, pueden consultarse, BONET CORREA, "Problemática actual...", loc. cit., págs. 223 ss.; "Las clausulas...", loc. cit., págs. 96 ss; *Las deudas de dinero*, op. cit., págs. 423; HIRSCHBERG, E., "Los cimientos teóricos del principio nominalista", RDP, mayo, 1982; "Nominalismo monetario y los problemas contemporáneos", RDP, octubre, 1983; LÓPEZ LÓPEZ, "Mora debitoris, devaluación monetaria y resarcimiento del daño en las obligaciones pecuniarias: consideraciones de principio", ADC, 1194-III, págs. 5 ss.

En cuanto a nuestro tema en particular, el usufructo de cosas consumibles, ALBALADEJO, *Derecho civil...*, op. cit., III, vol. segundo, pág. 72, nota 109 las admite al afirmar lo siguiente: "[p]ensamos que no hay obstáculo para que se establezca una cláusula valor, para evitar el perjuicio que pueda ocasionar al acreedor la pérdida de valor adquisitivo de la moneda. O que se establezca que se devolverá, no su avalúo, sino el precio que valgan al cesar el usufructo".

⁷⁴¹ Por ello MANRESA y NAVARRO, Comentario al art. 482 Cc, en *Comentarios...*, op. cit., tomo IV, págs. 528, afirma que: "[e]n el

siguientes: por una parte, porque contradice lo que es la estimación por definición, predeterminar de forma fija la cantidad a restituir, dejando la cuestión a salvo de nuevas valoraciones y determinaciones en el momento de la extinción y restitución. Por otra parte, porque para restituir el valor actual de los bienes, ya existe otra posibilidad, la de entregar los bienes sin estimar, en cuyo caso, estamos sin duda ante una deuda de valor en los términos del art. 482 Cc.

Además, podría objetarse que hacer la estimación de los bienes es una opción del propio nudo propietario, y ante su reclamación alegando el perjuicio puede objetársele que ha sido él el que la ha elegido, por lo que hay cierta aleatoriedad que no hay por qué eliminar. Así pues, la estimación sería conveniente respecto aquellos bienes de valor más o menos constante y desaconsejable e injusta para aquellos bienes cuyo valor fluctúa mucho.

Sin embargo, como decíamos anteriormente, si los bienes aumentan de valor, el nudo propietario que se preocupó de hacer la estimación estaría en peor situación que aquél que no la realizó. Entonces, una facultad establecida para favorecerle, le acaba perjudicando⁷⁴².

Por ello consideramos más apropiado incorporar correctivos a la estimación. Y si en esta estimación efectuada no se establece ningún criterio, sería prudente

primer caso, al fin del usufructo se pagará el importe de su avalúo o estimación; de modo que, sea cualquiera el aumento o disminución de valor que sufran las cosas hasta el fin del usufructo, sólo se deberá lo que valían cuando el usufructo se constituyó"; SANTOS BRIZ, *Derecho civil...*, op. cit., tomo II, pág. 410: "[n]o atiende, pues, el precepto a las fluctuaciones del valor de la moneda, ya que prevé que al constituirse el usufructo puedan valuarse, valuación que puede ser al terminar notoriamente inferior al valor de las cosas entregadas al comenzar"; DORAL GARCÍA, *Comentario al art. 482 Cc, en Comentarios...*, op. cit., págs. 201 y 219.

⁷⁴² RIVERO HERNÁNDEZ, en LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos...*, op. cit., III, vol. segundo, pág. 77, nota 15: "la valoración inicial de los objetos usufructuados es perjudicial para el nudo propietario en estos tiempos de inestabilidad monetaria, al hacerse la restitución en dinero devaluado y por el precio nominal de las cosas al iniciarse el usufructo".

entender que el nudo propietario tiene derecho a exigir el valor de esa estima en pesetas (o euros) actuales⁷⁴³.

De este modo, se activarían los remedios para corregir la excesiva onerosidad sobrevenida para cualquiera de las partes cuando concurran los presupuestos establecidos jurisprudencialmente para ello. Si el usufructo se constituyó por medio de contrato, no sería de tracto sucesivo, sino de prestación única, en el que habría, sin embargo, una estimación cuyo abono quedaría diferido en el tiempo y que habría que actualizar. Se podría proceder a la respectiva revisión contractual, pues, como pone de manifiesto MARTÍN PÉREZ, "la "revisión" afecta en principio a aquellos contratos de ejecución sucesiva o diferida en el tiempo, cuando entre el momento de la conclusión del contrato y el de la ejecución de una de las prestaciones sobrevienen acontecimientos extraordinarios e imprevisibles -como puede ser una excesiva tasa de inflación- por efecto de los cuales la prestación de una de las partes deviene excesivamente onerosa"⁷⁴⁴.

El pago del avalúo, por lo tanto, tendría sentido en una economía con un valor dinerario estable, pero en una economía inflacionista como la actual, deberá restituirse con criterios valoristas⁷⁴⁵.

⁷⁴³ La STS de 4 de noviembre de 1997 (RA 7928), aunque se refiere a la obligación de restituir las cosas depositadas, prevé la actualización de un valor. El recurso de casación es contra una SAP de La Coruña interpuesto por el prof. D. José L. E. contra la Universidad de Santiago de Compostela en reclamación de 136.899.682 pts. como indemnización por incumplimiento de la obligación de devolver unos bienes objeto de un contrato de depósito que fueron destruidos. Se afirma en el octavo fundamento de derecho que el importe del valor en fecha de 10 de octubre de 1967 "se actualizará al día en que se haga efectivo (es decir, en palabras llanas: "el valor de ayer en pesetas de hoy") sin que se aprecien como probados otros daños o lucros cesantes".

⁷⁴⁴ MARTÍN PÉREZ, *La rescisión...*, op. cit., pág. 215, añade el autor que con la crisis del axioma *pacta sunt servanda*, "se ha reelaborado el principio de la obligatoriedad del contrato, hasta poner remedio a las "lesiones sobrevenidas", con el recurso a expedientes como la presuposición, la base del negocio, el riesgo imprevisible, la excesiva onerosidad y la llamada cláusula *rebus sic stantibus*, que sirvió de punto de partida".

⁷⁴⁵ ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, *Curso...*, op. cit., pág. 22.

El resultado ha de ser el mismo para el nudo propietario, haya o no estimación, o en todo caso no peor en caso de que la haya. Por eso parece necesario que el avalúo, cuando ha transcurrido mucho tiempo o concurren razones que hacen que su montante no responda a lo que sería el valor actual de los bienes, sea revisado y actualizado para aproximarlos a ese valor, pues, de otro modo se llegaría a un resultado distinto en la restitución según se hubiera hecho estima o no, sin haber una razón que lo justificara.

Para finalizar, hemos de advertir, sin embargo, que los correctivos que pueden acompañar a la estimación no necesariamente colocarán al nudo propietario en la misma situación económica que tenía al constituirse el usufructo.

La estimación pura, esto es, sin revisiones, cuando varíe el valor de los bienes puede perjudicar o favorecer al nudo propietario, según si suben o bajan de valor. Y lo mismo le ocurre al usufructuario, sólo que en sentido inverso: le perjudica si bajan de valor, le favorece si suben.

Si se establece una cláusula de actualización o alguna fórmula de revisión para aplicar el principio valorista, de forma que se restituya el valor que realmente tienen los bienes en ese momento, se aplicará tanto si suben de valor como si bajan. Y esto porque las cláusulas de estabilización son válidas siempre que jueguen tanto para la depreciación como la apreciación, es decir, tanto en favor como en perjuicio del acreedor.

Así pues, tanto el principio nominalista como el principio valorista pueden beneficiar o perjudicar a ambas partes, aunque lo normal es que los bienes aumenten de valor debido a la inflación, y por lo tanto, el normalmente perjudicado con la estimación nominalista es el nudo propietario.

6. El usufructo de cosas fungibles no consumibles. El usufructo de dinero

Cuando analizábamos el objeto sobre el que podía recaer el usufructo regulado en el art. 482 Cc planteábamos la duda en torno a la posibilidad o no de constituir un usufructo de cosas fungibles, pues afirmábamos que el art. 482 Cc sólo preveía el usufructo de cosas puramente consumibles o cosas consumibles que a la vez fueran fungibles. Quedaban excluidas, por lo tanto, las cosas puramente fungibles, o lo que es lo mismo, las cosas fungibles no consumibles. Aunque este tipo de usufructo no es objeto de este trabajo, consideramos conveniente hacer una breve mención al mismo tras haberse analizado la naturaleza y el régimen jurídico del usufructo de cosas consumibles.

Ya hemos repetido en diversas ocasiones que la característica primordial de las cosas fungibles es la posibilidad de ser remplazadas una por otras, dada su igualdad. Entre los bienes fungibles destaca por sus peculiaridades el dinero, al que se le ha calificado de "bien ultrafungible, o de una fungibilidad absoluta"⁷⁴⁶.

El usufructo sobre este tipo de bienes no se alejaría mucho de la regulación prevista en el art. 482 Cc y la del mutuo (art. 1753 Cc); sin embargo, tiene ciertas especialidades. Por ello quizás sería conveniente introducir un segundo párrafo en el art. 482 Cc conteniendo su regulación y régimen jurídico, sobre todo si tenemos en cuenta lo frecuente que puede ser recibir una cantidad de dinero en el usufructo del conyuge viudo.

La configuración del régimen jurídico del usufructo sobre cosas fungibles no consumibles podría hallarse en el régimen general del usufructo, en el art. 482 Cc adaptando su régimen a estos bienes, o acudiendo al régimen del mutuo.

⁷⁴⁶ BONET CORREA, "El dinero como bien...", *loc. cit.*, pág. 129.

El régimen restitutorio del usufructo de un bien fungible no consumible se solucionaría por el carácter intercambiable de estos bienes. Esto supone la posibilidad de restituir, al finalizar el derecho, otros bienes de la misma especie, cantidad y calidad, puesto que se trata de cosas idénticas a las entregadas por el nudo propietario. Sin embargo, tendría que añadirse que en caso de ser imposible restituir una igual especie, cantidad y calidad, pueda restituirse el precio corriente o de mercado que tuvieran esos bienes al tiempo de cesar el derecho. En este aspecto, por lo tanto, se asimilaría a la regulación de la última parte del art. 482 Cc, aunque sin existir en este caso una obligación alternativa.

En cuanto al dinero, en previsión de las fluctuaciones monetarias y para evitar los problemas que supondría restituir la misma cantidad y calidad, sobre todo si el usufructo se constituye por un periodo largo de tiempo, sería conveniente hacer una mención especial al mismo, afirmando que se tuvieran en cuenta los principios valoristas.

Pensemos, por ejemplo, en aquel cónyuge que queda viudo a los 30 años de edad y sin hijos, por lo que concurre en la sucesión con los ascendientes del cónyuge supérstite, correspondiéndole el derecho de usufructo de la mitad de la herencia (art. 837 Cc). Si en la herencia, entre otros bienes, existe dinero seguramente surgirá un conflicto entre el usufructuario y los nudos propietarios respecto a qué bienes se entregan en usufructo. Y es que ante la previsible larga duración del usufructo vitalicio, si se entrega el dinero y se respeta el principio nominalista, significará la restitución en su día de una cantidad que poca relación guardará con el poder adquisitivo que esa misma cantidad tenía cuando se recibió. Ello satisface el interés del usufructuario, pero no conviene al interés del nudo propietario, por lo cual, la actitud de ambas partes en la cuestión será muy distinta según que en la restitución del usufructo se respete el

principio nominalista o se aplique alguna corrección de tipo valorista.

La doctrina que se ha referido al usufructo del dinero ha sido consciente de su peculiaridad. Un sector en la doctrina italiana considera que este usufructo deberá regirse por las normas concernientes a la deuda pecuniaria -donde rige el principio nominalista⁷⁴⁷-, y se solucionan, de este modo, los casos en que la especie monetaria en que se constituyó el usufructo haya variado en el momento de cesar el mismo⁷⁴⁸. No faltan autores que aplican las reglas del mutuo⁷⁴⁹. Pero ha sido la actual doctrina francesa la

⁷⁴⁷ Es clave en este sentido el art. 1277-1 del actual Codice: "I debiti pecuniari si estingono con moneta avente corso legale nello Stato al tempo del pagamento e per il suo valore nominale".

⁷⁴⁸ Entre la doctrina del Codice de 1865, PACIFICI-MAZZONI, *Il codice...*, op. cit., n. 397, págs. 396 y 397, afirman que el usufructuario "debba solamente restituire la medesima somma numerica ricevuta, e che accadendo aumento o diminuzione nelle monete prima che l'usufrutto cessi, il quasi-usufruttuario non sia obbligato a restituire la somma che nella specie in corso al tempo della restituzione (art. 1821)"; VENEZIAN *Usufructo...*, op. cit., II, pág. 594, resume las conclusiones de la teoría general sobre el pago de deudas en dinero, las cuales aplica al usufructo sobre dinero. Entre la doctrina del Codice de 1942, DE MARTINO, *Comentario al art. 995 del Codice*, en *Commentario...*, op. cit., pág. 189: "[p]er quanto concerne la restituzione del danaro le regole in esame non sono applicabili [se refiere a las normas restitutorias del art. 995], perchè il danaro non può essere stimato, essendo esso il termine di ragguaglio per la stima degli altri beni e perchè esso non può essere restituito in quantità e qualità uguale a quello ricevuto, ma solo nella specie corrente all'atto della cessazione dell'usufrutto. Devono retinersi pertanto applicabili le norme stabilite della legge per l'estinzione dei debiti pecuniari (art. 1277 e segg.)"; PALERMO, *Usufrutto...*, op. cit., pág. 162, al referirse al usufructo de dinero manifiesta que "le regole dettate dal codice in tema di quasi-usufrutto per quanto riguarda la stima delle cose consumabili e le modalità di restituzione al termine dell'usufrutto, non possono trovare applicazione mentre è necessario il riferimento alle norme stabilite dalla legge per l'estinzione dei debiti pecuniari (art. 1277 sgg.)", PUGLIESE, *Usufrutto...*, op. cit., pág. 662, n. 156-II: "[p]uò accadere pure che l'usufrutto si riferisca fin dall'origine a una somma di danaro, e allora le due prestazioni alternative vengano a coincidere: l'usufruttuario si libera versando la stessa quantità dei segni monetari, che furono dati in usufrutto (principio nominalistico: art. 1277, 1° comma). Le norme che regolano le obbligazioni pecuniarie si applicano anche quando i segni monetari originariamente dati non abbiano più corso legale (art. 1277, 2° comma) o siano di moneta avente valore intrinseco (art. 1278-1280); e si osservano pure, s'intende, le disposizioni delle leggi speciali in proposito".

⁷⁴⁹ LAHOVARI, *De usufructu bonorum...*, op. cit., § 18, pág. 54: "Pecunia ad usufructum legata iisdem restituitur modis quibus mutuum

que ha criticado la aplicación del principio nominalista en el usufructo de dinero, y proponen para ello una reforma legislativa al respecto o que en el título constitutivo se prevea la cuestión⁷⁵⁰.

Así pues, sería conveniente de *lege ferenda* que se hiciera una consideración especial al usufructo de dinero y a la necesidad de aplicar en el mismo principios valoristas, puesto que restituir la misma especie, cantidad y calidad nos llevaría al principio nominalista vigente en nuestro Derecho⁷⁵¹.

Hay otra cuestión que mencionar. Las cosas fungibles no consumibles no desaparecen con su disfrute, sino que

solvitur"; HELD, *Die Lehre vom Usufructus earum...*, *op. cit.*, § 15-II, pág. 72.

⁷⁵⁰ Recordemos que el actual art. 587 del Code, tras la reforma de 1960 afirma que el usufructuario deberá restituir "à la fin de l'usufruit, soit des choses de même quantité et qualité soit leur valeur estimée à la date de la restitution". Por ello AULAGNIER, *Usufruit et nue-propiété...*, *op. cit.*, pág. 38, nota 26, afirma que "[s]i le quasi-usufruit porte sur des actifs monétaires, le principe du nominalisme monétaire s'oppose à toute réévaluation de la créance due par le quasi-usufruitier ou ses ayants droits"; en el mismo sentido IWANESKO, "Réforme successorale...", *loc. cit.*, pág. 63.

PILLEBOUT, J-F, "Reflexions sur droit d'usufruit", *JCP*, 1977, éd.N.Doc., pág. 181, n. 47: "[l]'argent est une chose consommable. Il est compris dans l'énumération de l'article 587 du Code civil. Mais la disposition finale de cet article ne peut pas s'appliquer à la restitution des capitaux. En effet, l'évaluation à la date de la restitution ne se conçoit qu'en cas d'exécution par équivalent. La même quantité de francs sera rendue et la monnaie sera censée avoir la même qualité en application du fameux principe du nominalisme monétaire (C. civ. art. 1895)"; por ello en el n. 50 afirma que "[u]ne réforme législative est nécessaire pour aligner le sort des diverses créances sur celui qu'a instauré la loi du 17 mai 1960 pour la restitution pas équivalent des choses consommables"; SIRINELLI, "Le quasi-usufruit (suite et fin)", *loc. cit.*, n. 68, pág. 14: "le principe du nominalisme monétaire s'oppose à toute réévaluation de la somme due par le quasi-usufruitier. Cela signifie que c'est la quantité de francs déterminée au jour de la constitution de l'usufruit qui sera rendue au jour de l'exécution de l'obligation de restitution. Cette quantité sera censée représenter la même qualité, la même valeur, le même pouvoir d'achat que celle d'origine, même en période de forte inflation. Le montant initial est restitué, sans plus. Afin d'éviter que le nu-propiétaire n'ait à subir seul la dépréciation monétaire, il serait souhaitable que le titre constitutif de l'usufruit prévoie, dans le cas où cela est possible une meilleure répartition de ce risque".

⁷⁵¹ En nuestro Derecho no hay una manifestación expresa de la vigencia del principio nominalista, pero la doctrina lo deduce especialmente de los arts. 1170, 1754 Cc y 312 Cco. Sirva para todos, BONET CORREA, "Problemática actual...", *loc. cit.*, págs. 208 ss.

persisten en su mismo estado. Si el usufructuario restituye otros bienes de igual especie, calidad y cantidad a los entregados por el nudo propietario, los bienes que inicialmente le fueron entregados en usufructo los continuará teniendo el usufructuario pese haber cesado el usufructo y haberse procedido a la restitución. Aquí quizás sí sería conveniente defender una transmisión de la propiedad a semejanza del mutuo, pero siempre que fuera la ley quien lo dijera, pues a través del usufructo, como vimos, es imposible transmitir la propiedad de los bienes. Por lo tanto, tendría que precisarse expresamente la transmisión al igual que se hace en el art. 1753 Cc o en el § 1067 BGB.

Sin embargo, si se defiende la transmisión de la propiedad porque subsisten los mismos bienes, tendríamos que defender los mismo en el caso del usufructo de cosas consumibles cuando no se hayan consumido los mismos, y hemos intentado demostrar que no es eso precisamente lo que sucede, pues estamos ante un *ius in re aliena*.

Así pues, habría que fijar el ámbito del usufructo de bienes fungibles, reducible al dinero ⁷⁵² y a otros bienes muebles. Si el usufructo recae sobre bienes que ordinariamente se consideran fungibles pero en el supuesto

⁷⁵² En cuanto al usufructo de dinero, quizás podría considerarse analógicamente como un bien consumible aunque no lo sea materialmente. Sin embargo, admitir esto supondría ampliar el concepto de cosas consumibles dando cabida a la consumibilidad jurídica. En torno a esta clase de usufructo destaca la propuesta de MONSERRAT VALERO, Antonio, "El usufructo de dinero y de algunas inversiones financieras", AC, 1992-I, quien tras manifestarse a favor de la transmisión de la propiedad al usufructuario de cosas consumibles y señalar en la pág. 431 que "el dinero puede funcionar como bien consumible y no consumible. Funciona como bien consumible cuando se gasta y como bien no consumible cuando se invierte", defiende, con apoyo en el art. 507 Cc, la construcción del usufructo del dinero como un usufructo ordinario sobre el objeto en que se invierte, pues afirma en las págs. 431 y 432 que "en el supuesto del dinero no es necesario, para que el usufructuario se beneficie de él que lo destruya, es decir, lo gaste, sino que basta con que lo invierta, y, por lo tanto, no es necesario dar poder al usufructuario para que lo gaste. Y una vez invertido, como hay un objeto de la inversión, sobre el que el nudo propietario puede ejercer su derecho, no hay razón para convertir a éste en un acreedor. (...). No veo razón para considerar un usufructo que inicialmente se constituye sobre una suma de dinero como un cuasiusufructo y el usufructo sobre la suma de dinero que resulta de cobrar el crédito sobre el que inicialmente se ha constituido el usufructo como un verdadero y propio usufructo".

concreto están individualizados, estaremos ante un usufructo ordinario. Si se trata de bienes atribuidos sin individualizar, sino en su condición de fungibles, y no son consumibles, el único provecho que puede proporcionar al usufructuario será el derivado de su comercialización, por lo que deberá gozar de la facultad dispositiva. El tema, no obstante, merece un estudio más detallado y profundo, que escapa de las perspectivas del presente trabajo.

II. Otros efectos del régimen jurídico del usufructo de cosas consumibles

A continuación nos proponemos analizar los efectos que produce el régimen jurídico del usufructo de cosas consumibles sobre ciertos temas, en especial, la defensa del derecho de usufructo, la pérdida fortuita del objeto y la quiebra.

La consideración del nudo propietario como *dominus* en la configuración del usufructo de cosas consumibles y, por lo tanto, la defensa de la *perpetuatio usufructus*, repercute también en estas cuestiones jurídicas.

Por ello tras el estudio de la naturaleza y el régimen jurídico, y aunque se trate de temas muy distintos entre ellos, los unificamos en este bloque a fin de darles, en lo posible, una nueva configuración consecuente con nuestra tesis.

1. La defensa jurídica de los derechos de las partes contenidos en el usufructo de cosas consumibles

1.1. Acciones del nudo propietario para obtener la restitución frente al usufructuario no cumplidor

En todo usufructo, el derecho del propietario a la restitución se basa en un derecho de crédito al que se acompaña de una acción real (la acción reivindicatoria), por la naturaleza de su derecho⁷⁵³. Se afirma en este

⁷⁵³ En este sentido, en Italia, BARBERO, *L'usufrutto...*, op. cit., págs. 529 y 530, afirma que "se la restituzione per l'usufruttuario è

sentido que "ante el incumplimiento de la obligación de entrega, el nudo propietario podrá dirigirse contra el usufructuario, deudor de la restitución y poseedor de la cosa de otro, bien ejercitando una acción personal, para exigir la prestación que la entrega de la cosa supone, bien ejercitando una acción real que, como propietario, le permite reivindicar la cosa una vez extinguido el usufructo"⁷⁵⁴.

Se trata ahora de analizar qué ocurre en el caso de un usufructo constituido sobre cosas consumibles. La desaparición del bien objeto de usufructo hace cuestionarnos de qué medios dispone el nudo propietario para recuperar, ya no el objeto entregado, sino el *tantundem* o el precio corriente. El hecho de que no se extinga el objeto de usufructo, sino que cambian los bienes que forman parte del objeto por desaparición de los bienes entregados, obliga a poner en cuestión si podemos hablar de una acción y eficacia real o si nos acerca más a una acción personal.

un dovere, per il proprietario è però più che un credito: il proprietario, oltre all'azione personale verso l'usufruttuario, per finito usufrutto, ha pure la rivendica per diritto di (piena) proprietà"; PALERMO, *Usufrutto...*, op. cit., pág. 484, n. 295 manifiesta que "[d]eterminata, attraverso il collegamento con la norma derogatoria di cui all'art. 995, la portata del principio generale di cui all'art. 1001, va brevemente osservato che il nudo proprietario dispone di un'azione personale per ottenere dall'usufruttuario a dai suoi eredi (art. 460,1° comma) la restituzione della cosa e dei frutti maturati dopo l'estinzione dell'usufrutto".

⁷⁵⁴ BELUCHE RINCÓN, *La relación obligatoria...*, op. cit., pág. 224. PUIG PEÑA, *Tratado...*, op. cit., tomo III, vol. I, pág. 361, afirma en este sentido que si el usufructuario se niega a entregar las cosas del usufructo, "el propietario tiene a su favor una pretensión cuya probanza quedará aligerada con la simple prueba de haberse entregado a su tiempo las cosas al usufructuario para su disfrute. Normalmente esta prueba resultará del inventario que ha debido redactarse al principio del usufructo, pero nada obsta que en defecto o insuficiencia de éste, puedan intervenir para su comprobación otros medios de prueba".

1.1.1. Posturas doctrinales ante la no restitución del usufructuario de cosas consumibles

1.1.1.1. Exposición doctrinal

El estudio de los medios de defensa de que dispone el nudo propietario ante la negativa por parte del usufructuario de cosas consumibles a la restitución, no ha sido un tema que haya sido objeto de estudio pormenorizado por parte de la doctrina actual. Pocos autores se refieren a la cuestión con el inconveniente añadido de que estos pocos son esencialmente romanistas del siglo XIX. Entre ellos destacan HELD, HANAUSEK y FRANK, cuyas tesis exponemos a continuación.

Su análisis se realiza desde la perspectiva clásica, es decir, partiendo de la transmisión de la propiedad al usufructuario a través de la tradición y dando especial protagonismo a la caución.

En este sentido se afirma que si el usufructuario no entrega la caución, éste no tendrá acción alguna para obtener la cosa consumible objeto de usufructo.

A partir de ahí, se analizan diversos supuestos y se afirma lo siguiente:

-Puede suceder que el usufructuario posea el bien contra la voluntad del nudo propietario. En este caso se considera que el nudo propietario dispone del *interdicto quod legatorum*, de la *reivindicatio* o de la *condictio sine causa* si el usufructuario efectuó la consumición del bien⁷⁵⁵.

⁷⁵⁵ Así se expresan HANAUSEK, *Die Lehre vom uneigentlichen...*, op. cit., § 6, pág. 33; y FRANK, *Ueber den uneigentlichen...*, op. cit., § 7, págs. 35 y 36, el cual añade que si el usufructuario ha consumido el bien, "kann Proprietar nur mit der condictio sine causa oder einer actio in factum auf die Bereicherung klagen".

En cuanto a la *condictio sine causa*, WINDSCHEID, *Lehrbuch...*, op. cit., § 624, nota 1, pág. 886, manifiesta que "[c]ondictio sine causa ist die allgemeine Bezeichnung für jede Kondiction wegen grundlosen habens". Para un estudio más detallado, ZIMMERMANN, Reinhard, *The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilan Tradition*, South Africa-Denver-Boston, First edition 1990, reprinted 1992, págs. 871 a 873.

-Es posible que se entregue el bien objeto de usufructo, pero con la condición de que con posterioridad se preste la caución. Si el usufructuario no entrega la caución, se considera por esta doctrina que puede interponerse la *condictio causa data causa non secuta*⁷⁵⁶.

-Se afirma que si se reconociera una obligación legal subsidiaria de restituir por parte del usufructuario, sería posible renunciar a la caución por parte del nudo propietario⁷⁵⁷.

-Si se entrega la cosa al usufructuario sin la condición de que se preste caución en un futuro y sin haberse renunciado a la misma, la obligación de restituir persiste. Así, HANAUSEK, concede al nudo propietario la *condictio incerti cautionis* para que el usufructuario le entregue la caución, y, si no se ha prestado caución, la *condictio sine causa* para que el usufructuario restituya al finalizar el usufructo⁷⁵⁸.

⁷⁵⁶ HANAUSEK, *Die Lehre vom uneigentlichen...*, op. cit., § 6, pág. 34; FRANK, *Ueber den uneigentlichen...*, op. cit., § 7, pág. 36. En torno a esta *condictio*, como pone de manifiesto, SERAFINI, Felipo, *Instituciones del derecho romano*, novena edición traducida por Juan de Dios Trías y José M^a Trías de Bes, tomo I, Barcelona, s.f., pág. 183, si una de las partes no realiza lo prometido "el que dió una cosa en consideración a la prestación de la otra parte, al presente incumplida, puede repetir lo entregado mediante la *condictio causa data, causa non secuta*". Para un estudio más profundo de la *condictio causa data causa non secuta*, véase, ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...*, op. cit., págs. 843 y 844.

⁷⁵⁷ Así lo considera HANAUSEK, *Die Lehre vom uneigentlichen...*, op. cit., § 6, págs. 33 y 34, FRANK, *Ueber den uneigentlichen...*, op. cit., § 7, pág. 37, al respecto afirma: "[h]at der Proprietar bei der Bestellung auf die Caution verzichtet, so hat er, so lange der Niessbrauch dauert, keine Klage, nach Beendigung desselben kann er, seit die Restitutionspflicht eine subsidiär gesetzliche geworden ist, mit der *condictio sine causa* die Restitution fordern".

⁷⁵⁸ HANAUSEK, *Die Lehre vom uneigentlichen...*, op. cit., § 6, págs. 35 a 36. El hecho de no haber prestado caución es lo que activaba la entrada en funcionamiento de la *condictio*. Así, ya MAIANSIUS, *Disputationes iuris...*, op. cit., Disputatio XVII, n. 38, pág. 323, afirmaba que "finito usufructu competit proprietario vindicatio: finito quasi usufructu, *condictio*". Para recuperar la caución no prestada, la doctrina acude a la *condictio incerti*, así, BORCHOLTEN, *Ad instituta...*, op. cit., De usufructu, § Quibus in rebus, n. 5, pág. 130, "si res, non interveniente cautione, traditae fuerint, constante usufructu adhuc ommissa cautio potest conduci, *incerti conditione*"; GLÜCK, *Commentario...*, op. cit., § 645, pág. 383, afirma que si el usufructo existe, "può ancor sempre chiedere la cauzione cho non è

En el caso de que se haya prestado caución, los autores consideran que el nudo propietario, para proceder a la restitución, tiene contra el usufructuario una *actio ex stipulatu* o una *condictio sine causa*⁷⁵⁹.

Observamos, por lo tanto, que no se concede al nudo propietario la acción reivindicatoria, pues según estos autores la propiedad se ha transmitido al usufructuario, pero se le concede a aquél la facultad de servirse de las *condictiones*, a falta de otra acción, para la ejecución de la caución y la devolución de la cantidad⁷⁶⁰.

stata prestata al momento della consegna. L'azione accordata della legge a tale scopo è la *condictio incerti*, perchè è diretta alla prestazione della cauzione, cioè a un fatto"; GENTY, *Traité des droits d'usufruit...*, op. cit., n. 413, pág. 392.

La doctrina ya no es tan unánime a la hora de conceder una *condictio* para la restitución si no se ha prestado caución. Así, mientras POTHIER, *Le pandette...*, op. cit., Lib. VII, título V, artículo II, § 2, n. IX, nota 4, pág. 649, considera que si se ha extinguido el usufructo el nudo propietario puede pedir la restitución mediante "l'azione personale sine causa, perchè è già finita la causa per cui il legatario aver debba il denaro", GLÜCK, *Commentario...*, op. cit., § 645, pág. 384, afirma que una vez extinguido el usufructo sin haberse prestado caución, el nudo propietario podrá valerse de la *condictio certi*; GENTY, *Traité des droits d'usufruit...*, op. cit., pág. 392, n. 413, manifiesta que si no se ha procedido a la *condictio incerti* para la obtención de la caución, el nudo propietario tiene derecho a la restitución, "Ulpian lui donne à cet effet une action civile, la *condictio*, sans doute la *condictio sine causa*, parce que le légataire au son héritier n'a plus alors de cause pour conserve le profit du legs. Mais Jovelenus lui donne une action pretorienne, l'action in factum". También es partidario de concederle en este caso una *actio in factum*, MASSON, "Essai sur la conception...", loc. cit., nota 3, pág. 43.

Para un estudio más exhaustivo, pueden consultarse las tesis de RUGGIERO, "Sulla "cautio usufructuaria"", loc. cit., págs. 85 y 86; SANFILIPPO, "Note esegetiche...", loc. cit., págs. 77 y 78; GROSSO, *Usufrutto...*, op. cit., págs. 426 a 429.

⁷⁵⁹ FRANK, *Ueber den uneigentlichen...*, op. cit., § 7, págs. 37 y 38. Entre la manualística romana destaca D'ORS, *Derecho privado...*, op. cit., § 200, pág. 264. Como pone de manifiesto este autor, "[l]a forma más ordinaria de crear una obligatio entre un acreedor y un deudor es la *stipulatio*. Consiste ésta en una pregunta solemne hecha por el estipulante a otra persona, que responde congruentemente y queda obligada por su promesa: el estipulante se hace acreedor y el promitente se hace deudor", añadiendo que "[d]e la estipulación nace una acción de derecho estricto: la misma *actio certi* cuando se promete "dar", cantidad o cosa determinada, o una *actio incerti* (que solemos llamar *actio "ex stipulatu"*) cuando la promesa es de *facere* o de *dare incertum*".

⁷⁶⁰ Así se expresa HELD, *Die Lehre vom Usufructus earum rerum...*, op. cit., § 16-I-2), págs. 73 y 74: "Wendet man dies auf den Quasi-Usufructus an, so begreift es sich, daß dem Rückforderungsberechtigten

1.1.1.2. Situación actual

En la actualidad, las medidas expuestas anteriormente son difícilmente defendibles. El Código civil excluyó la *condictio* como parámetro de restitución tal como era suministrado por el Derecho romano⁷⁶¹. Es en la restitución del pago de lo indebido (art. 1895 Cc) o en la doctrina del enriquecimiento injustificado, donde encontramos actualmente un resquicio de la *condictio*. Sin embargo, el nudo propietario no puede ampararse en la acción del cobro de lo indebido ya que no se dan los requisitos de la misma⁷⁶². Ni tampoco en un enriquecimiento injustificado puesto que si el usufructuario se enriquece con el disfrute del bien consumible, es porque existe una causa justificativa: el derecho usufructo. No podemos hablar de enriquecimiento injusto por parte del usufructuario porque falla, además de la subsidiaridad de tal acción, uno de los requisitos de dicha doctrina: la falta de causa justificativa del enriquecimiento.

En el usufructo de cosas consumibles el nudo propietario entrega unos bienes al usufructuario para que los disfrute. La obligación de restituir está implícita en el derecho de usufructo y se reconoce expresamente en el art. 482 Cc. El problema se genera ante la negativa del usufructuario a restituir. En el usufructo común al nudo propietario se le concede la acción reivindicatoria para recuperar sus bienes; ¿puede proceder a la misma el nudo propietario contra el usufructuario de cosas consumibles?

keine Rei vindicatio gegen den Quasi-usufructuar zusteht, da dieser durch Tradition Eigenthümer geworden ist und die Rei vindicatio regelmäßig nur von dem nicht besitzenden Eigenthümer gegen den besitzenden Richteigenthümer angestellt werden kann. Wohl aber kann er sich der Conditionen auf Leistung der Caution und Rückgabe der Quantität bedienen".

⁷⁶¹ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, op. cit., I, pág. 94; CARRASCO PERERA, "Restitución de provechos (I)", loc. cit., pág. 1114.

⁷⁶² Estos requisitos son: la existencia de una prestación o atribución patrimonial consistente en la transferencia de la posesión de una cosa realizada *solvendi causa*; la inexistencia de obligación; y el error del *solvens* acerca de la existencia de la obligación.

En capítulos anteriores defendimos la *perpetuatio usufructus*, por lo que el nudo propietario no dejaba de ser propietario, por lo tanto, como tal *dominus*, podría ver amparado su derecho con el ejercicio de la acción reivindicatoria. Sin embargo, el problema es que los requisitos de la reivindicatoria son difíciles de encajar en los bienes consumibles⁷⁶³.

Como pone de manifiesto CARRASCO PERERA, "[u]na reivindicación de cantidad no tiene, en cuanto tal acción real, cabida en nuestro Ordenamiento, desde el momento en que el Tribunal Supremo exige reiteradamente la cualidad de identificable del bien que se reclama en acción real: el vino, en cuanto cosa genérica, es irreivindicable y no puede utilizarse la acción real para reclamar el equivalente o el subrogado de la cosa (STS 3-3-1943, 21-12-1908)"⁷⁶⁴. Es evidente que tras el consumo del bien la

⁷⁶³ Como expone TRAVIESAS, M. Miguel, "Extinción y reivindicación del derecho de propiedad", *RDP*, 1920, págs. 197 ss., "[p]ara que la acción reivindicatoria prospere en nuestro Derecho, son necesarias varias condiciones: a) No podrá ejercitarse sino por quien se halle en pleno ejercicio de sus derechos civiles, o por quien ostente debidamente la representación de otro; b) El propietario que reivindica debe probar su derecho de propiedad (...); c) No puede ser objeto de la acción reivindicatoria más que las cosas corporales (...), la reivindicación no puede prosperar sino identificándose la cosa reclamada. La cosa reivindicada ha de ser señalada de suerte que no pueda ser confundida con ninguna otra. Se dice que esta cosa ha de ser cosa cierta (...). Las cosas, para que sean reivindicables, han de hallarse en el patrimonio jurídico del que reclama.; d) La acción reivindicatoria ha de ser dirigida contra el tenedor o poseedor de la cosa".

⁷⁶⁴ CARRASCO PERERA, "Restitución de provechos (y II)", *loc. cit.*, pág. 74, añade que "[e]sta doctrina, que estimo cierta, pertenece, sin embargo, al ámbito de las cuestiones de hecho. No es que el demandado ostente por este solo hecho un título que la haga irreivindicable, sino que el actor no tiene términos hábiles para probar su dominio; una cuestión de hecho que se convierte por su propia naturaleza en una regla de derecho. Y cuando el Tribunal Supremo habla de reivindicación de cantidades de dinero en sede del artículo 348 del Código civil en realidad no está más que resolviendo supuestos donde la acción ejercitada era una tercera de mejor derecho, como ocurría en las sentencias de 20-6-1927 y 21-6-1928".

A pesar de esta tesis, generalmente difundida, de la imposibilidad de reivindicar cosas fungibles o consumibles, MALAURIE, *Les restitutions...*, *op. cit.*, págs. 92 y 93, recoge dos sentencias francesas -a las cuales no hemos podido acceder, por lo que las reproducimos a partir de las referencias de la autora- que han moderado este principio: en la primera de ellas, se manifiesta que la reivindicación puede recaer sobre cosas fungibles "dès lors que les parties à la restitution *étaient d'accord dans leur droit de*

identificación del mismo desaparece, por lo que la reivindicatoria no procederá.

Sin embargo, la ausencia de algunos de los requisitos de la reivindicatoria, ha generado el reconocimiento en Derecho mercantil -en particular en sede de reducción de la masa en la quiebra- de una reivindicatoria impropia, especial o *utilis* (arts. 908 y 909 C.co.). Se caracteriza porque no es preciso demostrar el derecho de propiedad por parte del reclamante (art. 909-3 y 6 Cco), ni se requiere que la cosa reivindicada se encuentre en posesión del demandado (art. 909-9 Cco); y tampoco es necesaria la completa identificación de la cosa reclamada para el ejercicio de esta reivindicación especial (art. 909-6 y 7 Cco)⁷⁶⁵.

revendication" (Req., 16 avr. 1866, préc)", sin embargo, se afirma que "en l'absence d'individualisation ou d'accord entre les parties, la revendication est exclue"; la segunda (Civ., 7 fév. 1989, B. I, n° 57; R., 1990.109, obs. F. Zenati) afirma que "l'action en revendication... à l'encontre du possesseur de mauvaise foi... peut s'exercer sur toutes les catégories de choses, notamment sur les choses fongibles",. Sin embargo como pone de manifiesto MALAURIE, "malgré la fermeté et la généralité de ce motif, la Cour de cassation fait preuve d'une certaine hésitation puisqu'elle évoque également les articles 1382 et 1383 du Code civil pour fonder la solution (...). Responsabilité ou revendication? La question n'est pourtant pas dénuée d'intérêt. Cet arrêt trouble une distinction (action personnelle, action réelle) jusqu'alors paisible".

⁷⁶⁵ JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo J., *Derecho mercantil*, Barcelona, 1990, pág. 1083. Como afirma GARRIGUES, Joaquín, *Curso de Derecho mercantil*, tomo II, 7ª Edición, revisada con la colaboración de Francisco Sánchez Calero, Madrid, 1980, pág. 437, los arts. 908 y 909 Cco prevén verdaderas acciones reivindicatorias pues el art. 908 "habla de poner en disposición de sus legítimos dueños", y añade que "el examen de los casos del artículo 909 demuestra que se trata más bien de una reivindicación impropia (*vindicatio utilis*), a la que faltan casi siempre los requisitos de la verdadera acción reivindicatoria, la cual se desenvuelve, además, por un cauce procesal distinto del de las acciones del art. 909. Estas acciones llamadas "reivindicatorias especiales de la quiebra", representan una simplificación de la reivindicatoria común".

La denominación *vindicatio utilis* procede del Derecho Romano. El uso de las acciones útiles, como afirma SERAFINI, *Instituciones...*, op. cit., págs. 271 y 272, "se adecuaba al carácter de los romanos, los cuales, poco inclinados a las reformas radicales de sus leyes, se limitaban a extender por analogía las instituciones existentes, a medida que las necesidades de los tiempos descubrían lagunas en la legislación antigua", y continúa afirmando que "[e]n las acciones útiles se conservaba la *intentio* de derecho civil (*dare oportere, ex iure Quiritium esse*). Cuando no era posible por el solo expediente de las acciones útiles adoptar la *intentio* a un caso que merecía ser jurídicamente protegido, se creaban al efecto acciones nuevas, llamadas *in factum*, para indicar precisamente que se fundaban, no

En este sentido, podríamos pensar que el nudo propietario dispondría de una *rei vindicatio utilis* contra el usufructuario de cosas consumibles, por lo cual se reclamaría a éste el *tantundem* o el valor de unos bienes ya inexistentes. Esta reivindicatoria recaería sobre las cosas de igual cantidad y calidad que existieran en el patrimonio del usufructuario, o si la restitución es del valor, sobre el dinero que hubiera en el patrimonio del usufructuario (el nudo propietario podría embargar los bienes del usufructuario).

No obstante, defender esta tesis, choca frontalmente con la doctrina y jurisprudencia del Tribunal Supremo defensora acérrima de la concurrencia de los requisitos para la admisión de la acción reivindicatoria común.

En el fondo de esta cuestión late un problema que es preciso que abordemos ahora. Concederle al nudo propietario la reivindicatoria, aunque sea especial, supone reconocer que el mismo tiene una acción real. Sin embargo, si el usufructuario debe restituir un precio corriente o la estimación, esto es, el valor de unos bienes desaparecidos, viene a resultar que el nudo propietario tiene más bien un derecho a reclamar un crédito contra el restituyente, garantizado, por supuesto, por el principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 1911 Cc) y todos los demás medios de protección reconocidos legalmente. En este caso, ¿cómo se aprecia la eficacia real del usufructo?, ¿cómo puede hacer valer el nudo propietario su derecho de propiedad? Es difícil verlo, incluso parece que en este caso se diluya, pues no tiene mucho sentido hablar de derecho real sobre un valor.

sobre una regla del *ius civile*, sino sobre la equidad resultante del conjunto de los hechos". En este sentido, en Derecho romano se concedía la *vindicatio utilis* a la mujer contra bienes del marido entregados en dote estimada (Cfr. IGLESIAS, *Derecho romano...*, op. cit., § 135, pág. 540); también se la concedía algún autor en la antigua regulación de la dote: RODRÍGUEZ y RODRÍGUEZ, Joaquín, *La separación de bienes en la quiebra*, México, 1951, pág. 87, al afirmar que en el Código civil español "cuando se trata de bienes dotales estimados, la transmisión de dominio al marido, nos obliga a considerar la "reivindicación" de la mujer, como una auténtica *reivindicatio utilis*".

Por ello a continuación intentaremos analizar la cuestión de la trascendencia práctica que tiene considerar que el nudo propietario tiene una acción real o personal básicamente frente a terceros.

1.1.2. La trascendencia práctica de dar carácter real o personal a la acción del nudo propietario

La amplia disponibilidad que tiene el usufructuario sobre los bienes consumibles hace difícil no identificar esas facultades con un derecho de propiedad. Sin embargo, observamos que había suficientes razones para negar que exista, tanto una transmisión de la propiedad, como una extinción del derecho de propiedad del nudo propietario y su conversión en un derecho de crédito una vez consumidos los bienes.

En un principio, la principal consecuencia derivada de defender una transmisión o no de la propiedad consiste en que en el supuesto de defender la transmisión nos hallaríamos ante un derecho de crédito, y en el caso de no defenderla ante un derecho real, por lo que el propietario para reclamar la restitución de los bienes frente al usufructuario y terceros tendría una acción real si conserva su derecho de propiedad o una acción personal en caso contrario⁷⁶⁶.

A pesar de ello, como pone de manifiesto DÍEZ-PICAZO, afirmar que el derecho real genera acciones reales y el derecho de crédito puras acciones personales, no es completamente exacto, pues "existen situaciones jurídicas de las cuales pueden, alternativa u opcionalmente, derivar acciones de uno u otro tipo", y pone como ejemplo el caso del usufructo. Concluye manifestando que "los derechos de

⁷⁶⁶ FRANK, *Ueber den uneigentlichen...*, op. cit., § 8, pág. 41, defensor de la transmisión de la propiedad al usufructuario, concede al nudo propietario una acción personal: "[d]ie Klage, welche ihm bei Weigerung des zur Rückgabe Verpflichteten zusteht, ist jedoch nicht wie beim verus usufructus eine dingliche, sondern lediglich eine persönliche".

crédito generan siempre puras acciones personales, pero que los derechos reales pueden indistintamente generar acciones reales o acciones personales"⁷⁶⁷.

Sin embargo, que sea una acción real o personal carece de consecuencias interpartes ya que el medio para exigir al usufructuario la restitución es el mismo: solicitar el cumplimiento de la obligación. Basta con ejercer la acción de restitución nacida de la constitución del usufructo, pues el título para pedir la restitución descansa en el propio título constitutivo del derecho de usufructo.

La principal consecuencia de defender una acción real o personal es frente a terceros, dado el carácter absoluto de la primera respecto al carácter relativo de la segunda. Según esto, si el nudo propietario conserva su derecho de propiedad podría ejercitar una acción real frente a terceros que tuvieran en su poder los bienes, dada la eficacia *erga omnes* del derecho real. En cambio, si el nudo propietario pierde su propiedad y la eficacia real, sólo podría dirigirse frente a la contraparte⁷⁶⁸.

No obstante, esta concepción obligacionista, -al igual que la inmediatividad de los derechos reales (pilares, ambos, sobre los que se ha apoyado la doctrina clásica para la defensa de la distinción entre el derecho real y el derecho de crédito)- ha sido criticada⁷⁶⁹.

⁷⁶⁷ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, op. cit., III, págs. 70 y 72. Para un estudio más exhaustivo, DOMÍNGUEZ PLATAS, *Jesus, Obligación y Derecho real de goce*, Valencia, 1994, especialmente, págs. 50 ss.

⁷⁶⁸ Por ello BARBERO, *L'usufrutto...*, op. cit., pág. 530, afirma que "[s]e la distruzione della cosa è avvenuta, come dicevamo, in conformità della sua destinazione (*quasi-usufrutto*) il credito che vi subentra è un credito di sostituzione del valor capitale della cosa".

⁷⁶⁹ Las notas esenciales definitorias de los derechos reales: la inmediatividad (en el sentido que el derecho real recae directa o inmediatamente sobre una cosa y genera una relación directa entre la persona y la cosa) y la absolutividad (el derecho real genera un deber universal de abstención por lo que produce una eficacia *erga omnes*), como diferenciadoras del derecho de crédito, han sido criticadas por la doctrina. En cuanto a la inmediatividad se afirma que hay situaciones jurídicas (derechos de garantía y servidumbres negativas) colocadas usualmente entre los derechos reales, en los cuales, sin embargo, el interés del sujeto no se consigue por medio de un poder inmediato sobre la cosa. Respecto la absolutividad se reconoce que es, en cierta medida, común a todos los derechos por lo que es posible

Centrándonos en un usufructo de cosas consumibles, hay que reconocer que en la práctica esa diferencia entre la existencia de una acción real o personal no es tan grande y apenas existe. Pensemos en los posibles terceros que pueden poseer los bienes consumibles entregados por el usufructuario: por ejemplo, un acreedor pignoraticio o un adquirente de tales bienes.

En virtud de nuestro sistema de legitimación posesoria y la protección que genera la apariencia, resulta que respecto a los bienes muebles, puesto que no tienen acceso al Registro de la Propiedad ni gozan de otros medios de publicidad, la simple posesión de los bienes hace presumir la titularidad frente a terceros (art. 464 Cc).

De este modo, los terceros que adquieren un derecho sobre tales bienes otorgado por el usufructuario, habiendo confiado en su apariencia de titularidad derivada de la posesión que ejerce sobre ellos, son inmunes frente a la acción real del nudo propietario que reclama su restitución. Y algo similar ocurre cuando tales bienes

hablar de una obligación general negativa de abstención respecto al crédito. Cfr., entre otros, RIGAUD, Luis, *El Derecho real*, traducción de J.R. Xirau, Madrid, 1928; Jerónimo GONZÁLEZ, "Evolución y alcance de la división de los derechos en reales y personales", *RCDI*, 1931; GÓMEZ-MORÁN ETCHAR, Alfonso, "Para una determinación del concepto de Derecho real", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo (RFDUO)*, vol. IV, Diciembre, 1956; ESPINAR LAFUENTE, Francisco, "Sobre la distinción entre Derechos reales y obligacionales", *RGLJ*, 1962; GIORGIANNI, Michele, "Los Derechos reales", *RCDI*, 1964; MORENO QUESADA, "La categoría de los Derechos patrimoniales", *RGLJ*, 1967; FERNÁNDEZ-GOLFÍN APARICIO, Antonio, "Influencia de la práctica en la evolución de la estructura de los Derechos reales", *RDN*, 1989.

Recientemente, entre nuestra doctrina, CARRASCO PERERA, *Derecho civil*, op. cit., pág. 254 ss., considera que no hay un único concepto de oponibilidad y en este sentido recoge cinco perspectivas distintas de la oponibilidad: 1) oponibilidad de los derechos limitados; 2) oponibilidad frente a los derechos concurrentes; 3) oponibilidad del derecho a una prestación; 4) oponibilidad de las garantías; 5) defensa frente a los daños antijurídicos causados por terceros. Y afirma que "estos sentidos son distintos y no están relacionados necesariamente entre sí", como ejemplo pone el usufructo, que puede ser absoluto en el sentido sub 1), pues el titular del derecho de usufructo conserva su posición jurídica cuando el derecho de propiedad pasa a poder de un tercero distinto del titular sobre el cual se originó el gravamen; sin que tenga que serlo en el sentido 3), pues aquí la oponibilidad supone que los derechos que consisten en una obligación de prestación a cargo de terceros no son absolutos en el sentido de poder exigir el cumplimiento de aquélla a persona distinta de la inicialmente obligada.



llegan a manos de un tercer poseedor no vinculado con el usufructuario por contrato⁷⁷⁰.

Así pues, el acreedor pignoraticio o el adquirente de los bienes consumibles que han adquirido de buena fe los bienes en posesión del usufructuario, resultarán inmunes frente a la reclamación del nudo propietario.

En este sentido se advierte que también frente a terceros es irrelevante en buena medida que el nudo propietario siga conservando el derecho de propiedad y la correspondiente eficacia real o un simple derecho de crédito a la restitución de los bienes.

Como pone de manifiesto VALLET DE GOYTISOLO, "muchas veces es necesario prescindir de esa clasificación [la de los derechos patrimoniales en derechos reales y derechos personales] para poder comprender ciertas relaciones y no escindir la unidad de ciertas instituciones. Escisión e inexplicabilidad que se produce, v.gr., en el usufructo, si lo proyectamos sobre un crédito o sobre haciendas mercantiles, y, a la vez, queremos mantener su clasificación de derecho real limitado de dominio. En cambio, considerándolo simplemente como derecho o facultad de goce normal -"ius utendi et fruendi" de algún "quid" susceptible de producirlo- sin intentar encasillarlo como derecho real o personal, el concepto conserva toda su luminosidad y la armonía de su línea no se deforma ni se quiebra"⁷⁷¹. Esto es precisamente lo que creemos que debemos procurar también con el usufructo de cosas consumibles.

⁷⁷⁰ CARRASCO PERERA, "Restitución de provechos (y II)", *loc. cit.*, pág. 113, afirma lo siguiente: "[e]n principio, si se consume un bien sujeto a restitución y este bien es consumible por su propia naturaleza (cfr. art. 337 C.c., como asimilado a los bienes fungibles), la restitución es del valor (cfr. art. 482 C.c). En estas ocasiones, cuando dichos bienes fungibles consumibles llegan a manos de un tercer poseedor que no estaba vinculado con el dueño por contrato, la misma naturaleza de bienes fungibles-consumibles impondrá la consecuencia de que frente a este tercero no quepa reivindicación dada su objetiva inidentificabilidad. El problema queda fijado, por tanto, en las hipótesis en las que por aplicación de los artículos 1778, 1897 ó 1304, quien resulta vinculado por una obligación de restitución sólo haya de responder por su efectivo enriquecimiento".

⁷⁷¹ VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans, *Estudios sobre Derecho de cosas*, Madrid, 1973, pág. 146.

1.2. La defensa jurídica por parte del usufructuario

A continuación veremos brevemente los medios de que dispone el usufructuario de cosas consumibles para defender judicialmente el derecho de que es titular.

Todo usufructuario puede ver perturbado su derecho, básicamente, por dos tipos generales de injerencias. Las primeras inciden sobre la misma cosa, y afectan a su posesión y detentación; las segundas inciden en la utilidad de la cosa, pues consisten en perturbaciones y molestias en el ejercicio del derecho por parte del usufructuario sin llegar al despojo.

A raíz de ello, se generan unas acciones de tutela del derecho del usufructuario: las acciones defensoras de su derecho y recuperadoras de la posesión; y la acción negatoria para la abstención de menores injerencias, pues con ella se condena a la cesación de perturbaciones y molestias en el ejercicio del derecho⁷⁷².

En el usufructo de cosas consumibles, tanto el nudo propietario como cualquier tercero han de respetar la pretensión del usufructuario a la posesión del bien para su disfrute. Si no se respeta, el usufructuario tiene la facultad de ejercitar una reivindicación del usufructo, llamada en Derecho romano acción confesoria. Con esta acción de condena, se reivindica el derecho contra quien posee la cosa usufructuada (sea propietario o no) en detrimento del usufructuario, pretendiendo así obtener o recuperar la cosa y con ello el derecho de goce⁷⁷³.

⁷⁷² PUGLIESE, *Usufrutto...*, op. cit., págs. 369 a 371, n. 88; el autor denomina acción reivindicatoria a la correspondiente al usufructuario para conseguir la abstención de injerencias posesorias, advirtiendo en la nota 1 de la pág. 371 que "[u]siamo quest'espressione per indicare che essa tende appunto al recupero della cosa, in modo che l'usufruttuario vi possa esercitare il suo diritto; ma è ovvio che essa non è da confondere con la rivendicazione a tutela della proprietà, sicché, in caso di possibile equivoco, parlaremos, col linguaggio della tradizione romanistica, di «azione confessoria»".

⁷⁷³ Hablar de acción confesoria para referirse a la acción que tiende a la recuperación de la cosa, de modo que el usufructuario pueda ejercitar su derecho, no es del todo exacto en la actualidad. La acción real confesoria se entendía cuando el Derecho romano o el

Al lado de esta acción y como titular de un derecho, el usufructuario tiene la acción declarativa frente a quien le niegue o cuestione su derecho sin una lesión directa.

Ante cualquier otra perturbación por parte de terceros en el derecho de goce del usufructuario que no supongan una desposesión efectiva, el usufructuario puede ejercitar la acción negatoria, por la que se obtiene un pronunciamiento judicial que deniega al autor de la perturbación legitimidad para hacerla o derecho de interferir su *ius fruendi*⁷⁷⁴.

Como poseedor inmediato que es el usufructuario, este gozará también de los interdictos posesorios para retener y recobrar la posesión (art. 446 Cc).

2. La pérdida casual del objeto. Los riesgos

La pérdida fortuita del objeto consumible nos somete al análisis de la teoría de los riesgos. Si ya de por sí el tema de la teoría de los riesgos es compleja, su aplicación

antiguo Derecho español encasillaba el usufructo en el cuadro de las servidumbres personales, pero en la actualidad el usufructo se considera un derecho real independiente, por lo que quizá sea más correcto hablar de reivindicación del usufructo (Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español...*, op. cit., tomo II, vol. II, pág. 118, quien prefiere denominar la acción concerniente al usufructuario "acción real innominada de usufructo"; RIVERO HERNÁNDEZ, en LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos...*, op. cit., III, volumen segundo, pág. 63).

Aunque se refiren al usufructuario común, le conceden esta acción, entre otros, BORRELL y SOLER, *Derecho civil...*, op. cit., pág. 569, quien afirma que "[e]l derecho del usufructuario está protegido por la acción real confesoria, que procede contra cualquiera que niegue o se oponga al ejercicio de las facultades que competen al usufructuario"; PEÑA BERNALDO DE QUIROS, *Derechos reales...*, op. cit., pág. 270: "[t]radicionalmente el usufructuario está defendido por la acción confesoria, la típica acción de defensa del titular de una servidumbre y por la cual reclama el reconocimiento del derecho y su efectividad (entraña una *juris vindicatio*)"; CLEMENTE MEORO, en LÓPEZ y LÓPEZ, y MONTÉS PENADÉS, *Derechos reales...*, op. cit., pág. 467, le reconoce al usufructuario la acción confesoria "frente al nudo propietario que niegue el usufructo".

⁷⁷⁴ RIVERO HERNÁNDEZ, en LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos...*, op. cit., III, volumen segundo, pág. 63. Para un estudio de la acción negatoria más profundo, cfr. ALONSO PÉREZ, "La protección jurídica frente a las inmisiones molestas y nocivas, AC, 1994, n. 22, págs. 422 ss.; o "La tutela del Derecho civil frente a las inmisiones molestas y nocivas", en *Estudios en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Madrid, 1995, págs. 4797 ss.

en el caso sometido a estudio se incrementa en función de la postura que se adopte en torno a transmisión o no de la propiedad.

Se trata de solucionar la cuestión relativa a la asunción del riesgo en el caso de la pérdida de la cosa por caso fortuito o fuerza mayor -por lo tanto, sin culpa del nudo propietario ni del usufructuario-. Es decir, será preciso concretar qué sucede ante la desaparición casual del objeto sobre el que se constituyó el usufructo; si a consecuencia de ésto, el usufructuario continúa obligado a la restitución estipulada en el art. 482 Cc, por lo que asumiría el riesgo de la pérdida, o por el contrario se ve exento de semejante obligación, lo que supondría que el riesgo corre a cargo del nudo propietario.

Observamos un punto en común entre la pérdida fortuita y el consumo del bien: la desaparición del objeto. Sin embargo, llegar a ésta desaparición por la vía del consumo o por la vía del pérdida fortuita, puede tener distintas consecuencias. Que desaparezca por efecto del consumo, hemos visto que activa la restitución regulada en el art. 482 Cc; sin embargo, será preciso determinar ahora si la desaparición casual del objeto pone en marcha igualmente el régimen restitutorio del precepto citado. Para ello será preciso aplicar los principios rectores en materia de riesgo⁷⁷⁵.

La teoría de los riesgos suele abordarse en el campo contractual, en especial en la compraventa (en el controvertido art. 1452 Cc), sin olvidar las alusiones a la misma en las obligaciones genéricas, en el arrendamiento de obra, etc. Sin embargo, en el usufructo de cosas consumibles nos movemos en el ámbito de una titularidad posesoria y dominical.

El problema del riesgo no se plantea por la pérdida entre el momento de la constitución del usufructo y el

⁷⁷⁵ El estudio del presente epígrafe nos enmarca en el campo del *periculum*, término que, como ha puesto de manifiesto ALONSO PÉREZ, *El riesgo...*, *op. cit.*, pág. 92, "hace alusión a la idea de deterioro, pérdida o menoscabo patrimonial cuya reparación es jurídicamente exigible".

momento de la entrega del objeto al usufructuario, pues se trata de un derecho real de goce donde sólo se transmite la posesión de la cosa para el uso y disfrute. Sin embargo, VENEZIAN, tras afirmar que si la cosa perece por caso fortuito antes de ser entregada al usufructuario, perece para este, por haberse convertido en dueño, -pensemos que en Italia rige el sistema transmisivo de la propiedad por el mero consenso-, manifiesta que "[e]s erróneo afirmar que la obligación de prestar el equivalente se borre en el caso de perecimiento anterior a la entrega, basándose para ello en una analogía burda entre el cuasiusufructo y el mutuo; porque en la relación jurídica del cuasiusufructo hay a favor del usufructuario un derecho preexistente a la entrega y, por lo tanto, una obligación bilateral"⁷⁷⁶.

El problema de los riesgos se plantea sobre todo si los bienes perecen en poder del usufructuario tras la entrega y antes de ser consumidos.

Depende de quien sea la propiedad de los bienes consumibles, del usufructuario o del nudo propietario, uno u otro asumirá los riesgos por aplicación de la máxima *casus sentit dominus* o *res perit domino*, es decir, que el bien perece para el propietario⁷⁷⁷.

Además, en el usufructo de cosas consumibles y en cuanto al usufructuario, entra también en juego el principio *genus nunquam perit*, pues el restituyente debe

⁷⁷⁶ VENEZIAN, *Usufrutto...*, op. cit., II, pág. 256.

La doctrina tradicional (entre otros, BORSARI, comentario al art. 483 del Codice de 1865, en *Commentario del codice...*, op. cit., pág. 305, § 950; PROUDHON, *Trattato dei diritti d'usufrutto...*, op. cit., pág. 478, n. 1002; VAN ARENBERGH, *Traité...*, op. cit., n. 984, col. 294), consciente del inconveniente que para el usufructuario supone asumir los riesgos, intentó salvar este problema alegando, por analogía con el mutuo, que el usufructuario-propietario asumía el riesgo del perecimiento de la cosa, después de habersele entregado la posesión del objeto, puesto que no puede obligársele a restituir aquello que no ha recibido. Sin embargo, esta objeción sólo vale para los sistemas jurídicos, como el francés e italiano, en que la transmisión de la propiedad es por el mero consentimiento, pero no en el nuestro en el que no hay transmisión sin entrega.

⁷⁷⁷ ALONSO PÉREZ, *El riesgo...*, op. cit., págs. 245 ss., realiza un exhaustivo estudio de la regla *res perit domino*, elaborada por los intérpretes del Derecho intermedio y consolidada doctrinalmente en el siglo XVIII.

entregar un *tantundem* o el valor, lo que supone que difícilmente perecerá el objeto a restituir por parte del usufructuario⁷⁷⁸.

La doctrina partidaria de que el usufructuario adquiere la propiedad afirma, en función de este principio, que éste asume el riesgo de la pérdida de la cosa desde el momento que adquiere el dominio⁷⁷⁹. Consecuencia de ello, es que está obligado a restituir un *tantundem* o el valor, aunque no haya consumido/disfrutado la cosa⁷⁸⁰. Además

⁷⁷⁸ CAFFARENA LAPORTA, "Genus...", *loc. cit.*, pág. 293, refiriéndose, sin embargo, a las obligaciones genéricas, afirma que "con el aforismo "genus..." no se afirma que en las obligaciones genéricas es el deudor quien soporta el riesgo, entendido este en un sentido técnico-jurídico, sino lo que se trata de evidenciar es sencillamente que en este tipo de obligaciones no hay oportunidad siquiera de llegar a plantearse el tema del "periculum obligationis", en tanto en cuanto la prestación siempre es posible". El autor distingue las relaciones obligatorias unilaterales (según tengan o no carácter restitutorio) y bilaterales; entre ellas analiza el mutuo y la posibilidad de no quedar liberado el mutuario por imposibilidad sobrevinida de entregar todo el *tantundem*; amparándose en el art. 482 cc defiende la postura de que dicha imposibilidad no extinga la obligación, haciendo que el mutuario restituya en su lugar el valor.

⁷⁷⁹ Por ello MAROI, voz "Consumabili (cose)", en *Nuov. Dig. It., op. cit.*, pág. 1023, n. 7, tras afirmar que el usufructuario es un propietario "a tempo", manifiesta que "[l]a conseguenza è che di tali cose il *periculum* trapassa insieme con la proprietà in chi le riceve per unsarne".

⁷⁸⁰ Ésta es la tesis defendida por la práctica unanimidad de la doctrina clásica partidaria de la transmisión en base al principio *res perit domino*. Así, en Francia destacan, DEMOLOMBE, *Traité de la distinction...*, *op. cit.*, pág. 239, n. 289, que como consecuencia de la adquisición de la propiedad por parte del usufructuario considera "que c'est à son compte, perte ou profit, qu'elles diminuent ou qu'elles augmentent, ou qu'elles périssent"; DELSOL, *Explication élémentaire...*, *op. cit.*, pág. 475, n. 822: "[d]e ce que le quasi-usufruitier devient propriétaire de la chose, il résulte qu'il en supporte les risques, et qu'il doit, à tout événement, restituer l'équivalent de ce qu'il a reçu"; BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit...*, *op. cit.*, pág. 845, n. 1561: "[l]e quasi-usufruitier étant propriétaire, les risques sont pour sont compte, *casum sentit dominus*. Si les choses sur lesquelles porte son droit périssent par cas fortuit, il n'en sera pas moins tenu à restitution envers le nu propriétaire"; HUMBERT, *Essai sur la fongibilité...*, *op. cit.*, pág. 71: "[l]es risques sont à la charge du quasi-usufruitier: *res perit domino*. Si l'objet de son droit vient à périr pas cas fortuit entre ses mains, la perte ne doit peser que sur lui, et l'obligation de restitution qui lui incombe n'en sera pas modifiée. Comme il est débiteur, soit de choses fongibles, soit d'une somme d'argent, c'est-à-dire, dans l'un et l'autre cas, d'une certaine quantité de choses d'un genre déterminé, il ne saurait être libéré par la perte de celles sur lesquelles portait son droit: *genera non pereunt*"; JOUBERT,

SIRINELLI, añade que la asunción del riesgo por parte del usufructuario en tanto que propietario es lógica "puisque le quasi-usufruitier n'est plus redevable d'un corps certain, mais seulement débiteur des choses semblables ou de leur valeur en argent. Cela signifie que le quasi-usufruitier n'est pas libéré du seul fait de cet événement, et que subsiste son obligation de restitution"⁷⁸¹.

Incluso se afirma que "non risulta affatto ingiusto che, quando le cose sono in possesso dell'usufruttuario, il loro perimento fortuito, non gli impedisca solo di goderne, ma non lo liberi nemmeno dall'obbligo di restituire il

"Deux notions du droit des biens...", *loc. cit.*, pág. 83, considera que "les risques de perte ou de destruction de la chose sont toujours pour celui qui a le droit d'usage, donc le droit de propriété. Quand une obligation de conservation pèse sur celui à qui la chose a été remise, les risques de destruction par force majeure sont pour celui qui est resté propriétaire"; WEIL, *Droit civil...*, *op. cit.*, pág. 481: "[e]n tant que propriétaire, l'usufruitier supporte les risques et n'est pas libéré par la perte de la chose"; MARTY-RAYNAUD, *Droit civil (les biens)*, *op. cit.*, pág. 141.

En Italia entre la doctrina del Codice de 1865, MATTEIS, *Corso di diritto civile francese di K. S. Zachariae*, *op. cit.*, vol. secondo, pág. 92, nota 9, afirma que "la perdita della cosa non pone fine al quasi-usufrutto, essendo la cosa a rischio e pericolo dell'usufruttuario, il quale, alla fine dell'usufrutto, è obbligato di restituirla in oggetti della stesa natura, o secondo la stima". Entre la doctrina del Codice de 1942, NICOLÒ, *Comentario al art. 185 (cose consumabili)*, en *Codice civile...*, *op. cit.*, pág. 637, tras afirmar que la propiedad se transmite por el consentimiento, "l'obbligo del costituente alla consegna è un obbligo accessorio e strumentale, rispetto all'attribuzione traslativa, per modo que il perimento fortuito della cose è a carico dell'usufruttuario ancorchè la cosa non gli sia stata consegnata salvo, s'intende, il caso di mora a consegnare"; STOLFI, y STOLFI, *Comentario al art. 995 del Codice*, en *Il nuovo Codice civile...*, *op. cit.*, pág. 280: "rispetto alle cose inconsumabile l'usufruttuario ha il solo uso, e si la cosa perisce, senza sua colpa, non incorre in responsabilità; quando invece perisce, senza sua consumabile, l'usufruttuario ne acquista la proprietà e su di lui grava il caso fortuito. Sicchè, perita la cosa, egli è obbligato a restituirla al proprietario nella medesima quantità o qualità".

En Alemania, MADAI, "Ueber den Nießbrauch...", *op. cit.*, pág. 144: "[f]reilich gewinnt beim quasi-ususfructus der Nießbraucher das Eigentum der Sache, und damit die unbeschränkste Disposition über dieselbe; aber ihn trifft auch fortan die Gefahr des Unterganges"; FRANK, *Ueber den uneigentlichen...*, *op. cit.*, pág. 8: "[w]ährend der Nutzniesser nämlich beim ususfructus blos für *diligentia boni patris familias* eintreten muss, dagegen weder für zufälligen Untergang noch für solche Verschlechterungen haftet, welche durch ordnungsmässigen Gebrauch veranlasst werden, trägt der Quasiusufructuar den Zufall".

⁷⁸¹ SIRINELLI, "Le quasi-usufruit (suit et fin)"...*loc. cit.*, pág. 10, n. 44.

tantundem: lo stesso avviene in caso di mutuo, senza che si siano mai sollevate obiezioni"⁷⁸².

Por lo tanto, parece ser que la desaparición de la cosa por caso fortuito o fuerza mayor no extingue el usufructo de cosas consumibles como ocurriría en el caso de que se tratara de un usufructo normal. Es evidente que desde la postura de la doctrina tradicional la posición del nudo propietario está más protegida en el usufructo de cosas consumibles -puesto que recibirá un equivalente-, que en el usufructo ordinario -donde hay extinción del derecho e imposibilidad de restitución-⁷⁸³.

Atribuir los riesgos al usufructuario es una consecuencia lógica en virtud del principio *res perit domino*, si se considera que es propietario. Esta asunción del riesgo, sin embargo, comporta que su posición sea más desfavorable que la del nudo propietario⁷⁸⁴, puesto que debe restituir el equivalente igualmente, aunque la cosa perezca por caso fortuito sin haberla consumido.

⁷⁸² PUGLIESE, *Usufrutto...*, op. cit. pág. 656, n. 154. Ya pusimos de manifiesto que el autor consideraba que tenía lugar la transmisión de la propiedad con el acto constitutivo y las obligaciones precisas para que el usufructuario entrará en posesión de los bienes: el cumplimiento del inventario y la elaboración del inventario, a no ser que fuera dispensado de las mismas, por lo que era propietario desde el instante de la constitución del derecho (tesis acorde con el sistema transmisivo de la propiedad en el Derecho italiano).

Añade, además, el autor en la pág. 659, n. 155 que "[s]e l'usufruttuario ha diritto al possesso, ma non è ancora valso, è naturale che subisca i rischi del perimento o deterioramento fortuito; avrebbe potuto invero essere più diligente", continuando en la nota 6, "[n]on si vede in verità perché il fatto di avere o non avere il possesso dovrebbe influire sull'attribuzione dei rischi del perimento. L'usufruttuario non potrebbe sostenere che, se avesse avuto il possesso, le cose non sarebbero perite, dato che il mancato conseguimento del possesso si suppone dipeso da fatto suo. Tra le possibili cause di responsabilità del nudo propietario sono dunque ovviamente da comprendere, sia il ritardo nella consegna alla quale fosse obbligato (art. 1221, 1° comma), sia anche il semplice impedimento da lui frapposto alla presa di possesso da parte dell'usufruttuario".

⁷⁸³ GENTY, *Traité des droits d'usufruit...*, op. cit., págs. 400 y 401, n. 419; BEUDANT, *Cours de droit civil...*, op. cit., pág. 491; SIRINELLI, "Le quasi-usufruit (suite et fin)", loc. cit., pág. 10, n. 44; FRANK, *Ueber den uneigentlichen...*, op. cit., pág. 8.

⁷⁸⁴ DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema...*, op. cit., vol. III, pág. 421; COLIN y CAPITAN, *Curso elemental...*, op. cit., tomo segundo, vol. II, pág. 331.

Hasta aquí la doctrina tradicional partidaria de la transmisión de la propiedad al usufructuario, pero si defendemos la *perpetuatio usufructus*, es decir, la no transmisión de la propiedad al usufructuario, aplicando el principio *res perit domino*, habríamos de concluir, en principio, que éste no es responsable de la pérdida que pueda sufrir la cosa por caso fortuito o fuerza mayor, puesto que la propiedad del objeto es del nudo propietario, a quien repercutirían, por lo tanto, aquellos acontecimientos⁷⁸⁵. El usufructuario no es propietario, por lo que queda exonerado de restituir un equivalente, a no ser que la pérdida se produjera por su culpa⁷⁸⁶.

En caso de que el usufructuario proceda a la mezcla de la cosa objeto de usufructo con otras de su propiedad, puesto que ello no supone una adquisición de la propiedad sino un condominio con el nudo propietario proporcional a su cuota respectiva, si se produce la pérdida total por caso fortuito o fuerza mayor, cada copropietario soportará la pérdida de su parte, sin que el usufructuario deba restituir nada al nudo propietario. Si la pérdida por caso fortuito o fuerza mayor es parcial, en virtud del art. 393 Cc, cada condueño sufrirá el daño en proporción a su cuota

⁷⁸⁵ La doctrina partidaria de que hay una pérdida de la propiedad, es partidaria de que el nudo propietario asume los riesgos hasta la consumición pues es él el propietario. Destacan, PEÑA BERNALDO DE QUIROS, *Derechos reales...*, op. cit., pág. 276; ALBÁCAR y CAVANILLAS, Comentario al art. 482 Cc, en *Código civil, doctrina...*, op. cit., tomo II, pág. 1174; CLEMENTE MEORO, en LÓPEZ LÓPEZ, y MONTÉS PENADÉS, *Derechos reales...*, op. cit., pág. 484.

⁷⁸⁶ POTHIER, *Trattato del contratto di vendita*, corredata di note indicanti i cambiamenti fatti dal codice francese e dal codice austriaco del Dr. Francesco Foramiti, tomo I, Venezia, 1834, pág. 281, afirma que "essere una massima riconosciuta dagli stessi giureconsulti romani che la cosa è a rischio del proprietario: Res perit domino. Aquesta abbiezzione si risponde che la detta massima è applicabile allor quando si oppone il proprietario a coloro che hanno la custodia o l'uso della cosa ; ed in questo caso la cosa perisce pel proprietario anzichè per colero che aveano la custodia o l'uso della cosa, i quali per la perdita della cosa avvenuta senza loro culpa, rimangono svincolati dall'obligazione di restituirla che avevano contratto".

respectiva, subsistiendo el usufructo de cosas consumibles en la parte que reste (art. 514 Cc)⁷⁸⁷.

Hasta el momento el supuesto en que el perecimiento tiene lugar tras la entrega del bien. Sin embargo, dentro de la defensa de la *perpetuatio usufructus*, deberíamos plantearnos la cuestión relativa al perecimiento del bien antes de que este sea entregado al usufructuario

El nudo propietario está obligado a entregar las cosas consumibles al usufructuario. El objeto del usufructo de cosas consumibles, como dijimos, puede estar constituido por cosas consumibles y a la vez fungibles, o cosas consumibles no fungibles. En el primer caso, si el nudo propietario no ha procedido a determinar el objeto, interpretando a *sensu contrario* el art. 1182 Cc, soportará el daño que pueda sufrir la cosa y estará obligado a entregar una misma cantidad, puesto que *genus nunquam perit*. En el supuesto de cosas consumibles no fungibles, al tratarse de cosas específicas, su pérdida supone la extinción del derecho de usufructo (art. 513-5 Cc) y el perjuicio repercute tanto en el nudo propietario como en el usufructuario: el nudo propietario, como propietario, pierde el objeto y el derecho a la restitución, pero se libera de la obligación de entregar una cosa determinada; el usufructuario pierde su derecho al usufructo y no puede pretender la entrega de un equivalente.

Aplicando el principio *res perit domino*, si se pierden las cosas por caso fortuito o fuerza mayor y el nudo propietario no estaba en mora por la entrega de la cosa al usufructuario, o estándolo, puede probar que la pérdida se hubiera producido igualmente en manos del usufructuario, no deberá resarcir los daños y perjuicios a éste.

Si las cosas perecen por culpa del nudo propietario o estando constituido en mora, sin ser posible probar que lo mismo hubiera sucedido si las cosas se hallaban en poder del usufructuario, estará obligado a resarcir el daño que supone para el usufructuario la extinción de su derecho si

787 JORDANO BAREA, "El cuasi-usufructo...", *loc. cit.*, pág. 1020.

la cosa era consumible no fungible. En este caso el resarcimiento consistirá en el reembolso del valor capital del usufructo perecido (arts. 1182, 1183 Cc).

En cambio, si las cosas son consumibles y a la vez fungibles, el nudo propietario deberá entregar al usufructuario otra cosa en igual cantidad y calidad.

Si las cosas perecen por culpa del usufructuario - siempre que no sea consumiendo el bien, por supuesto; por ejemplo, a causa de una actuación negligente, o se halla en *mora credendi*-, éste deberá resarcir el perjuicio al nudo propietario.

En conclusión, fruto de la aplicación de la doctrina del riesgo (*res perit domino*), ésta sería la solución para el caso de pérdida del bien por caso fortuito o fuerza mayor, tanto antes como después de la entrega: el bien perece para el propietario, por lo tanto, depende de quien consideremos que sea el propietario, los asumirá el nudo propietario (si se defiende la *perpetuatio usufructus*) o el usufructuario (si se defiende la transmisión de la propiedad al usufructuario).

El epigrafe que estamos dedicando a la pérdida fortuita del objeto podría terminar aquí, tras aplicar los criterios generales en materia de transmisión de riesgos, adoptados a la peculiar posición del usufructuario. Y es precisamente esta "peculiaridad" del usufructuario acompañada del no menos "peculiar" régimen del art. 482 Cc, lo que nos hace plantear otra posible solución a la cuestión de la pérdida fortuita.

Una segunda solución podría consistir en entender el art. 482 Cc como una excepción a la regla general en materia de riesgos, por lo que el usufructuario asumiría la pérdida del bien, ya que el precepto obliga al usufructuario a la restitución en todo caso, esto es, sin establecer salvedades.

De la misma manera que el art. 482 Cc, sin convertir al usufructuario en propietario, le otorga unas facultades amplísimas y una extensa disponibilidad de los bienes (sus

facultades dispositivas no son menores a las que tendría un propietario, por ello, aunque jurídica y formalmente no es propietario, materialmente es como si lo fuera), el precepto le obliga en todo caso a la restitución, sin establecer excepción ni puntualización alguna. El usufructuario tiene una considerable libertad sobre el bien, únicamente se le somete a la obligación de restituir el valor o el *tantundem*. La posición del nudo propietario, ante esta situación de amplia disponibilidad, se protege asegurándole una restitución en todo caso.

¿No puede afectar esta peculiar consideración del usufructuario del art. 482 Cc y sus amplias facultades a la hora de decidir la atribución de los riesgos?

Además hay otros criterios que pueden apuntar a que sea el usufructuario el que asume la pérdida del bien.

Si se utiliza como criterio de atribución del riesgo el de que correrán a cargo de quien tiene el control sobre el bien, hay que advertir que quien decide cuándo y cómo consumir o disponer del bien es el usufructuario. Y podría ser que la pérdida casual se hubiese evitado si el usufructuario hubiera consumido antes los bienes.

Pero también es cierto que hacerle cargar con los riesgos condiciona y limita su libertad de disponer y consumir.

Si como criterio se utiliza el disfrute y goce de los bienes, la pérdida es para quien los tiene en su poder y disfruta de los mismos⁷⁸⁸.

El principio *res perit domino* no es una verdad completa, ni aun en el ámbito jurídico-real, cuando diversas titularidades confluyen sobre la cosa, por ejemplo, un usufructuario que la disfruta. Como pone de manifiesto ALONSO PÉREZ, "todos los que por cualquier título gocen o se sirvan de ella deberán contribuir con el dueño a sufrir los menoscabos o deterioros fortuitos. Quizá

⁷⁸⁸ En este sentido, GIL RODRÍGUEZ, en la revisión y piesta al día de la obra de CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español...*, op. cit., tomo II, vol. II, pág. 64, afirma que "no parece que choque con la equidad el que, caso de pérdida aun fortuita, la soporte quien tiene las cosas en su ámbito de control e influencia".

en el ámbito de los derechos reales sea más exacto afirmar que "las cosas deben perecer para todos los que las posean, mediata o inmediatamente". Otro sería el problema de dilucidar la proporcionalidad en el reparto del riesgo, que sería preferible graduar casuísticamente y no dictando principios generales. Quizá el mejor criterio sea que soporte con más intensidad el riesgo quien obtenga auténticas ventajas de hecho, constantes y efectivas, del uso y disfrute sobre la cosa, v. gr., usufructuario, deudor hipotecario, etc."⁷⁸⁹.

La asignación del riesgo al usufructuario también vendría corroborada por la tesis particular de BADOSA COLL en sede de imposibilidad sobrevenida de la prestación. Considera el autor que la imposibilidad de la conducta por sí sola no es causa de extinción de la obligación (lo será cuando la imposibilidad de la conducta se produzca sin culpa del deudor); la extinción es uno de sus posibles efectos, al lado de otro efecto posible como es la *perpetuatio obligationis*, es decir, la sustitución de la conducta imposible por la de dar la estimación económica del objeto. La perpetuación de la obligación se da en tres casos: en las obligaciones liquidatorias resultantes de la nulidad de un contrato (art. 1307 Cc), en las obligaciones civiles nacidas de una infracción penal (art. 1185 Cc) y en la imputabilidad de la imposibilidad al deudor (culpa) y la imposibilidad *post moram solvendi* independientemente de la causa (art. 1182 a contrario). Al analizar éste último caso, el autor considera que la imputación de los riesgos al deudor "són casos en què la impossibilitat de la conducta no resulta de la culpa del deutor sinó del cas fortuït però als que la Llei atribueix la mateixa eficacia perpetuadora de la culpa". Pues bien, tras considerar que la consumibilidad de la cosa (arts. 337-2, 482 Cc) es una causa inimputable al deudor (lo incluye dentro del caso fortuito), afirma que una de las causas de imputación del

⁷⁸⁹ ALONSO PÉREZ, *El riesgo...*, op. cit., pág. 260.

riesgo al deudor es el hecho de existir estimación de la cosa debida -como en el caso del art. 482 Cc-⁷⁹⁰.

Hemos visto, por lo tanto, que la asignación de los riesgos no sólo depende de la tesis doctrinal que se defiende en torno a la transmisión o no de la propiedad, sino que puede variar según el criterio de atribución de riesgo que se tome en consideración.

3. La incidencia de la quiebra del usufructuario y nudo propietario sobre el usufructo de cosas consumibles

Otro de los campos jurídicos donde se pone de manifiesto la peculiaridad del régimen diseñado en el art. 482 Cc, es en materia de quiebra. Su estudio nos obligará a analizar el régimen regulado en el Código de comercio y su incidencia en el usufructo de cosas consumibles.

Los arts. 908 y 909 del Cco regulan una peculiar "reivindicación de la quiebra" (también denominada reivindicación impropia, especial o *utilis*). El art. 908 Cco manifiesta que "[l]as mercancías, efectos y cualquiera otra especie de bienes que existan en la masa de la quiebra, cuya propiedad no se hubiera transferido al quebrado por un título legal e irrevocable, se considerarán de dominio ajeno y se pondrán a disposición de sus legítimos dueños, previo el reconocimiento de su derecho en Junta de acreedores o en sentencia firme; reteniendo la masa los derechos que en dichos bienes pudieren corresponder al quebrado, en cuyo lugar quedará sustituida

⁷⁹⁰ BADOSA COLL, *Dret d'obligacions, op. cit.*, págs. 295 ss. Sin embargo, la tesis expuesta por el autor en torno a la *perpetuatio obligationis*, ha sido criticada por algún sector doctrinal, así, PANTALEÓN, "El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)", *ADC*, 1991-III, pág. 1021, afirma que "no existe ninguna razón de peso para seguir conservando ese artificio inútil en que se ha convertido la *perpetuatio obligationis*".

aquella, siempre que cumpliere las obligaciones anejas a los mismos"⁷⁹¹.

Este precepto es perfectamente aplicable al caso de quiebra de un usufructuario de cosas consumibles. El precepto habla de bienes en general sin especificación, por lo que se encontrarían incluidas las cosas consumibles. Además, el usufructo no es un *título legal e irrevocable* de transmisión de la propiedad, como pusimos de manifiesto.

El art. 908 Cco hay que complementarlo con el art. 909 Cco, precepto que establece unos supuestos en los que se reconoce a ciertas personas el derecho de separar algunos bienes. En especial el apartado tercero del art. 909 expresa: "[s]e considerarán comprendidos en el precepto del artículo anterior para los efectos señalados en él: 3º- Los bienes y efectos que el quebrado tuviere en depósito, administración, arrendamiento, alquiler o *usufructo*". Según esto, el usufructo de cosas consumibles, como tal usufructo, no hay razón para excluirlo de este precepto y conllevará, a raíz del art. 908 Cco segunda parte, la posibilidad de que la masa de la quiebra retenga los derechos que sobre dichos bienes pudiera corresponder al quebrado-usufructuario, esto es, el disfrute de las cosas consumibles y como tal, el consumo de los mismos⁷⁹².

⁷⁹¹ Como afirma RODRÍGUEZ y RODRÍGUEZ, *La separación...*, *op. cit.*, pág. 308, "[e]l sistema español se caracteriza por el empleo de una fórmula general separatoria y por la enunciación complementaria de diversos casos, todos los cuales pueden reducirse a tipos de acción reivindicatoria propia, de acción útil, de acciones separatorias basadas en créditos de restitución y en tercerías especiales".

⁷⁹² Cabe recordar que desde hace tiempo la legislación concursal está sometida a un proceso de reforma. Así, respecto a nuestro tema, la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal redactada por Ángel Rojo Fernández-Río (12 de diciembre de 1995), en su art. 100-1 recoge que "[l]os bienes y derechos que, en el momento de la declaración de concurso, se encuentren en posesión del deudor pero sean de propiedad ajena se entregarán a sus titulares, previa resolución del Juez del concurso a solicitud de interesado, informada favorablemente por el síndico o por el interventor letrado"; y en el art. 101 manifiesta que "[n]o serán susceptibles de separación los bienes y derechos de propiedad ajena sobre los que el deudor tenga derecho de uso o de garantía". GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, "El Derecho de crédito ante la iliquidez o insolvencia del deudor (primera lectura, en clave civilista, de la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal, de 12 de diciembre de 1995)", en *Estudios sobre la ejecución universal*, Asociación Nacional de Profesores de Derecho civil, Oviedo, 1997,

Los defensores de la teoría tradicional (partidarios de la transmisión de la propiedad), aplicando esos mismos preceptos del Código de comercio, afirman lo siguiente: si el usufructuario quiebra, al ser propietario de las cosas consumibles, éstas entrarán a formar parte de la masa de la quiebra. El nudo propietario no puede ejercer el derecho de separación sobre los bienes consumibles por no ser propietario de los mismos y se convierte en un acreedor más, sin crédito privilegiado para ver satisfecho su crédito personal a la restitución del equivalente⁷⁹³.

A raíz de esta argumentación, PUGLIESE alega que no parece injusto que los acreedores del usufructuario embarguen las cosas consumibles, pasando a ser el nudo propietario un simple acreedor más. Considera que el nudo propietario se ve compensado por el hecho de no asumir los riesgos del perecimiento casual de la cosa consumible, a la

págs. 271 y 272, al comentar la reducción de la masa activa, pone de manifiesto que "[c]ontrasta, en efecto, la sencillez de las nuevas disposiciones con la enumeración no del todo precisa del Código de comercio. A solicitud del interesado, se le entregarán los bienes de su propiedad que se hallaren en posesión del deudor (art. 100), siempre que éste no tenga sobre los mismos derecho de uso o garantía (art. 101)", añadiendo en la nota 148 que "[e]l Anteproyecto de 1983, que también se había decidido por la simplificación del capítulo pertinente ("De la reducción de la masa activa": arts. 266 a 268), eligió otra fórmula para limitar la reivindicación de bienes de titularidad ajena: "En los casos en que se solicite la separación de bienes o derechos de titularidad ajena que el concursado tenga en su poder en virtud de una relación de la que resulte a su favor un derecho de contenido económico que pueda ser realizado en beneficio de la masa, no procederá la separación sin que previamente se satisfaga aquel derecho" (art. 267 ALC)".

⁷⁹³ Así se expresan, VAN ARENBERGH, *Traité...*, op. cit., n. 997, col. 297: "en cas de faillite ou de succession obérée, si l'usufruitier a été dispensé de fournir caution, le nu propriétaire ne sera pas autrement payé qu'au marc le franc avec les autres créanciers chirographaires"; BARASI, *I diritti...*, op. cit., págs. 211 y 212: "[i] beni consumabili appartengono all'usufruttuario, e perciò non sfuggono alla garanzia patrimoniale dei suoi creditori (...) Proprio la conseguenza che, attribuendosi la proprietà sempre al concedente (o ai suoi eredi), si vorrebbe evitare: si osserva infatti che per tal modo i creditori dell'usufruttuario fallito potranno rivalersi sui soli utili dei beni di utilità ripetuta, ma viceversa sugli stessi beni di utilità semplice. E invece questa differenza è perfettamente coerente alla diversa natura delle due categorie di beni: non è giusto che una notevole massa di beni consumabili sfugga ai creditori dell'usufruttuario".

vez que goza de la ventaja de tener una garantía: la fianza prestada por el usufructuario⁷⁹⁴.

Sin embargo, el inconveniente que surgiría al considerar al usufructuario de cosas consumibles como propietario es el desigual tratamiento que se daría al usufructuario de tales cosas respecto a un usufructuario ordinario. Ya hemos dicho en repetidas ocasiones que normalmente las cosas consumibles forman parte de una unidad patrimonial donde convergen con otro tipo de bienes, sobre las que se constituye de forma unitaria un usufructo. Dándose tal caso, lo que sucedería es que sobre las cosas no consumibles los acreedores del usufructuario sólo procederían sobre las utilidades que proporcionan dichas cosas, es decir, sobre el derecho de usufructo, con lo que el nudo propietario no perdería en ningún caso su propiedad. En cambio, sobre las cosas consumibles, al ser propiedad del usufructuario, la masa de la quiebra absorbería la propiedad del bien y el nudo propietario se convertiría en un acreedor más para conseguir el equivalente. No parece idóneo, por lo tanto, que haya esta diferencia de trato sobre cosas entregadas con la misma finalidad: constituir un usufructo⁷⁹⁵.

⁷⁹⁴ PUGLIESE, *Usufrutto...*, op. cit., pág. 656, n. 154, quien añade que "le cose, anche se da lui non possedute, vengono avocate all'attivo fallimentare e il nudo proprietario è equiparato agli altri creditori, col vantaggio però della garanzia prestatagli dall'usufruttuario" (pág. 659, n. 155).

⁷⁹⁵ BARBERO, "Il quasi-usufrutto...", loc. cit., pág. 212. El autor en su otra obra, *L'usufrutto...*, op. cit., pág. 77, pone un ejemplo en el que se evidencia la peculiaridad que produce la teoría tradicional al transmitir la propiedad al usufructuario. Dice el autor que puede darse el supuesto de que se constituya un usufructo sin haberse entregado la posesión del bien (piénsese que está pensando en el sistema consensual de transmisión). El usufructuario es declarado en quiebra y fallece al día siguiente, por lo que queda extinguido el derecho de usufructo. Siguiendo la teoría tradicional que considera al usufructuario propietario desde la constitución del mismo, el nudo propietario, a pesar de tener las cosas aún en su posesión, "dovrebbe subire, senza giustificazione pratica, e solo per coerenza a una teorizzazione errata, la perdita della proprietà in cambio d'un mero credito, magari pagabile in moneta fallimentare, mentre le cose stesse sono tuttora nelle sue mani". En caso de que hubieran sido ya entregadas las cosas, pese a estar individualizadas, sucedería lo mismo. El autor considera que en estos hipotéticos supuestos el nudo propietario puede reivindicar la cosa aún suya, según su tesis, liberándola de la masa de la quiebra.

Con la defensa de la *perpetuatio usufructus* la masa de la quiebra tendrá derecho a retener el disfrute de los bienes. En cambio, el nudo propietario no se convertiría en un acreedor más de dicha masa, sino que tendría derecho a reivindicar (*reivindicatio utilis*, impropia o especial) la restitución del equivalente. Es así porque, como hemos visto, en virtud de los arts. 908 y 909-3 Cco los bienes que tiene el quebrado en usufructo, al ser de dominio ajeno, se pondrán a disposición de su legítimo dueño. Pero al tratarse de un usufructo que tiene un régimen especial, lo que se restituirá al nudo propietario será el equivalente.

A raíz de lo expuesto podríamos concluir lo siguiente:

-Si el nudo propietario entra en quiebra una vez constituido el usufructo, los acreedores de éste sólo podrán adquirir los beneficios de la nuda propiedad, esto es, el crédito a la restitución de un equivalente una vez finalizado el usufructo⁷⁹⁶. En cuanto a la posición del usufructuario cuando quiebra el nudo propietario, lo importante es la afirmación de su derecho como usufructuario y titular de un derecho real, impidiendo, de este modo, que la quiebra le prive del goce de la cosa⁷⁹⁷. En este sentido, el usufructuario de cosas consumibles podrá consumir los bienes, pero al final de su derecho deberá restituir lo estipulado en el art. 482 Cc.

-Si quiebra el usufructuario, por ello no se produce la extinción del derecho de usufructo. Puesto que el usufructuario no es propietario de las cosas consumibles sino titular de un derecho real, sus acreedores sólo se verán beneficiados del derecho de goce del usufructuario de cosas consumibles, pero no de la propiedad del objeto de

⁷⁹⁶ BARBERO, *L'usufrutto...*, op. cit., pág. 76.

⁷⁹⁷ RODRÍGUEZ y RODRÍGUEZ, *La separación...*, op. cit., pág. 194. En un sentido similar, PUGLIESE, *Usufrutto...*, op. cit., pág. 659 y 660, advierte en torno al tema que "si fallisce il nudo proprietario dopo che si è perfezionata la fattispecie traslativa, ma prima della consegna, l'usufruttuario può rivendicare le cose, sfuggendo alle conseguenze del fallimento: egli non è infatti un creditore, ma il titolare di un diritto reale, e potrebbe quindi esercitare la rivendicazione anche se non fosse ancora divenuto proprietario".

usufructo porque no le pertenece⁷⁹⁸. Pero el nudo propietario tendrá derecho a la restitución del *tantundem* o del valor, que no se extingue pues estamos ante un derecho de usufructo. Observamos que los acreedores se subrogan en la posición del usufructuario.

Para terminar, debemos hacer mención a otra cuestión: la discrepancia que, en principio, se puede generar entre la mezcla o confusión de cosas consumibles fungibles objeto de usufructo con otras existentes en el patrimonio del usufructuario, por la cual las cosas pierden su individualidad e identidad, y el derecho de separabilidad.

Como pone de manifiesto JORDANO BAREA, "si se estima que respecto a los bienes genéricos o fungibles, confundidos en la masa de la quiebra, no cabe una fácil separación del *idem* (*separatio bonorum non admittitur, ubi impossibile est separari*), se debe concluir que no hay lugar para un *ius separationis*. Pero si se admite que la separabilidad rebasa el concepto de cosas específicas y que no es presupuesto de la acción (*ius separationis*), como lo es en la reivindicatoria, la *identidad* de la cosa, ni fracasa la pretensión frente a las cosas fungibles, no hay inconveniente en conceder al nudo propietario el derecho de separar aquella cantidad de bienes consumibles que le pertenece *pro indiviso*, aunque dichos bienes hayan perdido su identidad por la mezcla con otros de igual género del cuasi-usufructuario"⁷⁹⁹.

⁷⁹⁸ DE MARTINO, Comentario al art. 995 del Codice civile, en *Commentario...*, *op. cit.*, pág. 188: "gli atti di esecuzione sul patrimonio dell'usufruttuario hanno per oggetto il diritto reale sulle cose oggetto de quasi usufrutto, non già le cose in sè medesime, le quali continuano ad appartenere al proprietario". Sin embargo, al ser consumibles, cosa y derecho no se pueden separar.

⁷⁹⁹ JORDANO BAREA, "El cuasi-usufructo...", *loc. cit.*, pág. 1022, a lo que alude al autor es a la reivindicación especial de la quiebra que, como vimos se aleja de los requisitos exigidos en la acción reivindicatoria común.

NÚÑEZ LAGOS, R., "Mandatario sin poder", *RDP*, 1946, págs. 627 y 628, al analizar la separabilidad de los bienes existentes en la masa de la quiebra considera que "[n]o es supuesto de la acción [*se refiere a la de separabilidad, o reivindicación impropia*], como en la reivindicatoria, la *identidad* de la cosa, ni fracasa la pretensión frente a las cosas fungibles. La existencia que exige el art. 908 del Código de Comercio comprende la restitución del *idem*; pero, a veces,

En congruencia con esta segunda hipótesis de interpretación, podríamos decir que el nudo propietario está facultado para ejercer el derecho de separación sobre la parte que le corresponde *pro indiviso* de la mezcla, en virtud de los arts. 381 y 382 Cc. El derecho de separación realiza la función de la *actio communi dividundo* (art. 400 Cc), la presupone. Al igual que si se tratara de una cosa específica (por ejemplo, una cosa consumible no fungible), el derecho de separación supondría un transunto de la acción reivindicatoria, dada la identidad del objeto⁸⁰⁰.

también del *tantundem*", y continúa diciendo que "[t]odo lo que existe, *idem*, en la misma masa de la quiebra, está separado (inmuebles, cosas específicas. etcétera). Lo que no exista, *idem*, sino *tantundem*, puede estar en una de estas dos soluciones: a) No llegó a estar confundido. Naturalmente no entró en juego la regla de la *conmixtio* (...); b) Se confundió, pero consta en inventarios auténticos. *Inventarium impedit bonorum commixtionem*. La dote o parafernales, aunque hubieren consistido en dinero, se pueden separar cuando consten en escrituras públicas inscritas en el Registro Mercantil (art. 909 número 1 y 2)".

⁸⁰⁰ JORDANO BAREA, "El cuasi-usufructo...", *loc. cit.*, pág. 1022.

