

Buscador de artículos de las Revistas de Derecho

Autor: molla nebot [Listado de autores ?](#)
Título: ?
Revista: ?
Revista General de Derecho Romano
? N.º: ?
Mes y año: / Hasta: / ?
Resumen: ?
Palabra clave: ?
Texto: ?
Ref. Iustel: § ?

[Buscar](#) [Borrar](#) [Volver a RGDR](#)

Se han encontrado 11 referencias 

Revista General de Derecho Romano - N.º37 DICIEMBRE 2021

Varios: 1. Notas, 2. Recensiones

Recensiones

1. Ana María Llacer Bosbach, *El Depósito como cauce negocial de la Mujer romana*. (RI §424495)
Sonia Mollá Nebot -  Descargar en formato PDF

Revista General de Derecho Romano - N.º36 JUNIO 2021

Varios: 1. Notas, 2. Recensiones

Recensiones

2. Alfonso Agudo Ruiz, *La apelación civil en la legislación de Justiniano* (Madrid 2020). (RI §423911)
Sonia Mollá Nebot -  Descargar en formato PDF

Revista General de Derecho Romano - N.º30 JUNIO 2018 **ESTUDIOS**

3. Responsabilidad por incumplimiento del plazo en la *locatio conductio operis faciendi*
The responsibility of the failure. *Locatio conductio operis faciendi*. (RI §420428)
Sonia Mollá Nebot - Ver resumen - Show abstract - Ver sumario -  Descargar en formato PDF

Revista General de Derecho Romano - N.º29 DICIEMBRE 2017 **ESTUDIOS**

4. Actos administrativos de la mujer en la época tardorrepública
Administrative acts of women in the tardorrepública. (RI §419564)
M. A. Sonia Mollá Nebot - Ver resumen - Show abstract - Ver sumario - Show summary -  Descargar en formato PDF

Revista General de Derecho Romano - N.º26 JULIO 2016

Varios: 1. Notas, 2. Recensiones

Recensiones

5. Recensión a Alfonso Agudo, *Estudios de derecho Fiscal Romano*, (Madrid 2016). (RI §417667)
M. A. Sonia Mollá Nebot -  Descargar en formato PDF

Revista General de Derecho Romano - N.º23 DICIEMBRE 2014 **ESTUDIOS**

6. La *aequitas* y el caso
The *aequitas* and the case. (RI §415521)
M. A. Sonia Mollá Nebot - Ver resumen - Show abstract - Ver sumario -  Descargar en formato PDF

Revista General de Derecho Romano - N.º22 JUNIO 2014 **ESTUDIOS**

7. Significado de "naturalis ratio auctoritate senatus commutari potuit" y usufructo de dinero. (RI §414894)

M. Asunción Sonia Mollá Nebot - Ver resumen - Show abstract - Ver sumario -  Descargar en formato PDF

Revista General de Derecho Romano - N.º21 DICIEMBRE 2013

Varios: 1. Notas, 2. Recensiones

Recensiones

8. Alfonso Agudo Ruiz. Las costas en el proceso civil romano, Dykinson, Madrid, 2013, 243 pp.. (RI §414030)

M. A. Sonia Mollá Nebot -  Descargar en formato PDF

Revista General de Derecho Romano - N.º13 DICIEMBRE 2009

ESTUDIOS

9. Presupuestos para el estudio de la responsabilidad del "iudex unus". (RI §408477)

M. A. Sonia Mollá Nebot -  Descargar en formato PDF

Revista General de Derecho Romano - N.º9 DICIEMBRE 2007

ESTUDIOS

10. Responsabilidad judicial e inamovilidad de la sentencia. (RI §401194)

Sonia Mollá Nebot -  Descargar en formato PDF

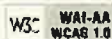
Revista General de Derecho Romano - N.º2 JUNIO 2004

ESTUDIOS

11. Usufructo de bienes consumibles. Observaciones sobre la pretendida propiedad del usufructuario. (RI §402842)

M. A. Sonia Mollá Nebot -  Descargar en formato PDF

© PORTALDERECHO 2001-2022



SIGNIFICADO DE “*NEC ENIM NATURALIS RATIO AUCTORITATE SENATUS COMMUTARI POTUIT*” Y USUFRUCTO DE DINERO

Por

M. ASUNCIÓN SONIA MOLLÁ NEBOT
Universitat de València

Revistas@iustel.com

Revista General de Derecho Romano 22 (2014)

RESUMEN: La posibilidad de que el usufructo recaiga sobre cualquier bien del patrimonio fue introducida por un *Senadoconsulto* del último tercio del s. I a. C.¹. Aparentemente esta ampliación afecta de lleno a la *nummerata pecunia*, pero esta apreciación requiere ser matizada, pues realmente el dinero no es un bien consumible, es decir, no desaparece con su primer uso, sino que es un bien cuya utilidad reside en su disposición y que como los demás bienes sobre los que se dispone deja de estar en el activo patrimonial del *dominus*; por ello, lo que confiere el usufructo de dinero al usufructuario es la capacidad de disposición de la que carece el usufructuario porque no es propietario. La decisión senatorial según la expresión de Gayo censura lo que considera “razón natural”: “*nec enim naturalis ratio auctoritate senatus commutari potuit*”. El significado de “razón natural” no es el mismo que “*naturalis ratio*”, pues de ésta última podemos decir que corresponde a la “naturaleza de las cosas”.

SUMARIO: 1.-Perspectiva histórica.- 2.- “*Omnium rerum, quas in cuiusque patrimonio esse constaret*” (D.7,5,1 de *Ulp.* 18 *ad Sab.*): “De las cosas que estén en el patrimonio. 3.-Sentido Unitario del usufructo en derecho clásico. 4.- Usufructo de dinero.-5.- La Autoridad del Senado no pudo cambiar la razón natural de las cosas: “*nec enim naturalis ratio auctoritate senatus commutari potuit*”. 6.-Significado de la expresión “*naturalis ratio*”.

ABSTRACT: The possibility that the usufruct relapses on any good of the heritage was introduced by a *senatusconsultum* of the last third I B.C. Apparently this extension affects squarely the *nummerata pecunia*, but this appraisal needs to be tinted, since really the money is not a consumable good, that is to say, that does not disappear with his first use, but it is a good, which usefulness resides in his disposition and which as other goods on which he arranges stops being in the patrimonial assets of the *dominus*; for it what awards the usufruct of money to the usufructuary is the capacity of disposition which the usufructuary lacks because it is not proprietary. The senatorial decision according to the expression of Gayo censures what he considers to be a “natural reason”: “*nec enim naturalis ratio acutoritate senatus commutari potuit*”.

¹ Con anterioridad a este trabajo he realizado diversas investigaciones publicadas sobre el llamado *quasiusufructo*; ésta sigue a las anteriores ahora sobre la concreta cuestión del usufructo sobre dinero; *vid.* MOLLÁ, *Usufructo de bienes consumibles. Observaciones sobre la pretendida propiedad del usufructuario*, en *RDGR.* 2 (2004); *Propuesta de revisión del orden paligenésico “De usu fructu earum rerum, quae usu consumuntur”*, en *Filia scripti per Genaro Franciosi III* (2007).

1.- PERSPECTIVA HISTÓRICA

La evolución del usufructo como consecuencia de la autorización *Senatus censuit*, al admitir que puede darse en todas las cosas que se encuentren en el patrimonio (*omnium rerum, quas in cuiusque patrimonio esse constaret usus fructus legari possit*)², regula la situación que se creaba en los legados de parte alícuota, con una solución que dota de eficacia la disposición testamentaria sin tener que recurrir a la exclusión de los bienes consumibles, pues de otra manera el uso y disfrute de bienes consumibles que se encontraban, en principio, fuera del alcance del usufructo, suponía la nulidad del legado de usufructo. Para evitar que se incurriera en la prohibición -haciendo peligrar la voluntad declarada por el causante-, se tenían por no incluidos en el legado aquellos bienes que fueran consumibles³, lo que por otra parte tampoco respondía a la necesidad perentoria de alimentos y otras expensas básicas que el usufructo pretendía cubrir.

La hipótesis sobre la nulidad del legado que incide en algún tipo de deficiencia formal no se corresponde con el derecho clásico romano, a pesar de que aparece en un texto atribuido a Gayo, del que me ocupo más adelante, pues salvo este texto, no hay referencia en las fuentes a la nulidad de este legado de usufructo de *pecunia*, mientras que es comúnmente admitido que antes del senadoconsulto se tenían por no puestas en el legado de usufructo las referencias a los bienes consumibles. Además, hay que tener en cuenta que la nulidad tiene que ver con las deficiencias en la forma del acto jurídico (actos eminentemente formales, relacionados con los *solemnia verba*), y no con la carencia de elementos que pueden considerarse parte del fondo de la obligación. Por el contrario, particularmente temprana -finales del siglo I-, resulta la "conversión de los actos jurídicos" que requieren de formalidad para su validez, precisamente para evitar que devengan en inútiles por una deficiencia en la forma; así, el Senadoconsulto Neroniano, como sabemos, promueve la convalidación de los legados de formulación

² En el Digesto aparece el título 5 del libro 7, bajo el título: "Sobre el usufructo de las cosas que se consumen o desgastan por el uso"; el inciso final *"res quae usu minuuntur"* es una adición que introduce el Derecho propiamente justiniano, como subdivisión dentro de las cosas consumibles; al respecto, por todos, vid. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Privado Romano*⁶ (Madrid 2013) p. 371.

³ GIUFFRÉ, *L'emersione dei "iura in re aliena" ed il dogma del "numero chiuso"* (Napoli 1992) p. 168 ss. -en adelante: *L'emersione dei "iura in re aliena"*-, mantiene que a pesar de que durante la segunda mitad del siglo II a.C. y la primera mitad del siglo I a.C., las cosas consumibles habían de ser excluidas del conjunto de bienes que han sido legados, en la práctica no debió de ocasionar mayores problemas, siendo más tarde "nella torbida temperie morale dell'età ciceroniana" cuando empiezan a surgir problemas en orden al cumplimiento en este tipo de legados de usufructo *"omnium bonorum"*, o de una cuota del patrimonio hereditario.

inadecuada, y con ello favorece la conservación de la voluntad del causante expresada en la disposición *mortis causa*.⁴ En este contexto en donde se tiende a la convalidación de los actos jurídicos formalmente inválidos, también se constata la conservación de la declaración testamentaria, ante todo, como hemos dicho más arriba, para salvaguardar la voluntad expresada por el causante, pues a pesar de que este ámbito jurídico de la herencia requiere de los actos de disposición formales, mantuvo contra esta formalidad la prevalencia de la voluntad declarada.

Por otra parte, resultaba que este tipo de legados era especialmente difícil de cumplir cuando se gravaba con usufructo una parte alícuota del patrimonio del causante, o bien éste se encontraba básicamente integrado por bienes consumibles. La autorización senatorial (s. I a. C) que permite el usufructo sobre todo tipo de bienes, vino a relegar la prohibición que lo impedía, e introdujo la posibilidad de constituir el usufructo también sobre los bienes consumibles. Todo ello conduce a que, en el caso de que los bienes en que consista el usufructo sean consumibles, se sustituya dicha obligación de restitución de la cosa, por la obligación de "restituir la misma cantidad o su avalúo" si ésta desapareciese (siempre y cuando no se trate en sí mismos de frutos perecederos), extendiéndose a esta obligación la garantía propia creada por el senadoconsulto, distinta de la común que solía ofrecerse por el usufructuario en el usufructo ordinario⁵.

En general; cuando el usufructo recae sobre bienes consumibles plantea problemas de identificación con el mantenimiento de las características propias del usufructo, por lo

⁴ La doctrina sólo muestra diferencias en cuanto al momento en que puede abogarse por esta convalidación de los actos, en un lapso de tiempo que va desde Sabino hasta finales del s. II, con Papiniano, Paulo y Ulpiano, *vid.* PERNICE, *Labeo A. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*. (Tübingen 1963) p. 406, opina, que la conversión de los actos formales ya había sido conocida por Sabino; WEISS, *Institutionem des römischen Privatrechts* (Basel 1949) p. 19 atribuye la solución del problema a los precursores de la escuela clásica temprana. Por el contrario, GIUFFRÉ, "*Convalescere*" in "*Gai.*" 2, 218, en *Syntelesia Arangio Ruiz* 2, 627 n. 17, cree que la técnica de la conversión había sido elaborada posteriormente por Papiniano, Paulo y Ulpiano. Sobre la cuestión puede verse también mi trabajo, MOLLÁ, *Extinción formal de las obligaciones verbales. La "acceptilatio"* (Madrid 1993) p. 172 a 189, especialmente *sub* epígrafe *Convertibilidad*, p. 176 ss.

⁵ La consideración de que la falta de *cautio* hacía inexistente el usufructo, hay que matizarla, pues no es que el legado sea nulo, sino que la negativa a hacer la estipulación pretoria que supone la caución usufructuaria, o *cautio ex senatus consulto*, sin declarar nulo el acto, concede una facultad de retención al nudo propietario frente al usufructuario renuente; y ello no hace inexistente el legado de usufructo, como decimos, pero sí inexigible, pues la acción contra el nudo propietario que retiene el bien objeto de usufructo, se vería paralizada por una *denegatio actionis*; *cfr.* BETANCOURT, *Sobre una pretendida "actio arbitraria" contra el usufructuario*, en *AHDE*. 43 (1973) 353 ss. que el pretor concede ante la desobediencia a hacer la estipulación pretoria. Como sabemos, todos los recursos complementarios del Pretor, entre los que se encuentran las *cautiones*, tienden a encauzar o asegurar el proceso; en el caso de las *stipulationes praetoriae* tienen como finalidad asegurar una acción futura o un perjuicio eventual, en relación o no con un juicio actual, pero en ningún caso llevan a la nulidad del acto para el que se pide la medida pretoria si se incumple ésta.

que se ha ido generando una dogmática⁶ cambiante (mucho más acuciante desde Justiniano) desde el momento en el que fue posible el usufructo sobre este tipo de bienes. La paradoja que implica este tipo de usufructo abre interrogantes de difícil respuesta; así, por ejemplo: si lo que se genera es un crédito a favor del usufructuario, ¿puede hablarse de un **derecho real** sobre bienes consumibles (*ius in corpore*)?; o, el mismo uso que convierte en acreedor al nudo propietario, ¿excluye la alienación?; y también, si ¿puede mantenerse la obligación del usufructuario de **conservación del bien** (*rerum substantia*)? Estas interrogantes no resueltas han llevado, en ocasiones, a un rechazo de la dogmática jurídica, que no ha dado una explicación unánime en cada momento, y ha sido, por el contrario, extremadamente divergente al analizar cada una de las dificultades de este derecho real sobre bienes consumibles⁷. Prueba de lo anterior es la profusión de términos con los que históricamente se ha denominado el usufructo sobre bienes consumibles, incurriendo en una nomenclatura no siempre adecuada, que reflejaba la imprecisión sobre su verdadera naturaleza jurídica. Así, por ejemplo, en la evolución doctrinal de los problemas que arriba hemos planteado, la doctrina mantiene diferencia en orden a si se trata de un tipo de usufructo, o si es un usufructo que admite la excepción, o si al admitir la disposición de los bienes por el usufructuario sigue siendo un derecho real, o si por el contrario el usufructuario es un propietario; aun no considerando extinto el usufructo por confusión de titularidades. Son una muestra bastante clara de esta divergencia sobre su naturaleza y alcance del problema que se plantea; por ello, resulta consecuente que adolezcan de falta de nitidez las denominaciones con las que la doctrina ha venido refiriéndose al usufructo de bienes consumibles: "quasiusufructo" en las fuentes posclásicas; servidumbre personal y cuasiusufructo en derecho justiniano; usufructo impropio en derecho intermedio; de nuevo, usufructo impropio o especial, en derecho moderno -y además no son unánimes en la experiencia del derecho comparado-. Todo esto pone de relieve la dificultad de encuadrar sus particularidades en el ámbito de los derechos reales, y, en todo caso, lo definen como otro tipo de usufructo, máxime cuando este derecho real recae sobre bienes consumibles que precisan para su reclamación de "acciones personales".

⁶ Decimos dogmática, por cuanto ésta ha sido tendencia propia en la exposición sistemática de las instituciones jurídicas, en este caso, específica de la didáctica que aparece en derecho posclásico, como expresión de la última jurisprudencia clásica; *vid.* D'ORS, *Derecho Privado Romano*¹⁰ (Navarra 2004) parág. 48 ss.

⁷ Sin acometer un análisis riguroso sobre el rechazo de la dogmática romanística al usufructo de bienes consumibles, valgan por todas la expresiva denominación de SANFILIPPO, *Note esegetiche in tema di usufrutto*, en *BIDR.* 49-50 (1947) 71, que lo califica de "monstrum".

Desde el principio, es decir, desde que el Senadoconsulto de mediados del s. I a. C.⁸ admitió el usufructo sobre bienes consumibles, lo que se pretendió fue dar solución a los legados de usufructo de cuota alícuota hereditaria, y quizá, en general, a los legados que consistieran fundamentalmente en bienes consumibles; es por ello que compartimos la idea de que, ante todo, este Senadoconsulto es la solución a un problema económico-social, antes que jurídico⁹, lo que es predicable del usufructo en nuestro derecho positivo actual, en el que con esa misma finalidad de dar cobertura jurídica a la asistencia familiar, se acude, con frecuencia, a la constitución de un usufructo de parte alícuota del haber patrimonial. Esta misma perspectiva anima a decir que quizá el estudio del recurrente usufructo de bienes consumibles, nos lleve a atender y sistematizar los problemas que plantea, con el objetivo de tener una visión funcional, más que de depurada doctrina, pues, como venimos advirtiendo, la naturaleza de los bienes consumibles, crea una situación paradójica del usufructo de estos bienes, que choca con una exposición sistemática de la naturaleza del derecho de usufructo¹⁰.

2.-"OMNIUM RERUM, QUAS IN CUIUSQUE PATRIMONIO ESSE CONSTARET": DE LAS COSAS QUE ESTÉN EN EL PATRIMONIO

El Senadoconsulto que amplía el usufructo a todos los bienes, contiene implícito que el uso de los bienes sea según la naturaleza de las cosas sobre las que recae¹¹. Aunque se dice "de las cosas", hemos de entender que se trata de bienes, pues éstos son las cosas susceptibles de aprovechamiento económico, lo que se refuerza con la inclusión *quas in cuiusque patrimonio esse constaret*. Desde este momento, abogamos por la denominación "bienes consumibles", ya que se refiere al tipo de cosas sobre los que recae el usufructo. Esta es la denominación adecuada en atención a las fuentes, pues como veremos, no hay una denominación específica hasta mucho tiempo después de la

⁸ Los problemas de su datación resultan de enorme calado, pues estamos en la tesitura de admitir un senadoconsulto relativo al *ius* antes de la reforma de Augusto, lo que resulta absolutamente excepcional; sobre ello cfr. KASER, en *Tijdschrift* (1977) 160 n. 5; D'ORS, *Derecho privado Romano*¹⁰ (Navarra 2004) parag. 200. n. 1. No obstante, el estudio sobre la fecha del Senadoconsulto es objeto de una monografía de CRIFÒ, muy exhaustiva y convincente, que adelanta su datación a mediados de siglo I a .C. Cfr. CRIFÒ, *Studi sul quasi-usufrutto romano, I Problemi di datazione* (Padova 1977).

⁹ CRIFÒ, *Studio sul quasi-usufrutto romano. I Problemi di datazione* (Padova 1977) p. 202., en adelante, *Studio sul quasi-usufrutto romano*.

¹⁰ Cfr. SERRANO DE NICOLÁS, *Usufructo con facultad de disposición en el derecho español TDR* (www.Tdx.cat) (Barcelona 2005).

¹¹ Vid. MOLLÁ, *Usufructo de bienes consumibles. Observaciones sobre la pretendida propiedad del usufructuario*, en RDGR. 2 (2004) sobre la diferencia entre *res* y *pecunia* en orden a la consideración de "propiedad".

ampliación del Senadoconsulto (*omnium rerum*). Hay que destacar que el senadoconsulto, expresamente, hace referencia a "cosas", a lo que añade: "que estén en el patrimonio"; con esta acotación excluye aquellas cosas que "no están en el patrimonio del causante" -lo que afianza la idea de que el medio propio de constitución sea mediante legado vindicatorio-¹², pero también, aquellas "que no son susceptibles de estar en un patrimonio"¹³, como ocurre con las cosas que son de todos o están fuera del comercio: técnicamente son cosas, pero no bienes, ni pueden serlo en tanto están excluidas (*res extra commercium*) y no reportan aprovechamiento económico (D. 7. 5. 1, de Ulp. 18 *ad Sab.*: *Senatus censuit, ut omnium rerum, quas in cuiusque patrimonio esse constaret usus fructus legari possit...*). Este planteamiento lleva necesariamente a preguntarse por los demás bienes que no son cosas, sino bienes que consisten en derechos, y que también son susceptibles de hallarse en el patrimonio, como ocurre con los créditos, por lo que se trataría de un derecho real sobre un derecho personal. En consecuencia con lo anterior, y según este diseño básico, es previsible entender que se previera por la jurisprudencia en la puesta en práctica del *omnium rerum* del senadoconsulto, de qué manera podría aplicarse a los bienes que consisten en derechos, concretamente a los créditos. Al respecto, la doctrina aprecia esta inclusión en el significado de *res*, también de los derechos; así, Antonio Fernández de Buján, señala: "No parece, sin embargo, conforme al texto señalado -se refiere a la clasificación de *res*, en D. 50, 16, 23-, que los juristas romanos considerasen como cosas todos los derechos subjetivos, sino que más bien se alude a un ámbito restringido de derechos, que sería el propio de aquéllos que recaen sobre las cosas, es decir, de los derechos reales"¹⁴. Respecto del derecho de crédito hemos de señalar que no son consumibles realmente, pues constituyen en sí una cantidad que un tercero "debe"; pueden considerarse cantidades que se hallan invertidas, que pueden producir intereses o no, y de las que no puede disponer el usufructuario; así, en D. 7, 5, 3 (Ulp. 18 *ad Sab.*): "*Post quod omnium rerum usus fructus legari poterit: an et nominum? Nerva negavit, sed est verius, quod Cassius et Proculus existimant, posse legari. Idem tamen Nerva, ipsi quoque debitori posse usumfructum legari, scribit, et remittendas ei usuras*". El texto trata la posibilidad de dar el usufructo sobre un crédito (*munera*), lo que es rechazado por Nerva, que sólo lo

¹² Hábilmente se aparta de la confusión con legado de cosa, no de un derecho, pero también con el fideicomiso, pues recae sobre cosas que están en el patrimonio del causante, y no sobre cosas que el heredero deba procurar.

¹³ Para un desarrollo de la cuestión de las cosas fuera del comercio (*res extra commercium*), vid. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Privado Romano*⁵ (Madrid 2013) Capítulo XVI, 2, A), pp. 365 a 368.

¹⁴ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho privado Romano*⁶ (Madrid 2013) p. 364.

admitiría respecto de los intereses (*usura*) cuando el legatario de este usufructo y el deudor del crédito sean la misma persona. La divergencia jurisprudencial que el texto plantea, entre Nerva por un lado y Casio y Próculo por otro, parte del planteamiento de que sólo estarían todos de acuerdo sobre el supuesto de que el legatario del usufructo sea el mismo deudor, mientras que estarían encontrados en orden a aceptar que el legatario del usufructo del crédito tuviera como deudor a un tercero, cosa que como vemos, Nerva niega. En todo caso parece que la de Nerva es una posición aislada, o más conservadora y quizá superada, tal y como la presenta Ulpiano en el texto referido¹⁵.

Pero como decimos, requiere una mención especial lo relativo a la consunción del dinero (*nummerata pecunia*)¹⁶; cuya ventaja económica sólo se obtiene si se dispone de él, no hay un "uso" o un "aprovechamiento" de una suma de dinero sin disposición, y sólo en este sentido podemos decir que es consumible. A ello se refieren Juliano y Pomponio, en el texto de Ulpiano, recogido en D. 7, 5, 5, 2 *in fine* (18 *ad Sab.*): "el uso y el usufructo de una cantidad (de dinero) tienen el mismo contenido" (*nam idem continere usum pecuniae et usumfructum et Iulianus scribit et Pomponius libro octavo de stipulationibus*).

3.- SENTIDO UNITARIO DEL USUFRUCTO EN DERECHO CLÁSICO

En derecho romano clásico, como decimos, **el usufructo de las cosas consumibles no es un usufructo diferente, sino el mismo usufructo**. Los argumentos que más han influido en la pretensión doctrinal de lo contrario, es decir, que es un tipo de usufructo, son dos: la creación de un nombre que lo distingue del usufructo común (*quasiusufructo*); y la creencia de que la *cautio ex senatus consultum* es la que constituye el usufructo de bienes consumibles; por tanto, desde esta perspectiva, la existencia del usufructo de bienes consumibles pende de la obligación personal que genera la *cautio* como acto

¹⁵ La posibilidad de que se constituya un legado de usufructo sobre un préstamo "*mutuo*" sin intereses, suspendería el derecho del usufructuario hasta el momento en que venciera el plazo para el que se constituyó el *mutuo*, y desde entonces, una vez recuperada la cantidad por el titular, el usufructuario tendría derecho a ella con las condiciones de *nummerata pecunia*. Sobre esta cuestión de las *nummerata*, resulta especialmente interesante el estudio de FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *El papel de la buena fe en los pactos, arbitrajes y contratos*, en RGDR. 15 (2010).

¹⁶ Utilizamos la expresión que se refiere a número (*nummo*), por ser la más acoplada a lo que significamos con "suma de cantidad" (*nummerata pecunia*); la traducción más exacta: monedas de dinero, resulta incomprensible. El término dinero (*denarius*) tampoco está completamente ajustado a este significado. En las fuentes se utiliza el término *pecunia*, que también podemos traducir por "dinero", pero que se refiere más propiamente a "valor pecuniario" para el intercambio, antes de la acuñación de la moneda, pues dinero es un término que entra en uso para referir el valor que tienen las cosas desde que se utiliza la moneda acuñada. En todo caso, el término *pecunia* denominó primitivamente los bienes que se ganan, aquéllos de menor valor (*res nec mancipi*), frente a los bienes que se heredan (*res mancipi*). La evolución del contenido del término *pecunia*, dificulta un significado unívoco en las fuentes.

formal constitutivo, de tal modo que el usufructo de bienes consumibles no existe, o es nulo, si no se da la *cautio*. Ambos argumentos carecen de respaldo en las fuentes para el momento de la aprobación senatorial que admite el usufructo sobre todo tipo de bienes, y por el contrario, parece tratarse de una creación muy posterior:

A mayor abundamiento, es el propio Gayo (que llama cuasiusufructo al usufructo de bienes consumibles -causa del desconcierto doctrinal posterior-), quien antecede en el texto de D. 7, 5, 2, 1 (7 ed. Prov.): *Quo senatus consulto non id effectum est, ut pecuniae usus fructus proprie esset (nec enim naturalis ratio auctoritate senatus commutari potuit), sed remedio introducto coepit quasi usus fructus haberi*. La aclaración de que no se trata de otro usufructo distinto: "Por este senadoconsulto no se dio vida a un propio usufructo de cantidad", aclaración que resulta contradictoria respecto de la siguiente que recoge el autor en el mismo pasaje *in fine*: "pero, introducido el remedio, comenzó a admitirse el cuasiusufructo", pues no siendo distinto lo llama de otra manera.

La existencia de otro nombre para el usufructo de bienes consumibles (*quasi usus fructus*) que vemos en Gayo, lleva a la errónea conclusión de que se llama de otra manera porque es diferente, y en consecuencia existen, en función del objeto sobre el recaen, dos tipos de usufructo distintos. Las cuestiones que se plantean son: por un lado, si éste era el modo común de calificar al usufructo de bienes consumibles; y por otro, si se reconoció como categoría, dentro del genérico usufructo.

La referencia que aparece en el texto citado del Digesto, atribuida a Gayo: "*quasi usus fructus haberi*", es la única vez que este autor la utiliza, pues no vuelve a hacer referencia al *quasi usus fructus*. Lo anterior adquiere relevancia puesto en relación con los siguientes argumentos: en primer lugar, no aparece en el otro texto del mismo autor, cuando trata el usufructo de bienes consumibles, texto que también procede de su comentario al Edicto Provincial (D. 7, 5, 7, Gai. 7 ad ed. prov.): *Si vini olei frumenti usus fructus legatus erit, proprietas ad legatarium transferri debet, et ab eo cautio desideranda est, ut, quandoque is mortuus aut capite deminutus sit, eiusdem qualitatis res restituatur, aut aestimatis rebus certae pecuniae nomine cavendum est, quod et commodius est. idem scilicet de ceteris quoque rebus, quae usu continentur, intellegemus*; y que la reconstrucción palingenésica coloca en un lugar consecutivo, inmediato al que ahora estamos abordando (D. 7, 3, 2)¹⁷. Si el término cuasiusufructo era propio para designar un tipo distinto del usufructo común, no tiene sentido que en dos textos consecutivos no se utilicen expresiones iguales cuando se habla de la misma materia (usufructo de bienes consumibles). La evidencia más clara de falta de homogeneidad y generalización propia de una categoría, al menos por lo que respecta a Gayo, es que no vuelve a usar la

¹⁷ Cfr. VALIÑO, *El Comentario de Gayo al Edicto Provincial* (Valencia 1979) p. 55.

expresión tampoco en otras obras. Por lo que, destacamos los siguientes inconvenientes para la admisibilidad del texto de Gayo, tal y como está redactado: así, Gayo dedica un parco tratamiento al usufructo en su *Instituta*, obra más segura en cuanto a la menor manipulación posclásica a la que ha estado expuesta, en la que, como decimos, en ningún momento se refiere al *quasi usufructus*, mientras que en esta obra, la *Instituta*, sí se hace referencia al uso de la partícula "quasi", para categorías jurídicas similares a aquéllas a las que vienen aparejadas (*quasi* contratos y *quasi* delitos¹⁸), pero, como decimos, no incluye el "*quasi usufructus*". Nada impedía, pues, si la categoría del cuasiusufructo ya había sido ideada para designar una clase dentro de un todo, haber sido utilizada por Gayo en este ámbito, y sin embargo, no la utiliza de modo propio que nos haga pensar en una categoría, por lo que se hace difícil pensar que el término se creara por Gayo para la descripción de una clasificación distinta de usufructo con el que diferenciarlo del común, y mucho menos, que fuera una expresión anterior a él mismo. La expresión "*quasi usus fructus*" solo volvemos a verla en otro texto de la época justinianeá: *Inst.* 2, 4, 2 *in fine* (... *quasi usumfructum constituit*); y en un texto atribuido a Ulpiano, ubicado en D. 43, 18, 1, 6 (70 *ad Ed.*), del que la doctrina cree que se trata de un texto enteramente interpolado¹⁹. Por lo anterior, parte de la doctrina duda sobre que fuera una expresión de uso común²⁰; aun cuando ha tenido defensores de su origen clásico²¹. En conclusión, su virtualidad en la época clásica tiene el solo anclaje de Gayo en uno de los textos posibles que tratan el usufructo de cosas consumibles, lo que genera la duda, cuando no el abierto rechazo; sobre el uso admitido de la expresión "*quasi usumfructum*" en las fuentes clásicas²²; mientras que las fuentes más sólidas

¹⁸ Vid. GIMÉNEZ-CANDELA, *Los Llamados Cuasidelitos* (Madrid 1990) p. 157 ss.

¹⁹ *Quia autem etiam in rem actio de superficie dabitur, petitori quoque in superficiem dari, et quasi usumfructum, sive usum quendam eius esse, et constitui posse per utiles actiones, credendum est; cfr. BESELER, Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen I* (Tübingen 1910) p. 103; KASER, *Das Römische Privatrecht I*² (München 1971) p. 380 n. 48; CRIFÒ, *Studi sul quasi-usufrutto romano* (Padova 1977) p. 134 n. 20.

²⁰ Vid. SEGRÈ, *Sul deposito irregolare in diritto romano*, en *BIDR.* 19 (1907) 107 n. 3; en sentido análogo, PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano I*² (Roma 1928) p. 789 n. 1.

²¹ BONFANTE, *Corso di Diritto Romano. Diritti Reali III* (Milano reimp. 1972) p. 86; y CRIFÒ, *Studi sul quasi-usufrutto romano* p. 134 s.

²² Sobre la duda que supone la expresión de uso común "cuasiusufructo", vid. SANFILIPPO, *Note esegetiche in tema di usufrutto*, en *BIDR.* 49-50 (1947) 69 y 71, en donde en principio lo califica de impropio y luego de capcioso. Además, GIUFFRÈ, *L'emersione dei "iura in re aliena"*, 173, sigue a Gayo en la disparidad que éste mantiene con el resto de juristas, "al considerar al cuasiusufructo como algo distinto del usufructo, y que ni siquiera es original de Justiniano la rúbrica del Digesto 5 del libro 7, como "*quasi-usufructo*", sino que la recogió del propio Gayo. Por lo demás, cabe señalar que la funcionalidad del *quasi* es una contribución dogmática con la que se acentúan los elementos de semejanza o de diferencia con una institución central; cfr. RICCOBONO, *Analogia, assimilazione, approssimazione nell'opera dei giuristi romani ed in*

respecto del uso de esta expresión corresponden a la época posclásica. Todo hace pensar que se trata de un término tardío para designar la categoría del usufructo sobre bienes consumibles y que su inclusión pudo estar inspirada en Gayo, quien pudo no haberlo usado como designación de este usufructo, sino de modo descriptivo; y responde en el texto que la contiene a una exposición didáctica de la institución; en consonancia con la creación sistemática de expresiones similares (*quasi contrato, quasi possessio, quasi delito*).

En cuanto al texto de Ulpiano ubicado en D. 43, 18, 1, 6 (Ulp. 70 *ad ed.*): (*Quia autem etiam in rem actio de superficie dabitur, petitori in superficiem dari et quasi usumfructum sive usum quendam eius esse, et constitui posse per utiles actiones, credendum est*), en el que se encuentra recogida la expresión "*quasi usumfructum*", la doctrina es unánime al considerar, con todo motivo, que es un texto enteramente interpolado²³, por lo que reviste pocas dudas la desestimación de que la expresión «*quasi ususfructus*» se hallara en el texto de Ulpiano. En todo caso, en su composición actual resulta incongruente el tratamiento conjunto del cuasiusufructo con el derecho de superficie, que es el objeto del que se trata en el título 18 del libro 43 en el que se encuentra el texto atribuido al Ulpiano.

Como ya he señalado en otro lugar, estas razones creo que hacen dudosa una aplicación tan generalizada de la categoría en derecho clásico, a pesar de lo cual, la doctrina romanística utiliza habitualmente la expresión cuasiusufructo para referirse al usufructo de bienes consumibles, lo que abunda en la errónea impresión de encontramos ante un tipo de usufructo distinto del común, cuando en realidad se trata de la misma institución, ya que, por encima de la polémica admisibilidad de un usufructo de estas características, ésta es la realidad impuesta por el senadoconsulto que admite el usufructo sobre cosas consumibles. Todo lo anterior no ha sido suficiente para desautorizar definitivamente el uso del término, ni tampoco el hecho de que exista una disparidad temporal tan importante entre el probable momento de aceptación del usufructo de bienes consumibles -con la creación en un Senadoconsulto que lo introduce en la segunda mitad del siglo I a. C.²⁴-, y la denominación "cuasiusufructo" a finales del siglo II d.C. (pues ninguna fuente anterior a Gayo, si admitiéramos que él la utiliza en este lugar en sentido propio-D. 7, 5, 7, *Gai. 7 ad ed. prov.* -, se refiere al cuasiusufructo).

particolare dell'uso dell'avverbio "quasi", en Scritti di diritto romano 2 (Palermo 1964) 461 ss., que trata sobre la técnica de la jurisprudencia romana mediante la analogía y la asimilación, en particular el uso del término "quasi", CRIFÒ, Studi sul quasi-usufrutto romano p. 134 s.

²³ Cfr. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen I* (Tübingen 1910) 103, KASER, *Das Römische Privat Recht I*² (München 1971) 380 n. 48; CRIFÒ, *Studi sul quasi-usufrutto romano* 134 n. 20, entre otros.

²⁴ Vid. *supra* el tratamiento que se hace de esta cuestión en la primera parte del trabajo, *Perspectiva histórica*.

En definitiva: la denominación no vino a introducir un tipo de usufructo distinto del común, de modo que no es posible referirse propiamente al mismo como "cuasiusufructo", pues no se crea con motivo de la reforma introducida por el Senadoconsulto, ya que lo que propiamente admite el *consultum* senatorial es que el usufructo también se dé sobre los bienes consumibles, y no puede sostenerse que el Senadoconsulto introdujo el cuasiusufructo, pues ello supondría un anacronismo.

4.- USUFRUCTO DE DINERO

El usufructo de dinero (*nummerata pecunia*) no tiene el mismo tratamiento que el usufructo sobre otros bienes consumibles. Así, la cuestión principal, común a todo usufructo, siempre ha sido la de garantizar la propiedad del nudo propietario, y la restitución una vez finalizado el mismo. En este caso de bienes consumibles se plantea el problema de que el bien usufructuado ha desaparecido, problema para el que la Jurisprudencia vino a perfeccionar la solución que aporta el senadoconsulto: así, para la recuperación de estos bienes consistentes en cantidad, dice Sabino que se ha de recurrir a la *condictio* si no se había pedido caución (en D. 7, 5, 5, 1), lo que conocemos por Ulpiano que reproduce esta opinión, que también comparte Celso, y que él mismo asume (Ulp. 18 ad *Sabinum*): "... *dici potest omissam cautionem posse condicti incerti condictione* ...". Por lo que hay que entender que la *cautio* (*ex senatus consultum*) era necesaria, y procuraba un medio de resarcimiento del usufructo garantizado en la estipulación. Así, respecto de esta *cautio ex senatus consultum* se hace referencia siempre a una *actio incerti* para que pueda exigírsele al usufructuario la restitución, una vez concluido el usufructo; la cuestión es que si se trata de una cantidad aquello en que consiste la *cautio* que se pide, no tiene sentido que la acción que se utiliza sea *incerti*, salvo que lo sea la cantidad que se espera recibir, en consecuencia, distinta de la que se dio (según se sostiene en D. 7, 5, 5, 1 *in fine*), luego habría que pensar en algún tipo de revalorización respecto de lo recibido por el usufructo inicialmente, pues de otro modo la referencia a "lo incierto", tratándose de cantidad, carece de sentido. Sin embargo, el texto arriba referido contiene una expresión "*incerti condictione*" que es más propia del derecho posclásico, pues se hace referencia a la causa de la *condictio*,²⁵ por lo que el adjetivo "*incerti*" no estaría incluido en la opinión que se reproduce de Sabino, Celso y Ulpiano.

Esta acción recuperatoria que es la *condictio*, implica un *dare* previo *datum*, por lo que sólo es posible si quien dio la cantidad al usufructuario es el mismo propietario,

²⁵ Sobre la tipificación causal de las *condictiones* vid. D'ORS, *Derecho Privado Romano*, parág. 383 n. 2.

siendo muy posible que el usufructuario fuera instituido como tal en un legado vindicatorio²⁶. Es pues claro, por este tratamiento, el reconocimiento de que estamos ante una acción personal, propia de los créditos. Lo mismo cabría decir de los demás bienes consumibles, que normalmente entrarían en la configuración de los bienes reclamables *per conditionem*, sin embargo estos bienes estaban expresamente excluidos y su admisión *ex senatusconsultum*, abre camino no sólo a lo que está contablemente estimado, como ocurre con la *nummerata pecunia*, sino a "lo que ha de evaluarse". Por otra parte, esta acción cierta (*condictio*) no era en sí misma una garantía de restitución, sino que es la acción contra quien se obliga por haber recibido (*dare* previo *datum*); distinta de la *actio certi stipulati* propia del garante. El Senadoconsulto que abre la puerta a los bienes consumibles, contempla en capítulo aparte el usufructo de *nummerata pecunia*, pero mantiene en común con el relativo a los demás bienes consumibles la existencia de una *cautio ex Senatus consultum* que lo garantizaba, o lo que es lo mismo, el Senadoconsulto crea una solución al problema que se genera por la práctica común de hacer legado de parte alícuota (donde es muy probable encontrar bienes que son consumibles), e incluso directamente de dinero, pero a la vez exige una garantía especial por parte del usufructuario, una estipulación garantizada por fiadores, para asegurar la devolución de la cantidad, y probablemente una adición por la devaluación.

Es muy probable que el legado de cantidad hubiera sido el detonante, y quizá admitido con anterioridad al legado sobre otras cosas consumibles, para las que se había acuñado la proscripción bajo la expresión "*usus, non abusus*", con lo que quedaba excluida del uso y de su aprovechamiento la posibilidad de utilizar por el legatario este tipo de bienes²⁷. La modificación que introduce el senadoconsulto admitiendo que pueda

²⁶ A ello hace referencia Ulpiano de modo indirecto al hablar de la *cautio*, y dice que en opinión de muchos la *cautio* del usufructuario sólo procede cuando ya se le ha dado el dinero, mientras que él cree que también antes de que se le dé el dinero (D. 7, 5, 10, 1 *in fine* Ulp. 79 *ad edictum*: "... *et quidam aiunt non ante hanc interponi stipulationem, quam data fuerit pecunia; ego autem puto, sive antea sive post(ea) pecunia data sit, tenere stipulationem*"); la cuestión parece relacionada con el problema del carácter abstracto de la *stipulatio*. La institución de legatario es dependiente de la del propietario siempre, por lo que si no hay heredero instituido, según testamento, caen las disposiciones testamentarias consistentes en otras liberalidades. Quien constituye el usufructo es el causante, en quien se subroga el heredero.

²⁷ La expresión, *usus, non abusus*, ha sido extrapolada en derecho actual de este contexto inicial y ahora se refiere a las actitudes de abuso de derecho en general por parte del usufructuario, y concretamente en el artículo 520 del Código Civil se dice: "El usufructo no se extingue por el mal uso de la cosa usufructuada, pero si el abuso infliere considerable perjuicio al propietario, podrá éste pedir que se le entregue la cosa". Esta misma expresión la encontramos en las fuentes literarias respecto del usufructo de bienes consumibles, así Cicerón, *Tópica*, cap. III, 17, "*Non debet ea mulier, cui vir bonorum suorum usumfructum legavit, cellis vinariis et oleariis plenius relictis, putare, id ad se pertinere: usus enim, non abusus, legatus est. Ea sunt inter se contraria*." en el que se refiere un usufructo que un hombre hace a su mujer de sus bienes, entre los que se

recaer en todo tipo de bienes, cambia la exclusión del usufructo de bienes consumibles, pero plantea algunos problemas de índole jurídica que el derecho ha ido salvando, adecuando la institución o creando alrededor del usufructo sobre bienes consumibles un sistema de garantías que aseguren la restitución al nudo propietario, en una impronta práctica, propia del derecho romano, pero que ha dejado casi indemnes los problemas de la congruencia de la institución.

5.- LA AUTORIDAD DEL SENADO NO PUDO CAMBIAR LA RAZÓN NATURAL DE LAS COSAS: "*NEC ENIM NATURALIS RATIO AUCTORITATE SENATUS COMMUTARI POTUIT*"

La contundente afirmación atribuida a Gayo: "La autoridad del Senado no pudo cambiar la razón natural" (*Gai. 7 ed. prov.*, en D. 7, 5, 2, 1) ante la admisión del usufructo de bienes consumibles resulta llamativa, no tanto por la intervención extraordinaria del Senado en temas de *ius civile* -que desde luego lo fue en el concreto momento temporal en que se dio un senadoconsulto para esta finalidad, aunque ya no fuera extraño en la época de Gayo-, sino porque esta abierta censura y reprobación gayana (*nec enim naturalis ratio auctoritate senatus commutari potuit*), se centra en un salto jurídico con el que se quiere significar la arbitrariedad de la decisión basada en la autoridad reconocida al Senado, que dice Gayo: "no puede ir contra la naturaleza de las cosas". Sin embargo, a esta "arbitrariedad" cuyo fin es alcanzar soluciones más justas, sí nos tiene habituados tanto la actividad procesal pretoria (mediante la creación de acciones ficticias), como la jurisprudencia romana que hace lo propio, utilizando razonamientos "*a simile*", pero también "*a contrario*", pues la tendencia a la *utilitas*²⁸ hace que admita normalmente el razonamiento jurídico a favor de la solución más equitativa, si con ello se alcanza utilidad práctica. Pero, insistimos, no es propia de una opinión de autoridad (Senadoconsultos), como no suele serlo de disposiciones normativas²⁹. En todo caso, no puede sostenerse, como hacen algunos autores de derecho positivo, que el Senado emitiera un consejo recurriendo a la ficción, pues la ficción es un recurso exclusivamente pretorio (acciones

encuentran bienes consumibles, de los que no debe usar, manteniendo que "*usus enim, non abusus, legatus est*". Por otra parte, Cicerón, *Pro Caecina*, cap. III, 11: "*Moritur Fulcinius -multa enim, quae sunt in re, quia remota sunt a causa, praetermittam-, testamento facit heredem, quem habebat e Caesennia filium, usum et fructum omnium bonorum suorum Caesenniae legat ut frueretur una cum filio*".

²⁸ Cfr. MOLLÁ, *La importancia de la "utilitas" en la metodología jurídica romana*, en *Derecho, Historia y Universidades. Estudios dedicados a Mariano Peset II* (Valencia 2007) 243 ss.

²⁹ De momento, dejamos al margen el análisis de lo extraño que resulta un Senadoconsulto que trata cuestiones jurídicas de *ius civile* con anterioridad a Tiberio, pero hemos de reconocer al menos que es difícil retrasar hasta este momento (s. I) la datación del senadoconsulto relativo al usufructo sobre todo tipo de bienes.

ficticias, y *ad exemplum*). Hemos destacado la función económico-social que el usufructo tiene, y prácticamente la aprobación senatorial viene a forzar el ordenamiento para ponerlo al servicio de la demanda social, algo que no es inusual y que el propio Gayo reconoce y pone de manifiesto: (D. 7, 5, 2, 1: "... *nec enim naturalis ratio auctoritate commutari potuit...*")³⁰. Es verdad que hoy podemos entender la dificultad de encajar este tipo de usufructo, inmersos en nuestra actual cultura jurídica, pero todo lo contrario podemos afirmar de la experiencia romana. La aseveración de Gayo de que la autoridad del Senado no pudo cambiar la razón natural, se puede considerar razonable por la finalidad didáctica que este autor desarrolla, pues ciertamente encaja mal el usufructo de bienes consumibles en las características del usufructo ordinario, como ya hemos señalado con anterioridad. Gayo es un jurista de la última jurisprudencia clásica -en muchos aspectos un preposclásico-, pero eminentemente didáctico; para una exposición sistemática del usufructo resulta una misión imposible intentar explicar en abstracto - como corresponde a una exposición didáctica-, los antagonismos que entraña el usufructo sobre bienes consumible. A pesar de los problemas de aceptar el origen clásico del texto donde se halla la expresión reproducida, su inclusión en el pasaje gayano recogido en el Digesto sí denota la problemática de fondo que se plantea a la lógica, y no solo a la lógica jurídica³¹, al admitir cambiar la *naturalis ratio* de la institución del usufructo sobre bienes consumibles.

El usufructo no es una atribución de la propiedad en el sentido que tiene en derecho moderno de asimilación al dominio, sino de la facultad propia de la *proprietas* que es la facultad de disposición, por tanto el usufructuario no tiene el *habere* que sólo corresponde al propietario, de ahí que la expresión: "*proprietas ad legatarium transferri debet et ab eo cautio desideranda est*" (D.7, 5, 7 Gai. 7 *ad ed. prov.*) se refiera a la transferencia de esa capacidad mediante uno de los actos hábiles al efecto: la *traditio*; pero sometida a la restitución (como en los créditos). La anómala situación admitida, porque no se puede "no ser propietario", en la correcta condición de titular de un usufructo, y "ser propietario" (o comportarse como tal) al mismo tiempo, respecto de las cosas consumibles, con todas las consecuencias que el derecho debe salvar a partir de la aprobación senatorial. Hay, pues, una intrínseca desvinculación del nudo propietario respecto del bien, pues el bien desaparece al ser bienes consumibles; en tal caso,

³⁰ Este sentido propio de *ratio naturalis*, es muy distinto de la razón natural como facultad subjetiva, que estaría en el fondo del significado de la reprobación que hace Pomponio, en su célebre frase: "El Cesar podía regalar la ciudadanía a los hombres pero no a las palabras" Suetonio, *gramm.* 22.

³¹ VILLEY, *Les origines de la notion de droit subjectif*, en *Archives de Philosophie du Droit* (Paris. 1953-54) 163 y 172, que mantiene la influencia de la filosofía aristotélica.

¿podemos seguir hablando de nudo propietario frente a propietario? En realidad, en lo que consiste la situación creada, es la de un derecho de crédito del nudo propietario, respecto del usufructuario, y no tanto de un nudo propietario frente a un propietario; llegados a este punto, sin esta sutileza, es difícilmente salvable la paradoja en la que el derecho suele encallar. No obstante, aun cuando no es el momento de desarrollarlo, el problema de nomenclatura jurídica reside en la asimilación de los términos no iguales en derecho romano, entre *proprietas* y *dominium*.

Todo lo anterior es predicable esencialmente sobre los argumentos que se pueden esgrimir en derecho positivo español, ya que no se ha variado lo dispuesto en el Código Civil, donde expresamente se cita, entre las causas de extinción del usufructo, la concurrencia de titularidades (art. 513 nº 3 del C.C); en puridad **no se puede sostener la existencia de un propietario usufructuario** -si no es frente a terceros, en su caso, para reclamar por un derecho de crédito-, pues **resulta incompatible la oposición de dos sujetos legitimados con idéntica posición procesal: un propietario usufructuario, y un nudo propietario al mismo tiempo**. Llegados a este punto, hay que plantearse hasta dónde podemos sostener la existencia de un derecho sobre la cosa cuando ha dejado de existir, es decir, ha desaparecido la corporeidad del derecho real de usufructo (*ius in corpore*), según la célebre definición de Paulo, en D. 7, 1, 1, procedente del libro 3 *ad. Vit.*: "*Usus fructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia*".

Por otra parte, acudir a instituciones jurídicas exógenas al derecho real de usufructo, lleva a otro de los excesos: parte de la doctrina identifica el usufructo de cantidad con el préstamo de mutuo. Creo que en este planteamiento hay una divergencia importante entre la razonabilidad jurídica y naturaleza jurídica. Desde el punto de vista de la lógica jurídica, considerar que el usufructuario es un prestatario es una conclusión plausible, si hemos de considerar propietario al usufructuario que está obligado a restituir al nudo propietario, lo que sólo sería posible en el caso de ostentar la condición de prestatario, que sí actúa como propietario con capacidad de disposición. Sin embargo, el usufructo es una institución en el campo de los derechos reales, mientras que la obligación personal del prestatario no constituye un derecho real, ya que la relación jurídica básica entre el usufructuario y el nudo propietario es real, como lo es la acción de la que dispone el usufructuario para que se le haga efectivo el legado que no se le reconoce; y aun cuando a la conclusión de este derecho real de usufructo tenga que acudir al campo de las acciones personales derivadas de garantía de restitución, para exigir por el nudo propietario la devolución de la cantidad dispuesta, todas las relaciones que les vinculan, derivadas del derecho real de usufructo -al usufructuario y al nudo propietario-, y en razón de este derecho, son reales. Estamos pues, ante derechos reales, y no de

relaciones que generan obligaciones personales, aunque se recurra a ellas para la virtualidad del usufructo.

Lo cierto es que el derecho real de usufructo no es sobre cosas; en sentido estricto, la clasificación jurídica distingue entre meras cosas y bienes, siendo éstos las cosas que reportan un beneficio económico. Pero también, dentro de lo que son "los bienes", hay que entender tanto los que son cosas que reportan un beneficio económico, como aquellos que consisten en otros derechos; en el supuesto del usufructo, el derecho de usufructo es en sí un bien que consiste en el derecho de aprovechamiento económico, y por eso hablamos de bienes consumibles, y no, de cosas consumibles, en relación con este derecho real. En cualquier caso para una explicación mejor podemos entrar, aunque sea brevemente, en el análisis del significado de la "*naturalis ratio*", que tiene que ver con los actos de disposición que implican la desaparición del bien.

6.- SIGNIFICADO DE "*NATURALIS RATIO*"

La expresión *naturalis ratio* no resulta extraña si se entiende que se refiere a la lógica de las cosas, pero no en términos jurídicos, sino filosóficos -que muy probablemente influyeron enormemente en la creación y pensamiento jurídico romano³². Esta expresión puede proceder de la filosofía estoica o aristotélica -no es ahora el momento de dilucidarlo-, pero conviene destacar que para los juristas romanos la *ratio naturalis* no significa razón humana o facultad intelectiva; significa: "orden (*ratio*) natural de las cosas", o también, "la lógica de las cosas", "la lógica de las instituciones"³³. Al respecto, sabemos que la lógica jurídica romana procede por vía casuística y analógica y que incluso utiliza "a contrario" la prevalencia de la solución más justa contra la lógica, y esa lógica de la institución del usufructo, cuando se da sobre bienes consumibles -de la que dice Gayo "va contra la *naturalis ratio*"-, se refiere precisamente a esta contradicción esencial de la que hemos hablado, es decir, a la violencia intelectual que nos provoca otorgar la capacidad de disposición a quien no es propietario³⁴. El problema se produce

³² Sobre la influencia de la filosofía griega en el pensamiento jurídico romano, vid. MOLLÁ, *La importancia de la "utilitas" en la metodología jurídica romana*, en *Derecho, Historia y Universidades. Estudios dedicados a Mariano Peset II* (Valencia 2007) 243 ss.

³³ Cfr. BONFANTE, *Historia del derecho romano I*, trad. Santacruz (Madrid 1944) 388 y 477. En el mismo sentido, vid. MAGGIO, *Sobre la "naturalis ratio"*, en *REHJ*. XVIII (1996) 43 ss.

³⁴ Resulta paralela a la consideración que se hace en derecho español, que entiende que "el usufructo de disposición es un mero usufructo -cualquiera que sea la modalidad dispositiva que se le atribuya- y que la facultad de disposición no es sino un supuesto de legitimación extraordinaria concretada en la posibilidad de disponer (en su sentido más amplio, sin que le pueda convertir en propietario) de un patrimonio, o de sus elementos integrantes; vid. SERRANO DE NICOLÁS, *Usufructo con facultad de disposición en el derecho español* TDR (www.Tdx.cat) (Barcelona 2005) p. 27 a 40 y 62 ss. No es el caso de la consideración del usufructo de bienes consumibles, pues lo

al crear en función de esas diferencias una categoría de usufructo, pues más que una categoría jurídica que implica asumir todos los caracteres de la institución, constituye una excepción. No se crea un usufructo distinto, sino que el usufructo que recae en los bienes se ejercita **según la naturaleza de estos bienes**.

Choca abiertamente este texto de Gayo con otro del mismo autor, en donde directamente se refiere a la transmisión de la propiedad al usufructuario que lo es de cantidad, concretamente, D.7, 5, 7 (*Gai. 7 ad ed. prov.*)³⁵.

De entrada, hemos de distinguir en este derecho real, las relaciones que vinculan al nudo propietario con el usufructuario, que dependen del objeto sobre el que recae el usufructo; por tanto para exigir su cumplimiento por el usufructuario, éste ha de acudir a acciones reales (*in rem*), como resulta la acción propia del usufructo (*vindicatio ususfructus*); mientras que la existencia de garantías personales de restitución (añadidas a la relación básica real), conduce a la vía de las acciones personales, que son las que utilizará el nudo propietario frente al usufructuario, o sus herederos, para exigir la restitución de cantidad o el avalúo, según en lo que consistan los bienes usufructuados.

No insistiremos más en que estamos ante una problemática heredada, pero el derecho positivo se enfrenta a ella con redoblada virulencia, al haber pasado de un sistema económico patrimonial básicamente agrario y poco industrializado, a un sistema patrimonial con una importante presencia de dinero o sus inversiones. Esta cuestión esencial sobre si estamos ante "un usufructo que implica disposición", ha planteado a la doctrina la confusa aproximación a la misma propiedad, e incluso se habla de propiedad temporal del usufructuario, creando mayor desorientación, pues la plenitud de la propiedad puede verse limitada en alguno de sus derechos integrantes (*uti, frui, habere, possidere*); pero la limitación temporal implica realmente una imposibilidad de actos de disposición propios del dueño, por lo que no puede integrarse esta temporalidad en la idea estable de propiedad, cuyo contenido vendría absolutamente constreñido³⁶. Con todo, hay que advertir que no es pacífica la doctrina, ya que para el caso de España hay que reconocer la existencia de dos tendencias doctrinales divergentes, entre los que por un lado piensan que el usufructo sobre bienes consumibles implica una propiedad en

que caracteriza estos bienes es que su uso conlleva implícita la disposición, no es una facultad de legitimación extraordinaria, como ocurre en el llamado "usufructo de disposición".

³⁵ D.7, 5, 7 (*Gai. 7 ad ed. prov.*): *Si vini olei frumenti usus fructus legatus erit, proprietatem ad legatarium transferri debet, et ab eo cautio desideranda est, ut, quandoque is mortuus aut capite diminutus sit, eiusdem qualitatis res restituatur, aut aestimatis rebus certae pecuniae nomine cavendum est, quod et commodius est. idem scilicet de ceteris quoque rebus, quae usu continentur, intellegemus.*

³⁶ Esta cuestión ya había sido abordado con anterioridad en un trabajo mío, publicado en 2004, al que ya hemos hecho referencia; vid. MOLLÁ, *Usufructo de bienes consumibles. Observaciones sobre la pretendida propiedad del usufructuario*, en RGDR. 2 (2004).

cuanto hay disposición³⁷; y los que creen que es una facultad especial dentro del mismo usufructo. Lo mismo podemos decir de otros ordenamientos europeos, como el alemán, en donde directamente el propio BGB aborda el usufructo sobre bienes consumibles como un supuesto en el que el usufructuario es realmente propietario de aquéllo en que consiste el bien objeto de usufructo.

En conclusión, respecto de la cuestión tratada y que se refiere al análisis de la expresión "*naturalis ratio auctoritate senatus commutari potuit*", se revela la dificultad de su interpretación, pues tras admitir el usufructo sobre todo tipo de bienes, no es que se haya admitido un tipo nuevo de usufructo sometido a acciones personales, sino que se trata del mismo derecho real de usufructo, que en su "realidad" se aplica según sea el bien de que se trate; en todo caso, la reclamación del cumplimiento del legado de usufructo se realiza mediante *vindicatio ususfructus*, y se garantiza mediante *cautiones*, por lo que la exigencia de la responsabilidad de restitución una vez extinguido el usufructo, se somete a acciones estipulatorias. Por tanto, el esquema procesal que se plantea es el mismo, si bien la naturaleza del objeto puede ser distinta, de ahí que lo que se altera sea la "preservación del bien" (*ius incorpore*), y es a esto a lo que se refiere la *naturalis ratio*, a "la razón de ser de las cosas" de un *iura in re aliena*.

³⁷ O'CALLAGHAN, *Compendio de Derecho Civil*. Tomo 3 (derechos reales) (2002).