

Usufructo de dinero, usufructo vidual y legítima de los descendientes

por

VERÓNICA DEL CARPIO FIESTAS

Profesora Asociada de Derecho Civil

de la Universidad Nacional de Educación a Distancia.

Abogada

SUMARIO

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.
2. REGULACIÓN LEGAL Y CONCEPTO DOCTRINAL DEL USUFRUCTO DE DINERO. REFERENCIA A LA LEGISLACIÓN CATALANA.
3. EL USUFRUCTO DE DINERO EN LA JURISPRUDENCIA.
4. EFECTOS DEL USUFRUCTO VIDUAL UNIVERSAL SOBRE EL DINERO QUE FORME PARTE DEL CAUDAL RELICTO: EL RIESGO INELUDIBLE DE PRIVACIÓN DE LA LEGÍTIMA.
5. CONCLUSIONES.

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Si bien la conveniencia del sistema actual de las legítimas viene siendo puesta en cuestión desde hace tiempo por alguna doctrina, es opinión unánime que en Derecho Común sólo en unos supuestos excepcionales concretos sería posible afectar a la intangibilidad de la legítima estricta de ciertos legitimarios: los contenidos en la Ley 41/2003, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, para beneficiar a los colegitimarios discapacitados (1).

(1) Vid. DÍAZ ALABART, S., «El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad)», en *Aranzadi Civil*, núm. 1, Parte Estudio, 2006, págs. 2099-2133.

Precisamente la reconocida singularidad de estos casos confirma lo que continúa siendo el principio general de protección de las legítimas, incluso contra la voluntad contraria del testador, y en teoría, por tanto, en nuestro Derecho no son admisibles otras excepciones, salvo, como es lógico, lo dispuesto sobre desheredación, indignidad o incapacidad sucesoria.

Ahora bien, existe otro caso en Derecho Común en el que los legitimarios hijos o descendientes también ven afectadas sus legítimas, pero no ya a modo de simple limitación temporal como en la Ley 41/2003, sino de modo mucho más grave e irreversible: con la pérdida definitiva, en todo o en parte, de los bienes que constituyen su porción, en beneficio del cónyuge supérstite. Se trata de una consecuencia indeseable e imprevista de la propia norma civil vigente en materia de usufructo, o más exactamente, de su interpretación por un sector de la jurisprudencia menor, que sigue los criterios sobre el usufructo de dinero de la mayoría de la doctrina.

Paradójicamente, no es precisa la existencia de mala fe o ánimo fraudulento del testador o del viudo para que se origine el resultado indicado. Basta con que concurren dos concretas circunstancias: que, por un lado, exista una voluntad testamentaria del causante de favorecer en lo posible a su cónyuge supérstite, expresada en forma que la jurisprudencia y la doctrina actuales consideran acomodada a la regulación legal, el testamento con usufructo universal vitalicio a favor del cónyuge supérstite con la llamada «*cláusula de opción compensatoria de la legítima*» o *cautela Socini*, y por otro lado, que en el caudal relicto aparezca un tipo de bienes muy frecuente, el dinero. Si el dinero forma parte de la masa hereditaria y por voluntad del testador el viudo es usufructuario universal vitalicio, y hay dispensa de fianza, surge el riesgo real de que ese dinero no llegue nunca a manos de los legitimarios nudo propietarios. No se trata de simple cuestión de insolvencia, sino de pérdida definitiva del dinero que forme parte del caudal relicto. El riesgo de desaparición definitiva del dinero por disposición de la propia ley existe siempre respecto de cualquier dinero en toda porción hereditaria de la que sea usufructuario el cónyuge supérstite y sean nudo propietarios los hijos o descendientes comunes; si su usufructo es universal, el riesgo se amplía a la totalidad del dinero que aparezca en el patrimonio, legítima incluida.

El usufructo universal del cónyuge supérstite con *cautela Socini*, en tiempos objeto de debate sobre su admisibilidad, hoy está generalmente aceptado en Derecho Común por la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia, siempre que reúna ciertos requisitos. Por lo tanto, podría considerarse una cuestión resuelta, si bien mientras no esté recogida de forma expresa en el Código Civil siempre podrían surgir opiniones disconformes (2). En cuanto al usufructo de dinero, se

(2) En las XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, dedicadas al Derecho de Sucesiones en el Código Civil, se aprobó la recomendación de introducir

trata de una figura muy polémica que no ha merecido especial atención de la doctrina y presenta numerosas dificultades de configuración jurídica, si bien no suscita dudas su admisibilidad. Lo que se discute es su naturaleza y su régimen jurídico, y con razón se resalta la insuficiencia de las normas que lo regulan. En Derecho Común, esa regulación, en realidad, se limita al artículo 482 del Código Civil, sobre usufructo especial de cosas consumibles, precepto que no contiene una específica referencia al dinero.

El presente trabajo tiene por propósito examinar los efectos anómalos de la concurrencia de estas dos figuras, lícitas por separado, pero que conjuntamente pueden lesionar la legítima o incluso ocasionar su completa pérdida para los descendientes legitimarios, y poner de manifiesto este resquicio de la regulación actual en materia de protección de las legítimas. El problema deriva de la construcción jurídica mayoritaria según la cual el usufructuario de una suma de dinero adquiere la propiedad de ésta, y el nudo propietario se convierte en mero acreedor de su importe. La consecuencia final en ciertos casos es la extinción por confusión del crédito existente entre el descendiente legitimario nudo propietario y el viudo usufructuario universal vitalicio, con la consecuente pérdida total o parcial de la porción legitimaria.

Salvo error, esta incoherencia de nuestro ordenamiento jurídico que deriva en la pérdida definitiva del dinero usufructuado para el legitimario no parece haber sido denunciada hasta la fecha por la doctrina en Derecho Común. Tampoco la jurisprudencia se ha pronunciado sobre las consecuencias de la concurrencia del usufructo viudal universal con el usufructo de dinero; pero sí constan unas cuantas sentencias de Audiencias Provinciales, que reflejan indirectamente esta posibilidad, la cual dista de constituir una rebuscada hipótesis de laboratorio.

La realidad social permite confirmar el otorgamiento cotidiano de testamentos abiertos de Derecho Común con usufructo universal vitalicio en favor del viudo. ROMERO COLOMA afirmaba hace unos años que estos testamentos constituyen una práctica tan generalizada que lo otorgan alrededor del 90 por 100 de las personas casadas con descendientes, e incluso en dos de los tres de modelos de fórmulas testamentarias que propone para que el usufructo viudal universal sea admisible incluye expresamente la relevación de fianza (3). Sugestivo dato, pues es justamente de la inexistencia de fianza en el usufructo universal del cónyuge viudo de la que se derivan las graves

en éste las modificaciones necesarias para asegurar la validez del legado de usufructo universal a favor del cónyuge viudo, en presencia de cualesquiera legitimarios del causante (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil», en *Aranzadi Civil*, núm. 2, 2006, Parte Tribuna, págs. 2015-2018).

(3) ROMERO COLOMA, A.M., «Análisis y valoración del usufructo universal viudal y la cláusula de opción compensatoria de la legítima», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXXIII, septiembre-octubre de 1997, núm. 642, pág. 1779.

consecuencias objeto del presente trabajo. Más recientemente, el Consejo General del Notariado considera ese testamento como el más habitual en personas casadas (4). Es un testamento razonable especialmente en dos casos concretos. En primer lugar, si hay hijos comunes menores de edad, el testador puede desear que el viudo administre el patrimonio familiar sin las cortapisas que impone el Código Civil para protección de los menores; si bien en este caso, puesto que el progenitor sobreviviente tiene contraposición de intereses con los menores al otorgársele más de lo que estrictamente le correspondería por su cuota viudal, es imprescindible el nombramiento de un defensor judicial en la partición (5), lo que, considerando la demora y los gastos que de ello se derivan, puede quizá eliminar parte de las ventajas. Y, en segundo lugar, si la pareja es de avanzada edad, para proporcionar al supérstite una situación económica más desahogada e independiente en la vejez, sin excesivo quebranto para los legitimarios descendientes comunes, en tanto que, por ley de vida, el usufructo vitalicio no se extinguiría a largo plazo.

El usufructo de dinero muy rara vez se constituye *inter vivos*, pero de ello no ha de inferirse que se trate de una institución infrecuente en la vida jurídica (6). El dinero forma parte de casi todos los patrimonios hereditarios, y por tanto pasa a ser objeto del usufructo viudal, junto con el resto del caudal

(4) Así consta en la propia información contenida en la página web del Consejo General del Notariado (www.notariado.org/inf_jur/losconsejos/index.htm), cuya finalidad es la de constituir una vía de divulgación masiva sobre la práctica notarial a los legos en Derecho. En el apartado sobre *Información jurídica práctica. Los consejos del notario. El testamento (I), clases y contenido*, 2.ª ed., F. RODRÍGUEZ PRIETO, al contestar a la pregunta «¿Cuál es el testamento más frecuente?», se responde lo siguiente: «*lo que suelen preferir los testadores es el llamado testamento “con cláusula Socini”, por el cual cada uno de ellos deja a su cónyuge, para el caso de que éste le sobreviva, el usufructo universal de sus bienes, es decir, el usufructo sobre la totalidad de su patrimonio, con la posibilidad de optar, si el viudo así lo desea, por recibir en lugar de éste el usufructo de un tercio, es decir, su legítima y además en plena propiedad el tercio de libre disposición. Los hijos son instituidos herederos por partes iguales, pero si el viudo optase por recibir el usufructo universal, serían “nudo propietarios”, es decir, que no podrían usar y disfrutar de los bienes hasta el fallecimiento del viudo*». Sin embargo, debe tenerse en cuenta que en esta descripción de la figura se indica que la opción corresponde al cónyuge supérstite, cuando, de ser así, la figura sería de discutible aceptación.

(5) Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 14 de diciembre de 2006.

(6) Según DORAL, el propio tenor literal del artículo 482 del Código Civil sobre usufructo de cosas consumibles «*indica la infrecuencia del usufructo de cosas consumibles aisladamente considerado*», pero en la misma expresión legal «*si el usufructo comprendiera*» queda por supuesto el hecho de que «*en el usufructo de cosas, de un patrimonio, de una herencia, etc., hay “cosas” consumibles, cosas muebles, cuyo uso regular consiste en consumirlas o enajenarlas*» y «*a esta “parte” del usufructo de un “todo” usufructuado se refiere la disciplina prevista en este artículo*» (DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A., «Comentario al art. 482 del Código Civil», en *Comentarios del Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO y DÍAZ ALABART, T. VII, vol. 1.º, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1992, pág. 3290).

relicto, por vía de herencia o de legado, y con o sin disposición testamentaria expresa. Si todo el patrimonio está constituido únicamente por dinero, el riesgo que aquí se analiza de pérdida de la legítima será mayor, pues ese riesgo se circunscribe sólo a aquella parte del patrimonio relicto que consista en dinero. En pocas ocasiones aparecerá en el caudal relicto dinero en metálico en importes significativos, tanto por su elevada cuantía objetivamente considerada como en relación con la masa hereditaria, salvo quizá en los casos de causantes de escasa capacidad económica. Sin embargo, casi cualquier persona física dispone de saldos en entidades bancarias en virtud de diversos tipos contractuales de contratos bancarios y, según un sector doctrinal y jurisprudencial, el dinero ingresado en entidades bancarias comparte en ciertos casos régimen jurídico con el dinero en efectivo, y por tanto daría lugar a idénticas dificultades que éste. Supuesto muy distinto es el del dinero que esté invertido en fondos de inversión. Como sostiene MARTÍNEZ DE BEDOYA, la participación en fondos de inversión ni es equivalente al dinero ni es un bien consumible por lo que, en consecuencia, se regula por las normas del usufructo ordinario del Código Civil, no por las del usufructo de cosas consumibles, y está exento de los riesgos que para el nudo propietario se deriva de la adquisición de la propiedad del bien por el usufructuario y la pérdida de control de las inversiones, aunque ofrezca dificultades de otra índole (7). Aunque la opinión de MARTÍNEZ DE BEDOYA pueda ser discutible, el presente trabajo excluye el supuesto del dinero invertido en participaciones en fondos de inversión.

Naturalmente, la presencia de dinero en un patrimonio hereditario sobre el que se constituya un usufructo viudal universal no siempre provoca conflictos. Al contrario, en muchos casos los inconvenientes derivados del usufructo del dinero que forma parte del caudal relicto son salvados por una prudente gestión conjunta entre usufructuario y nudo propietario, quizá incluso en la creencia (errónea, según opinión mayoritaria) de que en Derecho Común esa gestión conjunta es exigible legalmente o de que el usufructuario sólo tiene derecho a percibir los intereses o los rendimientos. Y, por fortuna, no abundan los progenitores que maquinen para privar de su legítima a los descendientes comunes. Pero es alarmante que la práctica profesional permita confirmar algún caso real en el que un causante ha otorgado testamento con usufructo universal vitalicio a favor del cónyuge con *cautela Socini* y relevación de fianza, y ha transformado en dinero la totalidad de su patrimonio poco antes de su óbito, con el propósito deliberado, o al menos con el resultado práctico, de despojar de la legítima a los descendientes, en beneficio del viudo. Lo que ha sugerido el presente trabajo no es que se estén

(7) MARTÍNEZ DE BEDOYA, C., «Estudio teórico y práctico del usufructo de participaciones de fondos de inversión acumulativos», en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LV, Fasc. II, abril-junio de 2002, págs. 662-665.

provocando estas consecuencias de forma deliberada, sino algo de más trascendencia: que la mala fe es irrelevante, pues en cualquier caso los legítimos carecen de medio alguno para protegerse frente a lo que se genera por la mera aplicación de la propia ley.

2. REGULACIÓN LEGAL Y CONCEPTO DOCTRINAL DEL USUFRUCTO DE DINERO. REFERENCIA A LA LEGISLACIÓN CATALANA

Escapa a la pretensión del presente trabajo añadir una opinión más sobre la borrosa figura del usufructo de dinero, o sobre el propio dinero en sí, ni pronunciarse a favor o en contra de las ya vertidas por la doctrina. Sólo se efectuará un análisis en lo que resulte preciso de las distintas posturas doctrinales y de determinados puntos conflictivos, en tanto que tienen su reflejo en los distintos criterios de la jurisprudencia menor que posteriormente se examinará en detalle.

El caso concreto del usufructo viudal universal cuando el patrimonio relicto consiste en todo o en parte en dinero no parece haber merecido el interés de la doctrina en Derecho Común, aunque sí existe alguna breve referencia doctrinal en Derecho catalán y aragonés (8). No hay que olvidar que el usufructo de dinero ha sido objeto de regulación específica en Cataluña (por la Ley de la Comunidad Autónoma de Cataluña 13/2000, de 20 de noviembre, de regulación de los derechos de usufructo, uso y habitación, con regulación, modificada por Ley 5/2006, de 10 de mayo, del Libro Quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales) y en Aragón (en este caso, sólo sobre el usufructo viudal aragonés, la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad). Aunque este trabajo se circunscribe al Derecho Común, la normativa catalana presenta muy especial interés, y por ello en el presente apartado habrá que referirse a ella con algún detenimiento.

En Derecho Común no se han publicado monografías sobre el usufructo de dinero y la doctrina apenas se ha ocupado de forma sistemática de esta figura. Como mucho, se incluye alguna indicación tangencial al tratar el controvertido usufructo de cosas consumibles, el cual, por otra parte, ha dado

(8) Para el Derecho catalán, sobre el usufructo de dinero en concurrencia con usufructo viudal, si bien por su fecha de publicación no recoge las modificaciones introducidas a la legislación catalana de usufructo de dinero por la Ley 5/2006, vid. PINTÓ RUIZ, J. J., «El usufructo en Cataluña», en *Noticias Jurídicas*, noviembre de 2005, <http://noticias.juridicas.com>. Para Derecho aragonés, HERNÁNDEZ GARCÍA, J., «El usufructo de dinero (comentario al art. 117 de la Ley de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad)», en *Revista de Derecho Civil Aragonés*, año núm. 7-8, núm. 1, 2001-2002, págs. 227-232.

lugar a escasa bibliografía, aparte del clásico estudio de JORDANO BAREA (9), pero sí a que los autores viertan sus opiniones propias en tratados o manuales sobre derechos reales o en comentarios generales al Código Civil. El único trabajo específico sobre el usufructo de dinero es un artículo de MONSERRAT VALERO, que, en su relativa brevedad, contiene un amplio análisis de las distintas posiciones doctrinales, de los inconvenientes de considerar este usufructo como cuasi usufructo, de sus peculiaridades, y del caso concreto de algunas inversiones financieras, partiendo de una sugestiva diferenciación entre el concepto de gasto y el concepto de inversión (10). Sin embargo, tampoco este estudio alude a los inconvenientes derivados de la posible extinción por confusión del crédito del nudo propietario y el usufructuario, pese a tratarse de una hipótesis nada remota cuando se trata de usufructos viudales por título sucesorio. TORRELLES TORREA, en su monografía sobre el usufructo de cosas consumibles en Derecho Común, aunque excluye en su análisis el usufructo de dinero, sí apunta al potencial conflicto entre el viudo usufructuario vitalicio y los nudo propietarios de dinero, aunque el único perjuicio que menciona para el nudo propietario es el habitualmente señalado por la doctrina de la depreciación del dinero, pues rige el principio nominalista y se trata de un usufructo de posible larga duración (11). Pero hay otro perjuicio incomparablemente más grave: el riesgo de extinción de la deuda al finalizar el usufructo, como consecuencia de las dificultades de configuración jurídica del objeto de este usufructo, el dinero.

Suele entenderse que el dinero, además de ser bien fungible e incluso el bien fungible por excelencia (12), es un bien consumible, pues su destino natural es, precisamente, el gasto, es decir, que por su uso conforme a su naturaleza desaparezca del patrimonio del usuario. No se trata de una destrucción física como en las demás cosas consumibles, sino de su circulación

(9) JORDANO BAREA, J., «El cuasi-usufructo como derecho de goce en cosa ajena», en *Anuario de Derecho Civil*, T. I (III), julio-septiembre de 1948, págs. 981-1023.

(10) MONSERRAT VALERO, A., «El usufructo de dinero y de algunas inversiones financieras», en *Actualidad Civil*, núm. 28, 13-19 de julio de 1992, págs. 421-441.

(11) Según TORRELLES TORREA, E., en un usufructo de dinero de larga duración, como el vitalicio del cónyuge, el principio nominalista «significará la restitución en su día de una cantidad que poca relación guardará con el interés adquisitivo que esa misma cantidad tenía cuando se recibió», por lo que propone que, de *lege ferenda*, se recoja el principio valorista (*El usufructo de cosas consumibles*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000, págs. 326-328).

(12) BONET CORREA, J., se refiere al dinero como el bien «de fungibilidad absoluta» («El dinero como bien jurídico», en *Estudios de Derecho Civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, Tomo IV, Pamplona, 1969, pág. 129). El mismo autor, en otro estudio, afirmó que en realidad el dinero no puede ser clasificado en la dicotomía que se establece para las cosas entre fungibles y no fungibles, pues su peculiar ultrafungibilidad lo hace distinto de los demás bienes fungibles (BONET CORREA, J., *Las deudas de dinero*, Civitas, 1.ª ed., 1981, pág. 242).

jurídico-económica (13), la llamada consumibilidad jurídica (14). Conforme a la construcción tradicional de BONET CORREA, la consumibilidad civil del dinero no consiste en una consumición por destrucción o transformación del objeto, sino tan sólo un cambio de titularidad a través del gasto, que se produce cuando del haber patrimonial se detrae una suma de dinero que entra en circulación, con consecuencias que se consideran de más interés para el economista que para el jurista (15).

No todos los autores coinciden por completo con este planteamiento mayoritario. Así, MONSERRAT VALERO propuso un concepto diferente de consumibilidad del artículo 337 del Código Civil, que no consiste en la mera salida del patrimonio, porque el dinero presenta particularidades propias que permitirían considerarlo como bien consumible o no consumible, según los casos. Según este autor, el dinero funcionaría como bien consumible cuando se gasta, porque entonces el uso sí implica destrucción, y como bien no consumible cuando se invierte, puesto que aquí se materializa en otras cosas que lo sustituyen y permanecen en el patrimonio con un valor económico. La conclusión de esta novedosa construcción jurídica en relación con el usufructo de dinero —el cual no tendría en realidad la consideración de cuasi usufructo—, sería que el usufructuario podría usarlo para obtener un rendimiento económico, es decir, sólo para invertirlo, pero no para gastarlo, y que el objeto de la inversión de la suma de dinero no sería propiedad del usufructuario, sino que éste tendría sobre él un derecho de usufructo, conservando la nuda propiedad el nudo propietario (16).

Sin embargo, esta interesante matización, que podría eliminar o reducir los graves inconvenientes que para el nudo propietario presenta el usufructo de dinero, no parece haber encontrado eco en la doctrina (17), para la cual, simplemente, el dinero es un bien consumible, sea cual sea el destino escogido de gasto o inversión.

Por lo tanto, si conforme al criterio mayoritario, el dinero es cosa consumible, el usufructo de una suma de dinero estaría regulado en Derecho Común en el artículo 482 del Código Civil, dentro del usufructo de cosas consumibles, cuyo tenor literal, que mantiene la redacción original del Código, es el siguiente:

«Si el usufructo comprendiera cosas que no se pueden usar sin consumirlas, el usufructuario tendrá derecho a servirse de ellas con obligación de pagar el

(13) Es cierto que en algún caso el propietario del dinero pueda proceder a su destrucción física, por ejemplo, quemando los billetes, pero evidentemente no se trataría de un uso conforme a su destino natural.

(14) JORDANO BAREA, J., *op. y loc. cit.*, pág. 1002.

(15) BONET CORREA, J., «Las deudas de dinero», *op. cit.*, pág. 243.

(16) MONSERRAT VALERO, A., *op. y loc. cit.*, págs. 429-432.

(17) Salvo, quizá, MARTÍNEZ DE BEDOYA, C., *op. y loc. cit.*, pág. 664.

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

El usufructo especial regulado en este precepto es el llamado cuasi usufructo, usufructo impropio o usufructo irregular, pues todas estas expresiones utiliza la doctrina con distintos matices para referirse a este concreto usufructo de problemática naturaleza y confuso régimen jurídico, dadas las dificultades de identificación con el usufructo en sentido estricto y la imposibilidad de aplicar toda la regulación jurídica de éste. Se trata de una figura oscura, por la dificultad de distinguir en este caso el *ius fruendi* del *ius abutendi* y por los problemas derivados del conflicto con la regla del *salva rerum substantia*. Todo ello induce incluso a dudar si en efecto se trata de un derecho de usufructo, o bien de una figura de distinta naturaleza, como otro tipo de derecho real sobre cosa ajena, un usufructo ordinario con facultad de disposición que exima de acreditar la necesidad, o algún tipo de propiedad limitada, e incluso si puede calificarse como préstamo mutuo o hasta de un fideicomiso de residuo, si procede por vía hereditaria, o de una propiedad fiduciaria. La espinosa construcción jurídica impone que al usufructo de cosas consumibles le sean aplicables en cierta medida las reglas del usufructo, pero también a la vez, paradójicamente, las de los derechos de obligaciones; la coexistencia de regímenes tan distintos ocasiona las consiguientes complicaciones interpretativas de toda índole.

Ante la ausencia de jurisprudencia de interés del Tribunal Supremo, los autores se limitan a análisis estrictamente teóricos, tanto sobre el usufructo de cosas consumibles, en general, como respecto del supuesto concreto del usufructo de dinero. La reciente jurisprudencia menor sobre esta última figura no ha sido recogida aún por la doctrina.

La principal cuestión en el usufructo de cosas consumibles es si la propiedad de la cosa usufrutuada se transmite al usufructuario, algo que resultaría inconcebible en un usufructo común por incompatibilidad con la propia naturaleza de los derechos de goce sobre cosa ajena. Más exactamente, el debate parece centrarse, no tanto en si en efecto la propiedad de la cosa usufrutuada se transfiere al usufructuario, sino sobre el momento en que se produce esa transmisión de la propiedad al usufructuario (18). Si bien algún autor discrepante defiende que el usufructuario no adquiere la propiedad de las cosas consumibles (19), el criterio general es que la propiedad de la cosa consumible

(18) Algunos autores dan por sentado esa transmisión de propiedad, y no matizan en qué momento se efectúa. Por ejemplo, vid. O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Código Civil comentado y con jurisprudencia*, La Ley, 4.ª ed., Madrid, mayo de 2004, pág. 513.

(19) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, 2.ª ed., Madrid, 1986, pág. 273.

usufructuada sí se transmite al usufructuario, aunque no se trata de una opinión exenta de críticas, como la de TORRELLES TORREA (20), en su amplio análisis del panorama doctrinal en la materia. En cuanto al caso concreto del dinero, ya se ha hecho mención a la voz aislada de MONSERRAT VALERO, según el cual el usufructuario de una suma de dinero no adquiere la propiedad de forma que le esté permitido gastarlo, en sentido estricto, como contrapuesto a inversión, sino que debe invertirlo, de forma que el nudo propietario devenga nudo propietario del objeto de la inversión y el usufructuario obtenga los rendimientos que produzca dicho objeto (21). Ahora bien, lo cierto es que la doctrina más generalizada no comparte estos planteamientos críticos, ni hasta la fecha se ven reflejados en jurisprudencia alguna, ni siquiera menor.

La discusión doctrinal sobre la transmisión de la propiedad al usufructuario se circunscribe, entonces, a cuándo es adquirida. Sobre este punto existen dos grandes sectores doctrinales clásicos: si la adquisición de la propiedad por el usufructuario se efectúa desde el momento de la constitución del usufructo, o bien sólo desde la consumición o consumo de la cosa consumible por el usufructuario (22). Seguir un criterio u otro da lugar a consecuencias de gran trascendencia desde varios puntos de vista, tales como el problema de los riesgos de la cosa o su reivindicabilidad. Ahora bien, en el caso concreto del dinero, se acepte uno u otro criterio respecto del momento en el que el usufructuario adquiere la propiedad, ese planteamiento excluiría la aplicación de la regla de los usufructos sobre la subrogación real, al tratarse antes o después de un mero derecho de crédito, bien sea desde el momento de constituirse el usufructo, o bien desde que se efectúa el desembolso. Así pues, la salida del dinero del patrimonio del deudor, incluso con simultánea entrada de otro bien, no tendría como consecuencia que se entendiera sustituido como objeto usufructuado el capital por el bien adquirido con él; simplemente, existiría una obligación de restitución de la misma suma usufructuada, o de su equivalente conforme a la inflación si se sigue la teoría valorista o es de aplicar legal o convencionalmente una cláusula de estabilización.

La opinión tradicional es la hoy encabezada por ALBALADEJO y compartida por un sector doctrinal (23). Según ALBALADEJO (24), el usufructuario adquiere la propiedad de los bienes consumibles desde el momento de la entrega de

(20) TORRELLES TORREA, E., *op. cit.*, págs. 196-266.

(21) MONSERRAT VALERO, A., *op. y loc. cit.*, pág. 436.

(22) Para un resumen de los dos criterios doctrinales y los autores que siguen uno u otro, vid. TORRELLES TORREA, E., *op. cit.*, págs. 197-232.

(23) Por ejemplo, PUIG BRUTAU, J., parece seguir esta opinión al afirmar que «*el llamado usufructuario adquiere la propiedad de la cosa y puede consumirla*» (*Compendio de Derecho Civil*, vol. III, Bosch, 1.^a ed., Barcelona, 1989, pág. 265).

(24) ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil*, III-vol. 2.º, Bosch, 6.^a ed., Madrid, 1989, págs. 70-72.

la cosa, y el «*mal llamado nudo propietario*» es simple acreedor, y consiguientemente el usufructuario mero deudor, desde el momento inicial. Si las cosas se dieron estimadas, habrá obligación de devolver el avalúo en que se estimaron, y el acreedor podrá negarse a recibir las mismas cosas dadas u otro tanto de otras y exigir su valor; si se dieron sin estimar, el deudor queda obligado, a su elección, a restituir otro tanto o lo mismo recibido o su precio corriente al cesar el usufructo.

Muy distinto criterio es el sostenido por JORDANO BAREA, quien afirma que el nudo propietario mantiene la propiedad de la cosa después que es entregada y continúa siéndolo hasta que la cosa es consumida por el usufructuario, momento en el que desaparece el derecho de usufructo, el derecho de propiedad pasa a convertirse en derecho de crédito y el derecho de goce se transforma en obligación de devolución del *tantumdem*. Se apoya JORDANO BAREA, entre otros argumentos, en que el Código Civil no indica de forma expresa que se transmita la propiedad por la entrega, a diferencia de lo que de modo terminante sí dispone para el mutuo, sino que habla de un simple derecho a servirse de la cosa, paralelamente a lo que se dice a propósito de las cosas deteriorables que nadie duda que permanecen en la propiedad ajena (25). De esta segunda postura doctrinal, en su momento novedosa y quizá hoy predominante, se desprende que, como consumir la cosa es una facultad del usufructuario y no una obligación, mientras la cosa no se consuma existirá obligación de devolución de la misma cosa recibida (en tanto que seguiría siendo del nudo propietario hasta la consumición), y no del *tantumdem*.

DÍEZ-PICAZO y GULLÓN comparten el planteamiento de JORDANO BAREA sobre el usufructo de cosas consumibles en el sentido de que no hay transmisión de la propiedad, sino un verdadero usufructo sobre cosa ajena aunque se conceda al usufructuario el *ius abutendi*. Ahora bien, introducen una importante matización, que, entre otros supuestos, afecta precisamente al caso concreto del dinero: que habrá pérdida de la propiedad con la consumición por el usufructuario «*o bien cuando se confunden las cosas objeto de usufructo en su patrimonio sin posibilidad de individualización (v.gr., dinero), naciendo entonces un derecho de crédito a favor del que fue propietario*» (26). Así pues, incluso para autores tan relevantes dentro de este segundo sector doctrinal como DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, el dinero constituiría una excepción a la regla general de que la cosa usufructuada sólo pasa a propiedad del usufructuario al consumirla, y por lo tanto esa transmisión del dinero se debería entender efectuada en el momento mismo de constitución del usufructo.

(25) JORDANO BAREA, J., *op. y loc. cit.*, págs. 981 y 1006.

(26) DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, 5.ª ed., Tecnos, Madrid, 1995, pág. 421.

En conclusión, resulta indiferente que se siga una u otra teoría en el caso concreto del dinero, aunque pueda no serlo para el resto de cosas consumibles. Si se siguiera la opinión de ALBALADEJO, el dinero pasaría a ser propiedad del usufructuario desde la constitución del usufructo, pero también ocurriría lo mismo si se aceptara el segundo criterio doctrinal en los términos propuestos por autores de tan incuestionable peso como Díez-PICAZO y GULLÓN, si bien es cierto que esta última opinión sobre el dinero usufructuado no es compartida por todos los autores que siguen a JORDANO BAREA. En cualquier caso, es pacífico que el derecho de propiedad es sustituido por el de crédito al menos desde la consumición.

Otro punto de debate doctrinal sobre el que existen muy variados criterios es si el nudo propietario, que se encuentra en una posición débil frente a la pérdida de la cosa consumible usufructuada y el riesgo de insolvencia del usufructuario, puede ejercer algún tipo de control total o parcial sobre el manejo de las cosas usufructuadas. Es una cuestión de enorme trascendencia práctica, en especial en el caso del dinero, y vinculada con la determinación de cuáles sean aquellas reglas del usufructo efectivamente aplicables al usufructo de cosas consumibles. A grandes rasgos, la solución propuesta suele coincidir con el criterio sustentado respecto del momento de la transmisión de la propiedad al usufructuario. Así ALBALADEJO es muy tajante al rechazar esa posibilidad, al afirmar que *«el cuasiusufructuario, siendo dueño de la cosa desde que la recibe, puede consumirla, enajenarla o darle el destino que le plazca»* (27).

MONSERRAT VALERO, en cambio, defiende que el usufructuario de dinero, aun prestando fianza, no sólo no podría simplemente gastarlo, sino que tampoco tendría libertad absoluta para decidir el objeto de la inversión, siempre que se admita como punto de partida que no es un cuasiusufructuario (28). El problema es que esta opinión, quizá razonable desde el punto de vista de justicia material, no ha encontrado acogida en la doctrina civilista, la cual opina mayoritariamente que el usufructuario, como propietario, es libre de decidir el destino de la cosa consumible a su arbitrio. La cuestión si el destino del dinero depende sólo del usufructuario no admite cómodamente otra solución distinta a la mencionada incluso si se considera que la propiedad sólo se transmite en el momento de la consumición y que hasta entonces se trata de un verdadero usufructo. En un usufructo ordinario, si se sigue la interpretación de MALUQUER DE MOTES, hay que distinguir entre forma (estado, manifestación exterior o característica de la cosa), sustancia (identidad del objeto) y destino (utilidad que se obtiene de la cosa), y *«no existe ninguna norma del Código que obligue al usufructuario a respetar el destino de la*

(27) ALBALADEJO GARCÍA, M., *op. cit.*, pág. 72.

(28) MONSERRAT VALERO, A., *op. y loc. cit.*, pág. 438.

cosa» salvo que se haya establecido así en el título constitutivo (29). Puesto que la utilidad del dinero, o sea, su destino, se obtiene tanto por gasto como por inversión y en ambos casos se requiere la salida del patrimonio, difícilmente sería posible evitar el usufructuario quien adopte las decisiones sobre el destino del dinero por sí solo.

Según DORAL, en el usufructo de cosas consumibles no tienen aplicación inmediata las reglas del usufructo en el Código Civil derivadas del *salva rerum substantia*, extremo en lo que coincide con la mayoría de la doctrina, y, en general, las relativas a la extinción por pérdida de la cosa gravada y, si se entiende que el usufructuario es dueño de la cosa desde que la recibe, no tienen aplicación los artículos 467 (obligación para el usufructuario de salvar la forma y sustancia), 497 (obligación de cuidar la cosa usufructuada como un buen padre de familia), y 522 (devolución de la cosa al término del usufructo con derecho de retención por desembolsos que deban ser reintegrados y cancelación de fianza e hipoteca) (30).

Sin embargo, DORAL no menciona expresamente entre las reglas del usufructo la del artículo 494 del Código Civil, sea para considerarla aplicable o inaplicable al supuesto de cosas consumibles. Este extenso precepto, relativo al supuesto de ausencia de fianza, que será el más habitual en los usufructos viudales, dispone lo siguiente:

«No prestando el usufructuario fianza en los casos en que deba darla, podrá el propietario exigir que los inmuebles se pongan en administración, que los muebles se vendan, que los efectos públicos, títulos de crédito nominativos o al portador se conviertan en inscripciones o se depositen en un Banco o establecimiento público, y que los capitales o sumas en metálico y el precio de la enajenación de los bienes muebles se inviertan en valores seguros.

El interés del precio de las cosas muebles y de los efectos públicos y valores, y los productos de los bienes puestos en administración, pertenecen al usufructuario.

También podrá el propietario, si lo prefiere, mientras el usufructuario no preste fianza o quede dispensado de ella, retener en su poder los bienes del usufructo en calidad de administrador, y con la obligación de entregar al usufructuario su producto líquido, deducida la suma que por dicha administración se convenga o judicialmente se le señale».

Es discutible la interpretación del artículo 494 del Código Civil y su aplicabilidad total o parcial al usufructo de cosas consumibles y, en concreto, al dinero. Lo cierto es que el primer párrafo contiene una referencia expresa al caso de que el usufructo consista en «*capitales o sumas de dinero*» y no preste el «*usufructuario la fianza en los casos en que deba darla*», de modo

(29) MALUQUER DE MOTES, C. J., *Los conceptos de «sustancia», «forma» y «destino» de las cosas en el Código Civil*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1992, págs. 184-185.

(30) DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A., *op. cit.*, pág. 309.

que se permite al «propietario» exigir que se inviertan en valores seguros. Sin ánimo de polémica, quizá se trate de un dato que permitiría exceptuar al dinero del régimen general de transmisión de la propiedad en caso de usufructo de bienes consumibles del artículo 482 del Código Civil, o al menos para considerar más adecuada la teoría de la transmisión de la propiedad en el momento de la consumición. Es la única vez que el Código Civil menciona el usufructo de un dinero que no procede de enajenación previa de otros bienes usufructuados (31), y lo hace, precisamente, para considerar que hay un «usufructuario» y un «propietario», y aclarar, en segundo párrafo, que el usufructuario sólo tiene derecho a «los productos de los bienes puestos en administración», confusa expresión que no permite deducir, en el caso del dinero, si se trata sólo del interés o de otros conceptos como rendimientos o plusvalías. En todo caso, ese primer párrafo del artículo 494, que según DORAL contiene «la medida de convertir el usufructo de dinero en usufructo de un crédito», sólo sería aplicable al caso concreto de que el usufructuario no preste la fianza «en los casos en que deba darla» (32) y esa circunstancia rara vez concurrirá en los usufructos vituales, generalmente exceptuados.

En cuanto al último párrafo del artículo 494, el caso es distinto. Se establece un derecho de retención a favor del propietario, «si lo prefiere», cuando el usufructo o preste fianza «o quede dispensada de ella», para retener en su poder los bienes del usufructo en calidad de administrador, entregando el producto líquido al usufructuario, deducido el premio de administración. Aquí el usufructo vital está incluido, puesto que se aplica este párrafo incluso si media una dispensa de fianza. Sin embargo, al igual que el resto del artículo 494, es más que dudoso hasta qué punto sería aplicable si se considera que no hay tal usufructuario ni nudo propietario, sino un simple deudor y un simple acreedor conforme a la doctrina de la transmisión de la propiedad, es decir, en el caso de las cosas consumibles.

Se aprecia un claro paralelismo entre los artículos 494 y 520 (33) del Código Civil. El primer precepto dispone que la cosa usufructuada se ponga en administración del propietario cuando no exista fianza, a cambio de pagar el producto líquido menos la suma que por administración se señale, y el último artículo permite al nudo propietario exigir que se le entregue la cosa usufructuada por abuso del usufructuario que le causara considerable per-

(31) Los artículos 507 y 519 del Código Civil también se refieren a dinero, pero de lo que se trata es del dinero resultante de la realización del crédito vencido, en el primer precepto, y de expropiación de la cosa usufructuada, en el segundo. No se trata, pues, del mismo caso que si inicialmente el objeto usufructuado es dinero.

(32) DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A., *op. cit.*, pág. 415.

(33) «El usufructo no se extingue por el mal uso de la cosa usufructuada; pero si el abuso infiriese considerable perjuicio al propietario, podrá éste pedir que se le entregue la cosa, obligándose a pagar anualmente al usufructuario el producto líquido de la misma, después de deducir gastos y el premio que se le asignare por su administración».

juicio, a cambio de abonar el producto líquido al que se descuentan el premio de administración y los gastos. En un caso se parte de la ausencia de fianza, y en el otro del abuso del usufructuario con perjuicio para el nudo propietario, y el mecanismo de defensa a favor de éste es muy similar en ambos preceptos: básicamente, se le entrega la administración, y queda obligado a abonar el producto líquido menos ciertas deducciones. Por tanto, podría ser ilustrativa sobre la aplicación del artículo 494 al caso concreto del usufructo de dinero la dada por la doctrina al artículo 520 en relación con el mismo extremo.

Ahora bien, tampoco el artículo 520 del Código Civil es de incuestionable aplicación al usufructo de cosas consumibles. En su escueta referencia a las reglas del usufructo aplicables al usufructo de cosas consumibles, DORAL sólo menciona dos artículos del Código Civil: el 470, sobre el ámbito de autonomía, y el 520. Este precepto se aplicaría en caso de *«uso anormal del disfrute»*, si bien *«de prevalecer la tesis de que la propiedad se traslada al usufructuario por consumición o desde la entrega, este artículo no sería aplicable, aunque por aplicación directa cabría la doctrina del abuso del derecho en el ejercicio de la propiedad adquirida, llegando, por esa vía, a la misma solución»* (34). Habrá que tener en cuenta esta última afirmación de DORAL, al examinar la jurisprudencia menor, pues la doctrina del abuso de derecho ha sido objeto de alegación en algún procedimiento sobre usufructo de dinero. En cualquier caso, la opinión de que al usufructo de cosas consumibles debe aplicarse el artículo 520 sólo aparece, salvo error, en DORAL, quien, sin embargo, omite el artículo 494 entre los aplicables a estos usufructos, pese a la semejanza de ambos preceptos.

También existe cierto paralelismo entre los artículos 494 y 520 del Código Civil y el artículo 507 (35), referente al destino del dinero cobrado por el usufructuario de un crédito. Ese capital realizado pasa a formar parte del patrimonio del usufructuario y debe ser restituido al nudo propietario a la extinción del usufructo, por lo que se establece un mecanismo de protección al nudo propietario, según se haya prestado o no fianza, o si la prestada no es suficiente. El usufructuario con fianza, según el artículo 507, *«podrá dar al capital que realice el destino que tenga por conveniente»*, pero si no la ha prestado *«deberá poner a interés dicho capital de acuerdo con el propietario; a falta de acuerdo entre ambos, con autorización judicial; y, en todo caso, con las garantías*

(34) DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A., *op. cit.*, pág. 309.

(35) *«El usufructuario podrá reclamar por sí los créditos vencidos que formen parte del usufructo si tuviese dada o diere la fianza correspondiente. Si estuviese dispensado de prestar fianza o no hubiese podido constituirla, o la constituida no fuese suficiente, necesitará autorización del propietario, o del Juez en su defecto, para cobrar dichos créditos. El usufructuario con fianza podrá dar al capital que realice el destino que estime conveniente. El usufructuario sin fianza deberá poner a interés dicho capital de acuerdo con el propietario; a falta de acuerdo entre ambos, con autorización judicial; y, en todo caso, con las garantías suficientes para mantener la integridad del capital usufructuado»*.

suficientes para mantener la integridad del capital usufructuado». Ahora bien, puesto que el usufructo de dinero no se asimila doctrinalmente al usufructo de un crédito, no se aplicarían las disposiciones protectoras del nudo propietario del artículo 507 del Código Civil. Si este artículo fuera de aplicación al caso del usufructo de dinero siquiera por analogía, se evitarían la mayor parte de los inconvenientes de este usufructo, aunque persistiera la dificultad sobre la propiedad de la cosa. Objetivamente no se aprecia una verdadera razón de justicia material que explique que el legislador permita al nudo propietario proteger la integridad del dinero usufructuado que provenga de la realización de un crédito previo, cuando ese cobro es incierto por depender tanto de la voluntad del usufructuario como de contingencias externas, y que sin embargo impida esa protección cuando se trate de dinero usufructuado desde el momento en que se constituyó el usufructo y que por tanto ya consta en el patrimonio; el perjuicio es mayor en el segundo caso que en el primero. Sin embargo, lo cierto es que de *lege data*, ello no parece posible ni ha encontrado acogida en la doctrina (36).

En cuanto a si existe o no obligación del usufructuario de cosa consumible de prestar algún tipo de garantía o caución, parece existir coincidencia en el sentido de que habrán de aplicarse al usufructuario las reglas generales del usufructo. Por tanto, no procederá si el usufructuario ha sido dispensado legal o convencionalmente de fianza. En el caso del viudo, al menos respecto de la cuota viudal usufructuaria, según el artículo 492 del Código Civil en su redacción actual, está exento de fianza mientras no contraiga ulterior matrimonio, dispensa que suele considerarse como imperativa. En cuanto al resto de patrimonio usufructuado si existe usufructo universal con *cautela Socini*, la práctica habitual incluye la dispensa de fianza en los testamentos, en atención a la confianza que el usufructuario merece al testador. En este caso, podría discutirse si en efecto la dispensa es válida en cuanto a cualquier porción que exceda de la cuota legal usufructuaria, en tanto que se trataría de una dispensa voluntaria efectuada en el título testamentario constitutivo, no por ley, y, como tal, sólo admisible si en efecto «*de ello no resultare perjuicio para nadie*», conforme al artículo 493 del Código Civil.

Finalmente, como ya se ha indicado, la doctrina suele resaltar los inconvenientes que para el nudo propietario derivan de la depreciación monetaria provocada por el fenómeno de la inflación, según se considere o no que la cosa usufructuada, el dinero en este caso, se ha entregado estimada (primer inciso del art. 482 del Código Civil) o no estimada (segundo inciso). Este menoscabo patrimonial del usufructuario por la pérdida del poder adquisitivo del dinero es tan innegable como frecuente. Puesto que las reglas del usufructo son dispositivas, podría establecerse de forma voluntaria un régimen de

(36) Como excepción, MONSERRAT VALERO, A., *op. y loc. cit.*, pág. 437.

actualización en el título constitutivo del usufructo para preservar el poder adquisitivo del nudo propietario, pero no suele hacerse así en los usufructos testamentarios, ni está previsto en la ley una cláusula de estabilización para los *abintestato*, ni según la doctrina es la regla legal en materia de deudas de dinero.

En cualquier caso, esta pérdida económica provocada por la inaplicación de un criterio valorista, con ser grave, sobre todo en usufructos de larga duración como los vitalicios, no puede considerarse en modo alguno el principal perjuicio para el nudo propietario. Mucho más perjudicial es la interpretación según la cual la propiedad del dinero se transmite al usufructuario, si simultáneamente se considera que éste también goza de la facultad de gestionar a su arbitrio ese capital sin otorgar garantías, en tanto que la obligación de devolución queda condicionada a la buena fe del usufructuario y, en definitiva, a su solvencia o la de sus herederos. Pero lo verdaderamente lesivo es una consecuencia de aplicar al usufructo de dinero el régimen de las obligaciones, incluyendo las reglas de extinción: la posibilidad efectiva de que desaparezca por confusión la propia obligación de devolver la totalidad de la suma entregada. Malo es que en un usufructo de larga duración el dinero se deprecie en perjuicio del nudo propietario, o que el usufructuario o sus herederos sean insolventes, pero peor aún que la propia deuda se extinga por propia imposición legal. Y ello puede ocurrir con toda facilidad en los usufructos vitalicios del viudo.

Son tan delicados los problemas de adaptación del régimen general usufructo de cosas consumibles, ya de por sí complejo, al caso concreto del dinero, que con razón TORRELLES TORREA sugirió que, de *lege ferenda*, se introdujera un segundo párrafo en el artículo 482 del Código Civil con una regulación específica del usufructo de dinero en términos que no llega a concretar salvo en la posible incorporación del principio valorista (37). Hasta la fecha no ha prosperado esta propuesta en Derecho Común. Sin embargo, en Derecho catalán sí se ha aprobado en los últimos años una regulación específica, francamente acertada, y otro tanto ha sucedido en Derecho aragonés, si bien limitada al usufructo viudal aragonés y quizá con menor acierto. La inexistencia de norma específica en el Código Civil sobre el usufructo de dinero y las consiguientes dificultades teóricas y prácticas en Derecho Común contrastan intensamente con la claridad de la reciente normativa catalana, que soluciona casi todos los problemas prácticos.

En Cataluña, el usufructo de dinero fue objeto de regulación específica por vez primera por Ley 13/2000, cuyo Preámbulo indicaba que se procedía a reglamentarlo porque «*cabe esperar que sea cada vez más frecuente el uso de esta institución*». La Ley 5/2006, por la que se aprobaba el Libro Quinto del Código Civil de Cataluña, modificó esa regulación inicial por motivos,

(37) TORRELLES TORREA, E., *op. cit.*, pág. 326.

explica el Preámbulo de esta segunda Ley, de «*mejora técnica*» respecto de la normativa anterior. Por tanto, en la actualidad, la regulación está contenida en el artículo 561-32 del Código Civil catalán, dentro de la Sección V, «*Usufructo de dinero y de participaciones en fondos de inversión y en otros instrumentos de inversión colectiva*», del Capítulo I «*El derecho de usufructo*» del Título VI, «*De los derechos reales limitados*». A partir de la Ley catalana 13/2000, no sólo se eliminan las dudas interpretativas derivadas de la falta de regulación expresa, sino que se corrige la dificultad derivada de la pérdida de control por el nudo propietario, con riesgo efectivo de pérdida para el nudo propietario. Tanto la versión derogada del artículo 561-33 del Código Civil catalán como, especialmente, la vigente, parecen inspirarse en el artículo 507 del Código Civil común sobre régimen del usufructo de créditos, aunque no lo mencionen los respectivos preámbulos de la Ley 13/2000 y la Ley 5/2006.

El vigente artículo 561-33 de la ley catalana dispone lo siguiente:

«Artículo 561-33. El usufructo de dinero

- 1. Los usufructuarios de dinero tienen derecho a los intereses y a los demás rendimientos que produce el capital.*
- 2. Los usufructuarios que han prestado garantía suficiente pueden dar al capital el destino que estimen conveniente. En caso contrario, deben poner el capital a interés en condiciones que garanticen su integridad».*

La regulación es distinta de la de los demás usufructos y del cuasi usufructo en Derecho catalán, y, al igual que en Derecho Común, puramente dispositiva. Conforme al artículo 561-32 del mismo Código Civil de Cataluña, los usufructos de dinero se rigen, en primer término, por el título de constitución y por los acuerdos entre los usufructuarios y los nudos propietarios y, en defecto de título y acuerdos, por las disposiciones de ese capítulo, que es el del derecho de usufructo. Un inconveniente que no ha quedado resuelto es el de la aplicación del principio nominalista, si bien sorprendentemente ello se debe a una elección legislativa deliberada, pues la derogada versión de la Ley catalana 13/2000 sí preveía la obligación del usufructuario en el 26.2 de devolver la cantidad de dinero «*equivalente al capital usufructuado*», y ese inciso fue suprimido por la Ley catalana 5/2006 (38).

La regulación actual es menos extensa y detenida, y quizá en parte menos acertada que la original de la Ley catalana 13/2000, que era del siguiente tenor:

«Artículo 26. El usufructo de dinero

- 1. En el usufructo de dinero, el usufructuario tiene derecho a los rendimientos que produce un capital en dinero.*

(38) AGUSTÍN TORRES, C., *El usufructo de dinero o de participaciones en fondos de inversión*, Ponència a les XIV Jornades de Dret Català a Tossa, <http://civil.udg.es/tossa/2006/textos/pon/4/cat.htm>.

2. Si el usufructuario ha constituido fianza, puede dar al capital la destinación que considere conveniente y tiene la obligación de devolver la cantidad de dinero equivalente a este capital al extinguirse el usufructo.

3. Si el usufructuario está eximido de constituir fianza o no la puede constituir, debe poner el capital a interés con el acuerdo del nudo propietario o, si falta el acuerdo, con autorización judicial; y, en cualquier caso, con las garantías suficientes para mantener la integridad del capital objeto de usufructo.

4. La titularidad del capital objeto del usufructo corresponde al nudo propietario en todos los casos».

En Derecho catalán el usufructo de dinero sí puede considerarse un verdadero usufructo, mientras que por la insuficiencia legislativa en Derecho Común sólo encaja en el molde del usufructo violentando por completo ese derecho real de goce sobre cosa ajena, hasta el punto de que deja de serlo y se convierte en derecho de crédito. Es cierto que la derogación por Ley 5/2006 del transcrito artículo 26.4 deja abierta la puerta para que de nuevo se plantee la posibilidad de que el nudo propietario pierda la propiedad del dinero, bien en el momento de constitución del usufructo o bien en el momento de la consumición, y que en realidad el derecho del usufructuario no constituya un derecho de goce sobre cosa ajena. En efecto, la Ley 5/2006 eliminó el significativo antiguo apartado 4 del artículo 26 de la Ley 13/2000, según el cual: «*La titularidad del capital objeto del usufructo corresponde al nudo propietario en todos los casos*». Este explícito tenor literal podría incluso haber ostentado carácter imperativo, a diferencia de dispositivo del resto de regulación sobre usufructo de dinero. El propósito del legislador original podría haber sido el de privar definitivamente de apoyo normativo a las opiniones doctrinales sobre la transmisión de la propiedad al usufructuario, pues según este derogado artículo 26.4, el usufructuario no pasaría a ser propietario ni en el momento de la constitución del usufructo, ni en el de la consumición de la cosa; el nudo propietario «*en todos los casos*» ostentaría la «*titularidad*». El término «*titularidad*» pertenece más al ámbito bancario que al civil, y no coincide siempre con el de «*propiedad*», puesto que, por ejemplo, es posible que dos personas sean «*cotitulares*» de una cuenta corriente sin que necesariamente el dinero sea propiedad por mitad de ambas; quizá habría sido más adecuado utilizar otra expresión, aunque parece claro que se ha utilizado pensando en la práctica bancaria. En todo caso, de la versión vigente, parece deducirse que es posible conceder el carácter de dueño al usufructuario en el título constitutivo del usufructo (algo que en Derecho Común también podría ser admisible), pero de nuevo surge la duda sobre qué debe interpretarse cuando el título nada indica al respecto.

AGUSTÍN TORRES sostiene que se eliminó este apartado 4 porque en los supuestos de usufructo con prestación de garantía podría conducir a dificultades de interpretación en orden a la amplia facultad dispositiva en forma de consu-

mo o inversión que se le concede al usufructuario (39). Esta supresión, a mi juicio, no constituye un acierto, ni una verdadera «*mejora técnica*» como era la pretensión de la Ley 5/2006. Quizá se trate sólo de que el legislador catalán entendió que se había excedido al proteger los derechos del nudo propietario en todos aquellos extremos sobre cuya lesión la doctrina tantas veces había alertado, y ha rectificado retrocediendo a un punto intermedio. Ahora bien, incluso si en efecto en algún caso el usufructuario pudiera pasar a ser propietario, aunque persistirían los inconvenientes de la reivindicabilidad, posibilidad de compensación de deudas y demás derivados de la transmisión de propiedad y sustitución por derecho de crédito, desaparecería en principio el riesgo de pérdida del dinero por el uso unilateral. Si «*Los usufructuarios que han prestado garantía suficiente pueden dar al capital el destino que estimen conveniente*», pero «*En caso contrario, deben poner el capital a interés en condiciones que garanticen su integridad*», no concurriría ese riesgo de pérdida del capital. No obstante, es paradójico que si conforme al título resulta que el usufructuario pasa a ser titular del dinero, deba estar limitado en cuando al destino de lo que es suyo, o bien deba garantizar la integridad de éste a favor de quien, como nudo propietario, es un simple acreedor. En cualquier caso, con la normativa catalana actual o con la derogada, la situación del nudo propietario de dinero en Cataluña desde el año 2000 es incomparablemente mejor que en Derecho Común. Si en Derecho Común se dispusiera de una regulación similar a la catalana, especialmente de la derogada, ni siquiera habría lugar a plantearse la posible pérdida de la legítima en caso de usufructo vidual universal.

3. EL USUFRUCTO DE DINERO EN LA JURISPRUDENCIA

No constan sentencias del Tribunal Supremo que aborden el usufructo de dinero (40). Ahora bien, la jurisprudencia menor ha empezado recientemente a pronunciarse sobre esta figura jurídica, y un sector significativo declara que el usufructuario puede disponer de forma ilimitada del dinero objeto de usufructo y manejarlo sin concertar su destino con el nudo propietario, ni rendirle

(39) AGUSTÍN TORRES, C., *op. y loc. cit.*

(40) En la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 17 de mayo de 2002 [ARANZADI RJ 2002/8574], se menciona una sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de diciembre de 1964, que se dice citada por el Notario que interponía el recurso gubernativo en los siguientes términos: «*Que el dinero es una cosa que no se puede usar sin ser consumida, por lo que el usufructo sobre el dinero se rige por lo dispuesto en el artículo 482 del Código Civil, por lo que el usufructuario se convierte en propietario de la cosa (sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de diciembre de 1964) y deudor de la cantidad recibida, que deberá pagar al propietario al terminar el usufructo, sin tenerse en cuenta las devaluaciones monetarias*». No ha sido posible localizar esta sentencia ni en la Colección Legislativa ni en el repertorio de Aranzadi, ni consta que haya sido citada por la doctrina, por lo que parece que se trata de una cita errónea.

cuentas, ni prestar fianza, salvo que el propio título constitutivo la exija. Es esta corriente de la jurisprudencia menor, que desampara enteramente al nudo propietario, la que ha sugerido la redacción del presente trabajo, al constatarse los efectos perversos que se derivan de este criterio en la realidad cotidiana de los testamentos con usufructo viual universal. Se podrá o no discrepar de esa jurisprudencia menor, pero no puede soslayarse su existencia, pues de ella se desprende que en la práctica el concepto de usufructo de dinero no garantiza actualmente la intangibilidad de la legítima.

Como no existe jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el usufructo de dinero, habrá que examinar la que por dicho Tribunal se ha dictado sobre usufructo de cosas consumibles en Derecho Común, por si fuera posible deducir criterios para el caso concreto del dinero. Recuérdese que el dinero suele considerarse cosa consumible, y que no está admitida por la doctrina la distinción propuesta entre dinero como cosa consumible si se gasta (y por tanto desaparece del patrimonio sin ser sustituido por otro bien), y como no consumible si se invierte (y por tanto da lugar a la entrada en el patrimonio de otro bien).

El usufructo de cosas consumibles regulado en el artículo 482 del Código Civil ha dado lugar a escasísimas sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo, y ninguna de verdadero interés. Salvo error, únicamente a dos, la de 19 de enero de 1962 (Ponente: BONET RAMÓN), primera que se pronuncia sobre la admisibilidad de este tipo de usufructo, y la de 20 de julio de 1989 (Ponente: LÓPEZ VILAS); en ninguna de las dos sentencias aparece una argumentación detenida sobre la naturaleza jurídica del usufructo de cosas consumibles, sus efectos jurídicos o los derechos y obligaciones de las partes. DORAL alude a otra sentencia, de 20 de noviembre de 1964, la cual contendría el criterio de que «*en el usufructo de cosa consumible se otorga al usufructuario una titularidad de disposición, esto es, la propiedad misma*» (41); sin embargo, no ha sido posible localizarla ni en la Colección Legislativa ni en el repertorio de Aranzadi, y, dada la coincidencia con el tenor literal de un Acuerdo del Tribunal Económico-Administrativo Central de idéntica fecha mencionado por el propio autor pocas páginas antes (42), parece tratarse de una errata.

La sentencia de 19 de enero de 1962 (Ponente: BONET RAMÓN) apenas contiene la escueta afirmación, como *obiter dicta*, de que los usufructos de cosas consumibles, calificados de «*hipótesis excepcionales*», son admitidos por nuestro Derecho:

«Considerando que asimismo carece de consistencia el motivo tercero en cuanto denuncia la violación del artículo 467 del Código Civil, inspirado en la

(41) DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A., *op. cit.*, pág. 309.

(42) DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A., *op. cit.*, pág. 299.

definición clásica del usufructo como jus alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia con la salvedad de que la ley o la voluntad de las partes puedan modificar el principio legal de no poder alterarse la forma o sustancia de la cosa, respondiendo, respectivamente, al respecto de la voluntad de los constituyentes, que pueden llegar a dispensar en el título constitutivo de la obligación de conservar la forma y substancia de la cosa usufructuada (usufructo de disposición) y a salvar hipótesis excepcionales de usufructos constituidos en cosas muebles consumibles o en ciertos inmuebles como las minas, siendo equivalente la obligación de conservar la substancia en los casos ordinarios a la prohibición de destruirla o consumirla parcial o totalmente, aunque se extienda también a aquellos actos que destruyan o alteren condiciones no substanciales de la cosa, cuando primordialmente se haya tenido en cuenta al constituir el usufructo».

Quizá de más interés resulta la sentencia de 20 de julio de 1989 (Ponente: LÓPEZ VILAS). El pleito versaba sobre el riesgo de la cosa en relación con ciertos bienes aportados a una sociedad, y se debatía la interpretación de varios artículos del Código Civil: el 482 (el específico sobre usufructo de cosas consumibles), el 499 (usufructo de cabezas de ganado) y el 1.687.2 (riesgo de las cosas fungibles o no fungibles aportadas a la sociedad). El Tribunal declara que la cosa perece para la sociedad a la que se habían aportado los bienes, en los siguientes términos:

«Partiendo de la base de que el ganado aportado por el hoy recurrente a la sociedad fue valorado, la norma aplicable es sin duda el último inciso del citado artículo 1.687 del Código Civil, según el cual, a falta de pacto expreso, será de la sociedad el riesgo de las cosas —fungibles o no fungibles— aportadas con estimación hecha en el inventario, y en este caso la reclamación se limitará al precio en que fueron tasada. En los supuesto en que dicho precepto hace correr el riesgo por parte de la sociedad es porque a ésta se le ha transferido la propiedad de las cosas, según el principio res domino suo perit, y este es, en definitiva, el criterio mantenido por el Juzgado de Primera Instancia y por la Sala de apelación al entender correctamente que en tales casos el usufructo recae, no sobre las cosas mismas que se entregan, sino sobre la suma representativa de su valor estimado (cuasi usufructo), debiendo por ello ser rechazados ambos motivos».

A tenor de esta sentencia, podría deducirse que el Tribunal Supremo comparte el criterio doctrinal de que en el cuasi usufructo la propiedad de la cosa consumible se transmite al usufructuario. Sin embargo, no es posible extraer tal conclusión con seguridad, ante la aplicación simultánea en la sentencia de otra norma específica relativa a las sociedades, la imprecisa redacción de los fundamentos jurídicos y la circunstancia de que en realidad parece que se estaba debatiendo sobre ganado y cosas fungibles, no sobre cosas consumibles.

Además de las sentencias del Tribunal Supremo citadas, consta alguna sobre el usufructo sobre fondos de inversión (la de 25 de febrero de 2004, Ponente: MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ); pero, además de que en sentido estricto

to constituye un caso distinto, tampoco el planteamiento procesal permite deducir doctrina aplicable a lo aquí estudiado. Ni siquiera consta jurisprudencia del Tribunal Supremo en otros órdenes jurisdiccionales que pudiera resultar ilustrativa, y, como se ha dicho, hasta fechas muy recientes, tampoco se había pronunciado la jurisprudencia menor. En cuanto a doctrina administrativa, no se han dictado resoluciones significativas de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre usufructo de dinero, si bien se ha planteado alguna vez de forma tangencial (43); posiblemente se deba a que, como afirmó la Resolución de 27 de noviembre de 1986 [ARANZADI RJ 1986/6880] al resolver un recurso en el que indirectamente se discutía la cuestión, el cobro y liquidación que recaen sobre dinero escapan a las facultades calificatorias registrales.

A falta de sentencias, alguna doctrina civilista menciona un Acuerdo del Tribunal Económico-Administrativo Central de 20 de noviembre de 1964 [ARANZADI núm. 1.682, de 1965], sobre las consecuencias fiscales de un legado de usufructo de dinero. El Acuerdo desarrolla un completo razonamiento sobre la interpretación del artículo 482 del Código Civil y del principio *salva rerum substantia*, según el cual el usufructuario de cosas consumibles adquiere «*en definitiva la propiedad misma*», y el nudo propietario se convierte en acreedor. Con independencia de que además se refiera a normas tributarias derogadas, obviamente la relevancia civil de esta resolución es nula, lo que exime de más detenido comentario. Ahora bien, que los autores consideren útil citar este antiguo Acuerdo (44), que en definitiva versaba sobre aspectos impositivos ajenos al Derecho Civil, es un detalle muy revelador sobre la inexistencia de un cuerpo jurisprudencial sobre el usufructo de dinero que pudiera ser objeto de análisis cuando esos trabajos doctrinales fueron publicados.

Ahora bien, el panorama jurisprudencial ha variado en los últimos años, como se desprende del examen de los repertorios más habituales (45). La jurisprudencia menor sobre usufructo de dinero, que empezó a dictarse por vez primera hace pocos años y respecto de la cual no consta que se hayan publicado estudios doctrinales, permite por fin no ceñirse al planteamiento

(43) Como en la ya citada Resolución de la DGRN, de 17 de mayo de 2002 [ARANZADI RJ 2002/8574].

(44) PUIG BRUTAU, J., dedica una extensa referencia a este Acuerdo, con transcripción de gran parte de su texto (*Fundamentos de Derecho Civil*, tomo III, vol. II, Bosch, 3.ª ed., Barcelona, 1979, págs. 367-368). En similar sentido y menor detalle, TORRELLES TORREA, E., *op. cit.*, pág. 200, que lo califica de «*jurisprudencia*», y DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A., *op. cit.*, pág. 299).

(45) Se ha efectuado una búsqueda en cinco de los repertorios más utilizados de jurisprudencia menor: Aranzadi, El Derecho, La Ley, Bosch y base de datos del Consejo General de la Abogacía Española. Algunas sentencias mencionadas en el presente trabajo aparecen repetidas en más de un repertorio, y cuando así sucede se indica sólo la referencia de uno de ellos.

estrictamente teórico mantenido hasta ahora por los autores. Ya han tenido ocasión de pronunciarse varias Audiencias Provinciales en materia de Derecho Común; en total constan a día de la fecha seis sentencias de las Audiencias Provinciales, que se comentarán a continuación. Se prescinde de otras resoluciones judiciales de Audiencias sobre cuestiones tangenciales o sin argumentos de suficiente interés, así como de las dictadas por Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales sobre Derecho Foral, salvo que esté claramente unido al Derecho Común.

Ha de puntualizarse que el extremo concreto de la relación entre el usufructo vitalicio y el usufructo de dinero, con su consecuencia práctica de privación de la legítima en ciertos casos, no ha dado lugar a resoluciones judiciales específicas, o al menos no constan en los repertorios habituales de jurisprudencia menor. Sin embargo, este problema queda reflejado de forma indirecta en algunos de los supuestos litigiosos, en los que se debate en relación con usufructos vitalicios universales constituidos por vía hereditaria, en algún caso con dispensa expresa de prestar fianza (46).

En la mayoría de los casos resueltos por la jurisprudencia menor se trata de usufructos vitalicios, testamentarios o no, y el dinero suele estar en poder del usufructuario, quien pretende disponer de él a su arbitrio, y el nudo propietario, alarmado por el riesgo de desaparición del dinero, interpone la acción contra aquél. La controversia judicial suele versar sobre tres extremos, a veces de forma simultánea:

1. Si el usufructuario está facultado para disponer libremente de saldos bancarios sin contar con el nudo propietario.
2. Si es exigible que el dinero usufructuado quede depositado en algún tipo de entidad escogida por el nudo propietario o por éste de común acuerdo con el usufructuario, o bien con autorización judicial, de

(46) Entre las resoluciones que no presentan interés por sus argumentos, y que por tanto no se van a analizar, aparecen algunas que recogen precisamente el supuesto objeto de estudio de usufructo vitalicio sobre cuota legítima y patrimonio hereditario en dinero. En primer lugar, un Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 1.ª) de 6 de septiembre de 2001 [ARANZADI JUR 2002/3178], dictado en ejecución de sentencia en un pleito en el que las nudo propietarias, hijas del testador y de la usufructuaria, consiguen que se condene a ésta, legataria del tercio de mejora en usufructo y del de libre disposición en pleno dominio, a entregarles sus «dos tercios de la herencia», la cual parecía constar sólo de dinero efectivo y estar en posesión de la usufructuaria; de la confusa redacción del Auto no es posible extraer conclusiones de interés, salvo la reiteración de que el usufructo de dinero está autorizado por el artículo 482 del Código Civil, dentro del usufructo de cosas consumibles. En segundo lugar, la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 3.ª), de 10 octubre de 1996 [ARANZADI AC 1996/2128], en el que el supuesto litigioso es un usufructo vitalicio universal a favor del cónyuge en el que gran parte del patrimonio se convierte en dinero tras la muerte del causante, y se deniega a un nudo propietario la posibilidad de reclamar ese dinero porque «su reclamación vulnera la institución como usufructuario vitalicio del demandado».

modo que los rendimientos de la suma depositada sean disfrutados en exclusiva por el usufructuario, y el nudo propietario no pueda disponer del principal hasta que se extinga el usufructo.

3. Si es exigible del usufructuario la constitución de algún tipo de garantía o caución.

Las respuestas judiciales no son unánimes, en lógica correspondencia con la falta de uniformidad de la doctrina y la heterogeneidad de las pretensiones y las circunstancias procesales.

Sería una ligereza pretender extraer conclusiones a partir de seis únicos ejemplos, considerando, además, la inseguridad causada por la falta de recopilaciones completas de jurisprudencia menor fácilmente accesibles. Ahora bien, a modo de indicio, sí parecen abrirse paso dos tendencias opuestas: por una parte, hay al menos tres sentencias de Audiencias Provinciales que coinciden en afirmar que el usufructuario de una suma de dinero sólo está obligado a devolver el *tantumdem*, y por otra parte, constan otras tres sentencias de Audiencias, a tenor de las cuales el usufructuario debe poner el dinero a interés o en un depósito, por diversos sistemas, y percibir sólo los rendimientos.

- a) *Corriente de la jurisprudencia menor que considera que el usufructuario sólo debe devolver el tantumdem*

De las tres sentencias que pueden incluirse dentro de esta corriente jurisprudencial, dos de aquéllas son especialmente categóricas y motivadas.

Cronológicamente, la primera sentencia de esta corriente es la de la Audiencia Provincial de Teruel de 21 de enero de 2000 [EL DERECHO 2000/2705]. Menos explícita que las dos que se examinarán con posterioridad, pero con idéntico resultado, no se pronuncia de forma expresa sobre si la suma usufrutuada pasa o no a ser propiedad del usufructuario, pero sí afirma claramente que sólo hay obligación de devolución del avalúo cuando se extinga el usufructo. El complejo caso litigioso versaba sobre una sociedad consorcial aragonesa, en la que el viudo adquiere el usufructo vitalicio de la totalidad del patrimonio consorcial, que incluía dinero, no se matiza si en metálico o ingresado en alguna entidad bancaria; la hija de la causante demanda a su padre usufructuario, y se declara que éste puede servirse del dinero, con obligación de devolución del avalúo al final del usufructo:

«Concretamente por lo que se refiere al dinero existente en la sociedad conyugal en el momento del fallecimiento de la esposa y dado que la mitad pertenecía a ésta, de la que es única heredera y por lo tanto nuda propietaria su hija la ahora actora, es de aplicación lo dispuesto en el artículo 482 del Código Civil según el cual si el usufructo comprendiera cosas que no se puedan usar sin consumirlas, el usufructuario tendrá derecho a servirse de ellas con la

obligación de pagar el importe de su avalúo al terminar el usufructo, si se hubiesen dado estimadas».

En el caso concreto de esta sentencia se declaraba que el padre usufructuario estaba obligado a hacer frente a sus obligaciones de devolución del dinero usufructuado, en tanto que el usufructo no era vitalicio, sino que se extinguía en el momento de la división de los bienes de la sociedad consorcial, conforme al Derecho Aragonés; la posible extinción del crédito por confusión no se plantea en el pleito. Pero interesa resaltar el paralelismo entre el supuesto de Derecho Foral contenido en esta sentencia y el de un usufructo viudal universal derivado de un testamento de Derecho Común. En ambos casos, los hijos son nudo propietarios del dinero, a la vez que herederos previsibles del usufructuario, tanto si éste muere abintestato, como si ha otorgado el testamento habitual a favor de los hijos. En el caso resuelto por esta sentencia, si el padre demandado falleciera antes de devolver efectivamente el *tantumdem*, la deuda pasaría a su masa hereditaria, y, siendo heredera la hija, el crédito derivado del usufructo se extinguiría por confusión en el momento del fallecimiento del usufructuario.

Por su parte, la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 2.^a), en sentencia de 8 de febrero de 2002 [ARANZADI JUR 2002/124738], sostiene el criterio de que el usufructuario hace suyo el dinero usufructuado consistente en el saldo de una cuenta bancaria, puede disponer libremente de él y sólo queda obligado a devolver el *tantumdem*. De nuevo se trata de un complicado litigio sucesorio, en esta ocasión de Derecho Común, entre los herederos del usufructuario universal vitalicio, que discutían si éste estaba facultado para disponer de los saldos bancarios, al objeto de incluirlos o no en el inventario del caudal relicto del usufructuario tras su fallecimiento. La Audiencia afirma con toda claridad que, puesto que en el cuasi usufructo o usufructo de cosas consumibles al primer uso, «cual es el dinero», el *ius utendi* y el *ius abutendi* son inseparables, es el propio ordenamiento jurídico el que consiente la destrucción de la cosa; por tanto, el usufructuario del saldo de una cuenta bancaria sí está autorizado para disponer del mismo, con la única obligación de devolver el *tantumdem*:

«Como ya se apuntó, el recurso interpuesto por las actoras tiene por objeto las concretas partidas que entienden forman parte del caudal relicto y concretamente la nuda propiedad respecto de la mitad indivisa del metálico que se hace constar en la escritura de partición hereditaria de doña C. D. R., esposa del causante, y abuela y madre, respectivamente, de las litigantes, efectuada el 29 de abril de 1993. Debe decirse que a la vista de lo dispuesto en el artículo 1.058 del Código Civil, el resultado de tal partición resulta inatacable, y que en consecuencia en cuanto que incorpora la liquidación de la sociedad de gananciales del causante y su esposa, y la partición de la herencia de ésta con arreglo a sus disposiciones testamentarias, que incluyen el usufructo universal

vitalicio del causante sobre la totalidad de los bienes, constituye el punto de partida para el inventario.

Esta Sala debe precisar, por resultar no ajustada a derecho la teoría sostenida en la sentencia de instancia, que el usufructo del saldo de una cuenta no autoriza a disponer del mismo. Con independencia de la dificultad doctrinal para la construcción de la figura de un derecho real de usufructo sobre el dinero, es lo cierto que no existe controversia, más allá de la estructura jurídica (problema sobre la propiedad de la cosa usufrutuada), acerca de que el usufructo del dinero constituye un cuasi-usufructo o usufructo impropio regulado por el artículo 482 del Código Civil, siendo obligación del usufructuario al terminar el usufructo la de pagar el avalúo, si se hubiesen dado las cosas estimadas, o la restitución de igual cantidad y calidad, o el precio. El usufructo confiere la facultad de uso y servicio de la cosa, pero no la de consumirla o enajenarla, integrando aquella facultad de uso el *ius possidendi* (el poder y deber de tener la cosa a su disposición) y la de servicio el *ius fruendi* o percepción de los frutos de la cosa, frutos que en el caso de cosa consistente en dinero son los civiles que se contemplan en el artículo 355 del Código Civil. En consecuencia cuando por la naturaleza de la cosa dada en usufructo, cosas consumibles al primer uso cual es el dinero, el *ius utendi* apenas tiene valor sin el *ius abutendi* o derecho a consumir la cosa, es el propio ordenamiento jurídico el que consiente la destrucción y consunción de la cosa para imponer al usufructuario la obligación de devolver el *tantundem*».

Más rotunda aún es la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 11.ª) de 10 noviembre de 2005 [ARANZADI JUR 2006/103165], que analiza detenidamente el concepto doctrinal de usufructo de dinero en Derecho Común y las facultades del usufructuario, con extensa cita de la sentencia de la Audiencia de Cantabria que acaba de transcribirse. En resumen, afirma sin género de dudas que la viuda usufructuaria relevada de prestar fianza puede disponer por sí sola y sin limitación alguna del saldo de las cuentas bancarias, sin que constituya abuso de su derecho de usufructo por ser inherente al usufructo de dinero y ostentar el nudo propietario un simple derecho de crédito:

«SEGUNDO.—La primera cuestión que plantea el recurso de apelación es la de error en la apreciación de la prueba, desde el momento que, a juicio del apelante, se ha acreditado la disposición del saldo de las cuentas del causante por parte de la demandada sin dar ningún tipo de explicación. A este respecto hay que tener en consideración que efectivamente como reconoce aquel y no fue discutido en la contestación a la demanda por parte de la usufructuaria, se dispuso del saldo de las cuentas cambiándolo a otras, si bien la finalidad para el primero es hacerlo desaparecer, para la demandada es el ejercicio de las facultades de usufructuaria para obtener un mayor rendimiento. Para la resolución de las dos cuestiones planteadas en este recurso, en primer termino debe examinarse la cuestión jurídica recayente en la naturaleza del usufructo de dinero, porque entre nosotros el regulado en el Código Civil aparece como el derecho a disfrutar de los bienes ajenos pero imponiendo la obligación de con-

servación y concediéndole facultad de utilización pero no de disposición, esta delimitación de facultades y obligaciones no plantean mayores problemas cuando aquel recae sobre bienes inmuebles donde quedan claras la diferencia entre el uso y la propiedad; más complicado es cuando incide sobre cosas muebles y fungibles, por lo que siendo el objeto de discusión dinero debe atenderse a que: "...la dificultad doctrinal para la construcción de la figura de un derecho real de usufructo sobre el dinero, es lo cierto que no existe controversia, más allá de la estructura jurídica (problema sobre la propiedad de la cosa usufructuada), acerca de que el usufructo del dinero constituye un cuasi-usufructo o usufructo impropio regulado por el artículo 482 del Código Civil siendo obligación del usufructuario al terminar el usufructo la de pagar el avalúo, si se hubiesen dado las cosas estimadas, o la restitución de igual cantidad y calidad, o el precio. El usufructo confiere la facultad de uso y servicio de la cosa, pero no la de consumirla o enajenarla, integrando aquella facultad de uso el *ius possidendi* (el poder y deber de tener la cosa a su disposición) y la de servicio el *ius fruendi* o percepción de los frutos de la cosa, frutos que en el caso de cosa consistente en dinero son los civiles que se contemplan en el artículo 355 del Código Civil. En consecuencia, cuando por la naturaleza de la cosa dada en usufructo, cosas consumibles al primer uso cual es el dinero, el *ius utendi* apenas tiene valor sin el *ius abutendi* o derecho a consumir la cosa, es el propio ordenamiento jurídico el que consiente la destrucción y consunción de la cosa para imponer al usufructuario la obligación de devolver el *tantundem*..." (AP Cantabria, sec. 2.ª, sentencia de 8-2-2002), esta valoración jurídica nos coloca en otra posición distinta de la sostenida por el demandante en su demanda y repetida en su recurso, en cuanto que aquel sólo ostenta un derecho de crédito sobre el usufructuario para la restitución del dinero a la extinción de este. Y ya nos lleva a considerar que entre las facultades de la usufructuaria, se encuentra la de la disposición del dinero como tal, al ser inherente a este usufructo, por lo que su ejercicio no puede calificarse de abuso como sostiene la demandante. *La base fáctica de la demanda se sustenta en el temor de la propietaria del capital a su pérdida y en base a ello exige la privación de la usufructuaria de sus facultades; a este respecto, la valoración probatoria efectuada por el Juez a quo, en la medida que la de la testifical es realizada en la sentencia en atención a las circunstancias personales de los testigos y al montante de la cuantía del usufructo, es decir aplicando el criterio de la sana crítica como impone el artículo 376 de la LEC, es difícilmente atacable, sin perjuicio de la finalidad con que se haga la valoración, pues en todo caso estamos refiriéndonos a elementos subjetivos en el campo de intenciones de la usufructuaria, difícilmente predecibles a partir de apreciaciones testificales. El segundo motivo ha incidido en la inaplicación de los artículos 493 y 494 por el Juez a quo, la Sala ya se ha pronunciado sobre la aplicación del régimen del artículo 482 del Código Civil al rechazar los argumentos jurídicos del recurrente, pero es que además, teniendo en consideración que la usufructuaria fue relevada, por voluntad del testador de prestar fianza, esta disposición excluye la aplicabilidad del artículo 494 del Código Civil en la interpretación realizada por el recurrente, al contemplar aquel dos posibilidades: por un lado la del usufructuario que no haya prestado fianza estando obligado, y por otro el periodo transitorio que existe hasta que se presta la fianza o quede dispensado de ella».*

De todas las sentencias dictadas hasta la fecha, ésta es la más terminante y razonada. No se desprende con claridad de los antecedentes si se trataba de un usufructo vitalicio, si bien no es descartable, ni la relación de parentesco entre la actora nudo propietaria y la usufructuaria demandada y, ni entre ambas y el testador. En el caso litigioso, la usufructuaria, relevada de prestar fianza por el testador, había cancelado todas las cuentas del difunto, efectuando un continuo movimiento de dinero de una cuenta a otra, y se negaba a rendir cuentas a la nudo propietaria, que desconocía el destino del dinero y temía por la integridad del capital, por lo que solicitó que la usufructuaria fuera obligada a garantizar la devolución por la vía de los artículos 493 y 494 del Código Civil. La actora alegó que ese constante trasiego se debía a la intención de hacer desaparecer el dinero, y la usufructuaria argumentó que pretendía sacar mayor rendimiento, aunque ni se menciona que en efecto hubiera inversiones financieras rentables o no; sólo se alude a simples trasposos dinerarios de una cuenta a otra. Se rechaza la pretensión de la actora en las dos instancias, fundándose en que la usufructuaria sólo está obligada a devolver el *tantundem* y está facultada para manejar el metálico como le parezca oportuno, sin que pueda entenderse que ha incurrido en abuso de su derecho de usufructo, porque el *ius utendi* y el *ius abutendi* están inevitablemente unidos, y tampoco está obligada a someterse al régimen de administración de los bienes usufrutuados que establecen los artículos 493 y 494 del Código Civil para el caso de que no se haya prestado fianza, porque de ésta había sido expresamente relevada por el testador.

Pese a todo, esta sentencia deja quizá abierta una vía para privar de la administración del capital a la usufructuaria si en efecto quedara acreditada su intención de hacer desaparecer la suma usufrutuada en perjuicio de la nudo propietaria, conforme al artículo 494 del Código Civil. La sentencia deniega esta pretensión, pero no lo hace argumentando sin más que sea un dato irrelevante en tanto que el usufructo de dinero confiera de suyo el *ius abutendi*, sino que añade un razonamiento *obiter dicta* sobre la dificultad de prueba de la voluntad de la usufructuaria de hacer desaparecer el dinero al entrarse a valorar el ámbito subjetivo de las intenciones. De ello parece desprenderse que si de algún modo fuera posible acreditar la mala fe del usufructuario en el sentido de que no es que trate de obtener mayores rendimientos, sino que simplemente gasta el dinero en desembolsos sin entrada simultánea de otro bien en el patrimonio, quizá el nudo propietario podría conseguir la relevación de la facultad de disponer por sí solo del dinero. Ahora bien, es una hipótesis remota, teniendo en cuenta que la carga de la prueba corresponde al nudo propietario y la sentencia ni siquiera considera suficiente el hecho acreditado de traspasar las sumas de una cuentas bancarias a otras, sin informar de ello, pese a tratarse de un método notorio para conseguir que finalmente se desvanezca el dinero de forma fraudulenta.

A tenor del criterio de esta sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, el cuasi usufructo de dinero verdaderamente en poco se diferenciaría del usufructo con facultad de disponer. Según esta sentencia, en el usufructo de dinero ordinario el nudo propietario, para privar de la administración del capital al usufructuario, ha de acreditar que las disposiciones del usufructuario se deben a una voluntad deliberada de perjudicarlo. En el usufructo con facultad de disposición, según la sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de octubre de 1986 (Ponente: DE CASTRO GARCÍA), en el frecuente supuesto de ser autorizado el usufructuario para disponer en caso de necesidad según libre apreciación del sujeto sin condición ni limitación alguna, es común opinión doctrinal que la confianza del testador en la honorabilidad y buena fe del beneficiario legitima a éste para realizar actos de enajenación, sin que pueda serle exigida la prueba de aquella situación, por lo mismo que supondría imponerle una restricción con la que el causante no ha querido gravarle, y, si bien se permite al nudo propietario que impugne la disposición hecha con mala fe o simulando una necesidad inexistente —sentencias de 3 de julio de 1957 y 24 de febrero de 1959—, también a ese nudo propietario le corresponderá la carga de la prueba de la conducta abusiva del usufructuario. La semejanza es evidente, y las dificultades prácticas muy parecidas.

b) *Corriente de la jurisprudencia menor que considera que el usufructuario no puede disponer libremente del capital usufructuado*

La sentencia de la Audiencia Provincial de León (Sección 2.^a) de 10 de febrero de 2000 [EL DERECHO EDJ 2002/5485], declara en esencia que el dinero usufructuado efectivamente pasa a ser propiedad del usufructuario, pero que éste debe ponerse de acuerdo con el nudo propietario sobre el destino de la suma usufructuada. En el caso litigioso había un usufructo universal vitalicio a favor de la viuda, parece deducirse que sin dispensa de fianza, y quedaban como nudo propietarios a partes iguales los hermanos del testador; una suma depositada en una cuenta bancaria del causante no había sido incluida en partición de la herencia, por lo que los nudo propietarios solicitan que se adicione ese dinero en la liquidación de los gananciales y partición de la herencia, lo que se les concede. Además, a instancia de los nudo propietarios, se ordena que la usufructuaria demandada deposite la cantidad usufructuada a nombre de los actores por partes iguales en una cuenta a plazo fijo cuyos rendimientos pertenecerán a la misma usufructuaria y de cuyo principal no podrán disponer sus titulares hasta que finalice el usufructo vitalicio. El razonamiento es el siguiente:

«Dice, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de septiembre de 1987 que “aunque es cierto que se discute en la doctrina científica y juris-

prudencial acerca de la verdadera naturaleza del depósito no individualizado de dinero, o depósito irregular, calificándolo unos de contrato de préstamo a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.768 del Código Civil al poder el depositario servirse de la cosa depositada y otros de contrato sui generis al no reunir las características esenciales del depósito ni del préstamo, no es menos cierto que existe unanimidad en entender que tal depósito irregular atribuye la propiedad del dinero, o cosa fungible depositada, al depositario, quien puede decidir libremente de ella porque es suya, sustituyéndose la obligación de custodia, típica del contrato de depósito por la de disponibilidad a favor del depositante de la cantidad entregada”; pues bien, de lo expuesto se desprende, sin género de dudas, que el importe de las imposiciones efectuadas en las cuentas bancarias a que se contrae el presente litigio, pasaron a ser propiedad de la depositaria, el Banco respectivo donde se abrieron las cuentas, sustituyéndose la propiedad anterior de los depositantes por un derecho de crédito a la devolución de una suma igual a la entregada, derecho de crédito al que a los efectos que aquí interesan sería de aplicación lo dispuesto en el artículo 507 del Código Civil, que obliga al usufructuario sin fianza a poner a interés dicho capital de acuerdo con el propietario y a falta de éste con autorización judicial, por lo que, y no obstante lo sentado al inicio de este fundamento, el pronunciamiento que se hace en tal sentido en la sentencia recurrida debe ser mantenido. En consecuencia, el recurso formulado por la demandada no puede prosperar».

Aquí el dato esencial que valora esta sentencia de la Audiencia de León es que el dinero usufructuado no era jurídicamente tal, sino *«imposiciones efectuadas en las cuentas bancarias a que se contrae el presente litigio»*, expresión ambigua que podría referirse a cuentas corrientes o a depósitos a plazo. Los titulares de esas *«cuentas bancarias»* —el testador y su esposa, la usufructuaria universal, casados en régimen de gananciales—, en realidad ya no eran *«propietarios»* de ese dinero, sino meros acreedores, pues, por tratarse de un depósito irregular, pasó a ser propietario el banco, y la sociedad de gananciales, y luego la comunidad postganancial, sólo ostentaban un derecho de crédito por la suma entregada. En consecuencia, la viuda, al fallecer el causante, no era usufructuaria de dinero, sino de un derecho de crédito contra la entidad bancaria para la devolución de la suma depositada. Por este mecanismo, la viuda pasaba a ser usufructuaria de un crédito, no de un capital, y de ahí la aplicación del artículo 507 del Código Civil, que regula el usufructo de crédito vencido y el destino que ha de darse al dinero recuperado del crédito.

Es patente la divergencia de criterio entre esta sentencia de la Audiencia Provincial de León y las comentadas *supra* sentencias de la Audiencia Provincial de Cantabria, de 8 de febrero de 2002, y de la Audiencia Provincial de Valencia, de 10 de noviembre de 2005. En los tres casos se trataba de un dinero ingresado en un entidad bancaria, pero la sentencia de León considera que hay usufructo de crédito, quizá por alegarlo la parte actora, mientras que las otras declaran la propiedad del usufructuario y su libre disponibilidad, sin

entrar en más consideraciones. Ninguna de las tres sentencias detalla cuál era exactamente el tipo de contrato bancario. Por tanto faltan datos para intentar explicar la diferencia de criterio recurriendo a que en los casos de Valencia y Cantabria se tratara de una cuenta corriente, y en el de León de un depósito a plazo en el que la ausencia de disponibilidad inmediata lo aproxima más al préstamo que al depósito, según criterio mayoritario.

De cualquier forma, incluso en el caso del contrato de cuenta corriente existe controversia doctrinal sobre la naturaleza jurídica del contrato atípico de cuenta bancaria (47), el cual ha sido calificado como contrato de depósito, de cuenta corriente mercantil, de préstamo, de comisión o *sui generis*, con las correspondientes consecuencias prácticas respecto de la coincidencia o no entre titularidad de la cuenta y propiedad del dinero y posibilidad de disposición del dinero depositado. La postura mayoritaria, que no unánime, considera que constituye un depósito *sui generis* en el que, conservándose uno de los elementos fundamentales del mismo, la facultad de exigir el depositante y la obligación del depositario de entregar la cosa cuando el primero la reclame, es decir, la completa disponibilidad inmediata a favor de depositante del *tantumdem*, el depositario adquiere la titularidad de la suma depositada, y por tanto puede decidir libremente sobre ella porque es suya, y cumple con entregar al depositante una cantidad de dinero igual a la recibida en depósito, si bien en el caso de depósito a plazo el criterio es otro (sentencia de 19 de septiembre de 1987, Ponente: PÉREZ GIMENO). Ahora bien, en lo que respecta al usufructo de dinero, y sin el ánimo de terciar en la polémica, no parece apreciarse un tan trascendental cambio en la naturaleza jurídica del dinero en sí que justifique un resultado práctico tan distinto por el mero hecho de que se guarde en casa o en el banco en virtud de un u otro contrato bancario, en especial cuando se goza de manejo y disponibilidad inmediatos. Las consideraciones sobre la naturaleza jurídica de los contratos bancarios son impecables, pero muchos clientes de bancos se sorprenderían desagradablemente si se les informara de que el dinero ingresado en el banco ha dejado de ser de su propiedad para convertirse en un simple crédito.

Un criterio análogo al de esta sentencia de la Audiencia Provincial de León es el sostenido por la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 3.^a), de 19 de junio de 2002 [ARANZADI JUR 2002/225810], según la cual el usufructo universal a favor del viudo no legitima a éste para disponer del metálico consistente en los saldos de una libreta y una cuenta a plazo, sino

(47) Vid. MARTÍN MINGUIÓN, A. R., «Génesis y evolución del depósito irregular», en *Libro-homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola*, t. II, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2006, págs. 3305-3308. Sobre la discutida naturaleza jurídica de las cuentas bancarias y, consecuentemente, del dinero en ellas depositado y su titularidad, vid. AYALA BLANCA, R. y BORDES RUIZ, A., «Problemática actual en torno a la cotitularidad de las cuentas de dinero en entidades de crédito», en *La Ley*, núm. 2, 1998, págs. 1868-1883.

sólo a percibir los frutos. El planteamiento procesal resulta confuso y la redacción poco afortunada, pero se deduce que demandan terceros para solicitar que se computen en el haber hereditario de un causante la mitad de las cantidades obrantes en la libreta y la cuenta a plazo en el momento de su muerte, que tenían carácter ganancial, y que habían sido dispuestas en su totalidad por la viuda usufructuaria universal, fallecida con posterioridad. Se declara que la usufructuaria fallecida no tenía derecho a disponer de esos saldos, y que en la masa hereditaria de ésta, por tanto, de no aparecer ese dinero, deberá constar esa disposición no autorizada como una deuda a favor de la masa hereditaria del premuerto cónyuge:

«La sentencia de instancia determina que, a la fecha de su fallecimiento, folio 205, existían una libreta con un saldo 473.581 pesetas y una cuenta a plazo de siete millones de pesetas, de modo que la mitad de su haber hereditario sería el mencionado, y que procede computar en su masa hereditaria. El usufructo universal legado a su cónyuge no legitima para disponer de los bienes que lo integran, sino a percibir los frutos que produzcan, a tenor de lo dispuesto en el artículo 471 del Código Civil, debiéndose mantener la integridad del capital usufructuado, como se desprende de lo dispuesto en los artículos 482 y 507 del Código Civil. En consecuencia, procede acoger esta pretensión, de modo que se incluya este dinero, y de no existir, sustitutivamente, como un crédito de la herencia de don Marcelino B. L., frente a la masa hereditaria de la usufructuaria, que podría dar lugar a una compensación o confusión, sin perjuicio de su repetición a las personas en cuya posesión estuvieran tales bienes».

En esta sentencia se trata de contratos bancarios identificados —libreta y depósito a plazo—, lo que, en principio, permitiría entender que existía un simple crédito frente al banco, es decir, que los titulares no ostentaban la propiedad de los saldos. Ahora bien, esta cuestión ni siquiera se suscita en la sentencia, que por el contrario incluso se refiere al «*capital usufructuado*», «*metálico*» o a «*ese dinero*». En la fundamentación se omite cualquier alusión a las particularidades del usufructo de cosas consumibles y de dinero, y sólo se afirma que el usufructo «*no legitima para disponer de los bienes que lo integran, sino a percibir los frutos que produzcan*», citando, sorprendentemente y sin más argumentaciones, el artículo 482 del Código Civil, que regula el usufructo de cosas consumibles, y el 507 relativo al usufructo de créditos.

En cualquier caso, no puede dejar de resaltarse que esta sentencia incluye una referencia expresa al problema, objeto del presente trabajo: el riesgo de extinción del crédito de restitución por confusión —también menciona la compensación— entre el patrimonio del usufructuario y el del nudo propietario, si el dinero ha desaparecido del patrimonio de aquél.

Dentro de esta misma corriente de la jurisprudencia menor se enmarca la sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 21 de marzo de 2000 [ARANZADI JUR 2000/127327], según la cual el viudo usufructuario no

puede disponer a su arbitrio del dinero usufructuado, sino que la nuda propietaria, hija del usufructuario y de la premuerta esposa de éste, puede obligar a su padre a constituir un depósito del que ella sea titular y el usufructuario sólo perciba los intereses. Argumenta la resolución que así procede en lo que respecta al Derecho Común, que lo aconsejaría la prohibición del abuso de derecho, y que, en cualquier caso, en Derecho aragonés está previsto algo similar:

«El recurrente, padre de la hoy apelada, es el usufructuario del dinero heredado por esta última de su madre, que fue la esposa del apelante. La sentencia apelada, aplicando el artículo 520 del Código Civil, obliga al apelante a constituir en depósito, a nombre de la apelada (la nuda propietaria), la suma por él usufructuada para que éste reciba los intereses que genere dicho depósito, pronunciamiento que no acepta el recurrente razonando que el usufructo de dinero está sometido al régimen del artículo 482 del Código Civil, por lo que el recurrente, según su tesis, puede destinar el dinero usufructuado a la finalidad que tenga por conveniente, sin más obligación que la de restituirlo al tiempo de cesar el usufructo y sin que, según el apelante, sea de aplicación el artículo 520, que es el precepto aplicado por el Juzgado al ordenar constituir el depósito controvertido tras constatar que el usufructuario, en cuyo beneficio exclusivo han de devengarse los intereses del depósito disputado, tiene una situación económica que hace pensar que no podrá devolver la suma usufructuada a la finalización de este usufructo de dinero, por lo que en principio, con la puntualización que luego veremos por la aplicación del Derecho Aragonés, creemos que dentro del ámbito del derecho común es admisible la tesis del Juzgado, dando entrada a lo reglado en el artículo 520 del Código Civil, pues la doctrina entiende que dicho precepto es aplicable también a los usufructos del artículo 482, razonando además que a la misma solución habría de llegarse aplicando las reglas generales del abuso de derecho.

Pero es que, sin aplicar el artículo 520 ni el artículo 7 del Código Civil, a similar situación llegaríamos aplicando el artículo 80.2 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, pues con el depósito controvertido, con el matiz que luego veremos, a instancia de la heredera y nuda propietaria, se afianza y garantiza la efectiva percepción por la nuda propietaria del dinero a la extinción del usufructo, al tiempo que es el usufructuario quien percibe los intereses producidos por el capital usufructuado, que en Aragón no tiene que ser destinado necesariamente a la finalidad que decida unilateralmente el usufructuario pues la nuda propietaria también puede hacer las indicaciones y advertencias a las que se refiere el artículo 85 de la Compilación, el cual faculta al Juez, como a la Junta de Parientes, a que disponga que el dinero usufructuado se administre o explote de una determinada forma, como la acordada en el caso, con la precisión de que, conforme al artículo 87, sólo cuando el usufructuario no pueda o no se avenga a cumplir lo acordado por la Junta de Parientes o por el Juez es cuando la nuda propietaria podría pedir la entrega de los bienes, esto es, en este caso del capital, para sustituir el usufructo por una renta a su cargo en los términos del artículo 87. Por todo ello, no vemos inconveniente en que se constituya el depósito acordado por el Juzgado, a nombre de la actora y con los intereses a favor del usufructuario, pero para evitar que la nuda

propietaria entre en posesión del capital antes de la extinción del usufructo, cosa que sólo podría tener lugar por la vía del citado artículo 87 de la Compilación, procede establecer que la misma no podrá disponer del dinero depositado a su nombre hasta la extinción del usufructo y que el usufructuario podrá disponer de dicho capital para reinvertirlo en un nuevo depósito».

No es objeto de debate si el usufructuario adquiere la propiedad del dinero, sino si el usufructuario puede disponer libremente del dinero, sin más obligación que la de restitución a la extinción del usufructo. No se refleja si se trataba de un usufructo vitalicio, ni si existía fianza, pero sí se considera probado que la situación económica del usufructuario permitía suponer que no estaría en condiciones de devolver el dinero a la extinción del usufructo; tampoco constan los datos de los que se desprendería esa deducción, ni se alude a que la gestión del usufructuario fuera arriesgada o estuviera dando lugar a pérdidas económicas. Se recurre al artículo 520 del Código Civil, referido al abuso de la cosa usufructuada, y al artículo 7 del Código Civil sobre abuso de derecho en general.

Sin embargo, lo cierto es que el artículo 520, que permite al nudo propietario recuperar la cosa usufructuada en caso de uso negligente por el usufructuario, entregándole los rendimientos, según DORAL ha de ser interpretado restrictivamente y presupone que el abuso, además de ser culpable, se haya efectuado ya, constituya un ejercicio anómalo o irregular del usufructuario y cause un considerable perjuicio al nudo propietario, si bien ese daño pueda ser tanto el causado como el temido (48). Por tanto, este precepto en modo alguno va encaminado a proteger al nudo propietario cuando la situación económica del usufructuario permita prever dificultades de devolución, sino, lo que es muy distinto, a evitar que continúe el abuso grave del usufructuario, por actos u omisiones, que infiriesen considerable perjuicio al nudo propietario, de forma que se entregue a éste la cosa en administración a cambio del pago al usufructuario de los productos líquidos.

Por otra parte, es evidente que esa referencia a «la doctrina», que sirve de base a esta sentencia para argumentar la aplicación del artículo 520 del Código Civil en Derecho Común es una cita encubierta del comentario de DORAL al artículo 482, en su análisis de las reglas del usufructo aplicables al usufructo de cosas consumibles. Como se ha indicado *supra*, entre la escasa doctrina que se ha pronunciado sobre este tema no existe unanimidad doctrinal sobre la aplicación del artículo 520 a los usufructos de cosas consumibles, precisamente por la dificultad de separar el *ius utendi* del *ius abutendi*; DORAL es partidario de ello, si bien sin mayores argumentaciones, y añade la misma referencia al abuso de derecho en los mismos términos que recoge la sentencia comentada. Sin embargo, este autor en modo alguno sugiere la posibilidad

(48) DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A., *op. cit.*, págs. 565-571.

de equiparar la mala situación económica del usufructuario con el abuso, ni en su comentario del artículo 482 sobre usufructo de cosas consumibles, ni en el del artículo 520; muy al contrario, insiste en el carácter restrictivo de éste y en los estrictos requisitos que éste exige (49), que no se corresponden con la interpretación de esta sentencia.

En cualquier caso, la argumentación más detenida de la sentencia de la Audiencia de Huesca se refiere al Derecho aragonés, aplicable al caso, como verdadera *ratio decidendi*, de modo que es probable que la referencia al Derecho Común constituya mero *obiter dicta*.

En conclusión, con todas las salvedades, del análisis de la jurisprudencia menor dictada sobre usufructo de dinero (50), parece desprenderse que las dos tendencias parecen muy equilibradas, si sólo se toma en cuenta el puro dato del número de sentencia adscritas a una u otra corriente. Debe matizarse, no obstante, que la posición de la segunda corriente parece más débil; las sentencias no coinciden en el procedimiento concreto de garantizar el derecho del nudo propietario —seguramente por el planteamiento procesal de las partes—, sus razonamientos son menos completos y sólidos, y además en algún caso pesa en la decisión el Derecho Foral correspondiente. Por tanto, la primera corriente de la jurisprudencia menor sobre usufructo de dinero, se comparta o no, resulta mucho más homogénea que la segunda.

(49) DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A., *op. cit.*, págs. 308-309 y 565-571.

(50) Además de las citadas, hay otras sentencias que se refieren a Derecho catalán, en relación con un mismo complejo pleito sucesorio, en el que finalmente se declaró que no existía usufructo de dinero. La sentencia de apelación (sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 1.ª, de 12 de febrero de 1999 [EL DERECHO EDJ 1999/4699]) y la de casación foral (sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 22 de febrero de 2001 [ARANZADI RJ 2002/1398]) varían la calificación jurídica, y declaran que no se trataba de un usufructo de dinero de Derecho Común, sino de otra figura, y no entraron a analizar este tipo de usufructo y las obligaciones y derechos de la usufructuaria, puesto que cambia el punto de controversia. La sentencia de instancia revocada había declarado que se trataba de un usufructo de dinero de Derecho Común y que por tanto, en defecto de caución, la suma había de ponerse a interés mediante acuerdo del usufructuario y nudo propietario y a falta de acuerdo entre ambos, mediante autorización judicial, debiendo mantenerse la integridad del capital y sólo pudiendo percibir la usufructuaria los intereses: «Dado que no se dispensa a la usufructuaria de la obligación de prestar fianza, y no es aplicable por analogía la dispensa que establece el artículo 492 respecto de la cuota legal usufructuaria del cónyuge sobreviviente, hay que atenerse a lo dispuesto en los artículos 494 y 507 del Código Civil. Estamos ante un usufructo de dinero, y en defecto de caución prestada por el usufructuario, las rentas devengadas y valores seguros o, dada la cuantía que ha alcanzado las sumas adeudadas, poner a interés del capital resultante. Ello deberá hacerse en ejecución de sentencia, mediante acuerdo del usufructuario y nudo propietario y a falta de acuerdo entre ambos, mediante autorización judicial, debiendo mantenerse la integridad del capital que deberá incrementarse mensualmente con las rentas y dividendos devengados, y tal y como se señala en el testamento. Haciendo suyos la usufructuaria los intereses legales de las sumas adeudadas desde el fallecimiento del causante, y los intereses y rendimientos del capital que habrá de invertirse en valores seguros o poner a interés».

La innegable falta de uniformidad en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales en materia huérfana de jurisprudencia en sentido estricto es ya suficiente para fundamentar un recurso de casación ante el Tribunal Supremo, por concurrir el requisito del llamado interés casacional recogido en el artículo 477.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil hoy vigente, el cual exige que sobre un mismo punto litigioso, con independencia de la cuantía, existan al menos dos sentencias de una Audiencia Provincial que mantengan un criterio divergente frente a otras dos sentencias de otra Audiencia Provincial que mantengan un criterio distinto (51). Con la actual normativa sobre casación, ya está garantizado el acceso al Tribunal Supremo al litigante sobre usufructo de dinero. Pero mientras no se pronuncie ese Alto Tribunal, habrá que atenerse a la única jurisprudencia existente, la menor.

En cualquier caso, no puede ocultarse que al menos en un significativo sector de jurisprudencia menor se está abriendo paso una opinión según la cual el usufructuario puede disponer a su arbitrio del dinero usufructuado, lo que conduciría a la pérdida total o parcial de la legítima del descendiente legitimario. Veamos a continuación el mecanismo que ocasiona ese resultado.

4. EFECTOS DEL USUFRUCTO VIDUAL UNIVERSAL SOBRE EL DINERO QUE FORME PARTE DEL CAUDAL RELICTO: EL RIESGO INELUDIBLE DE PRIVACIÓN DE LA LEGÍTIMA

Un testador de vecindad civil común, casado, cualquiera que sea su régimen económico-matrimonial (52), otorga un testamento abierto muy habitual, el que incluye un usufructo viual universal con la llamada *cautela Socini* o sociniana (53), a fin de favorecer lo máximo posible a su cónyuge frente a los hijos o descendientes comunes, de modo que aquél mantenga una situación económica similar a la anterior a la muerte del causante. En este tipo de testamentos se atribuye la condición de usufructuario universal vitalicio de la totalidad de la herencia al cónyuge supérstite, casi siempre dispensándole de la obligación de inventario y fianza, y se atribuye la nuda propiedad de todo el patrimonio relic-

(51) Sobre el acceso a la casación por discrepancias de la jurisprudencia menor, vid., entre otros, Auto del Tribunal Supremo de 31 de julio de 2003 [ARANZADI RJ 2003/7259].

(52) Si el testador y el viudo están casados en gananciales, el usufructo viual universal podría exigir previa liquidación de la sociedad; se prescindirá de este detalle, aunque sea litigioso (por ejemplo, sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5.ª, de 30 de enero de 2004 [ARANZADI AC 2004/22]).

(53) Se utiliza esta terminología, pues no existe unanimidad doctrinal para identificar la cautela *Socini* con la gualdense. Por otra parte, aunque la cautela *Socini* pudiera tener otras finalidades, además de la hoy habitual relacionada con el usufructo universal del cónyuge viudo, se prescinde de esa matización, que no es relevante a los efectos del presente trabajo.

to a los legitimarios; se establece además que si alguno de los legitimarios no se conformara con esa disposición, se le asignará únicamente lo que le corresponda por legítima estricta, de modo que, si todos los hijos o descendientes se oponen al usufructo universal vitalicio, el cónyuge se quedará con su usufructo del tercio de mejora más el de libre disposición en pleno dominio. El hijo o descendiente legítimo puede así escoger libremente entre dos alternativas: menor cuota, pero sin gravamen, o mayor cuota, con gravamen. La opción concedida por el testador a los legitimarios se considera indispensable para la validez de esta cláusula, en tanto que suele entenderse que sólo así se garantiza la intangibilidad de la legítima, si bien en los últimos años se ha relajado la exigencia de que conste en el testamento de forma expresa (54).

La circunstancia de que no exista previsión expresa en el Código Civil sobre el usufructo viudal universal ha generado amplios debates (55), en los que no se va profundizar. Hoy día parece pacífica la admisibilidad legal de la fórmula testamentaria del usufructo viudal universal en los términos indicados en Derecho Común, desde el punto de vista jurisprudencial e incluso quizá doctrinal, y además es innegable que, pese a las objeciones que aún pueda suscitar, es de uso cotidiano en la práctica jurídica. El problema es que ni la doctrina ni la jurisprudencia parecen haber reparado en las graves dificultades derivadas de la naturaleza del dinero, cuando éste forma parte de la masa hereditaria.

Supongamos que todo o parte del caudal relicto está compuesto de dinero, en efectivo metálico o en cuentas en entidades bancarias o financieras. Si así es, la legítima de los hijos o descendientes comunes puede no resultar respetada, sea o no deliberado por parte del causante que su activo, en el momento de su óbito, esté compuesto de este tipo de bienes. El riesgo es, por exponerlo muy crudamente, que se esfume todo el dinero usufructuado del patrimonio del viudo usufructuario en virtud de una gestión de éste ajustada a Derecho, es decir, no fraudulenta, pero que además la propia ley impida reclamar la restitución. Si con los otros bienes del patrimonio relicto del testador que no consistan en dinero se cubre la legítima, bien, aunque se reduzca la masa hereditaria; si no, será imposible reclamar, incluso si la legítima resulta afectada. Sobre

(54) Alguna jurisprudencia considera que esa opción la tienen los legitimarios, conforme al artículo 820.3.º del Código Civil, aunque el testador no la haya concedido expresamente en el testamento abierto notarial. Vid. PÉREZ REAL, A., «Sentencia de 3 de diciembre de 2001: Usufructo universal del cónyuge viudo. Aplicación del artículo 820.3.º del Código Civil, aunque no haya concesión expresa de opción a los herederos», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 58, 2002, págs. 393-406.

(55) Vid. VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Estudios de Derecho Sucesorio. Interpretación de testamentos. Lo literal, lo tácito y lo conjetural en mejores y fideicomisos. Cláusulas cautelares expresas y tácitas*, págs. 469-509, y *Estudios dispersos sobre las legítimas*, vol. III, págs. 243-581, y vol. II, Montecorvo, Madrid, 1981, y REAL PÉREZ, A., *Usufructo universal del cónyuge viudo en el Código Civil*, Montecorvo, Madrid, 1988.

cualquier dinero que forme parte del usufructo del cónyuge supérstite pesa el riesgo de su desaparición en perjuicio de los herederos, quienes, a diferencia de en el resto de bienes usufructuados, no ostentan el carácter de verdaderos nudo propietarios, sino sólo el de meros acreedores con un crédito del que sólo responden los herederos del viudo.

El usufructo de dinero autoriza al usufructuario, conforme a la interpretación de un significativo sector doctrinal y de la jurisprudencia menor, a disponer libremente, sin control alguno del dinero usufructuado ni dar cuenta de su gestión y sin necesidad de tener una administración diligente, con la única obligación de devolver la misma cantidad de dinero al finalizar del usufructo, sin subrogación real por las cosas que sean objeto de adquisición o inversión con ese dinero. No es que el cónyuge usufructuario tenga derecho a percibir los frutos del capital del que es usufructuario, es decir, los intereses o rendimientos, como sucede en Derecho catalán, sino, lo que es muy distinto, que ese capital pasa a ser de su plena propiedad durante toda la duración del usufructo, y que, como dueño, el usufructuario está facultado para hacer uso del dinero unilateralmente como le parezca más oportuno, en gastos o en inversiones de cualquier índole. Como el usufructuario adquiere la propiedad del dinero, el nudo propietario se convierte en un simple acreedor de una deuda que sólo será exigible cuando finalice el usufructo, y a la que se aplican las reglas generales de cualquier crédito.

La dificultad principal en cualquier usufructo de dinero, como en cualquier deuda, es la derivada de la solvencia del obligado, a no ser que se haya constituido fianza, además de la pérdida de valor monetario al no haber cláusula de estabilización salvo pacto expreso. Pero, en el caso estudiado de usufructo vitalicio de dinero, a esos inconvenientes se añade otro mayor: la imposibilidad legal reclamar la devolución del dinero usufructuado, incluso aunque el obligado a la devolución sea solvente, por extinguirse legalmente la deuda de restitución, con la consiguiente pérdida total o parcial de legítima.

Si, como es previsible y lógico, el cónyuge usufructuario utiliza el dinero conforme a su destino natural como le permite la ley, ello significa que lo gasta, y que por tanto desaparece de su patrimonio, en todo o en parte, sin necesidad de que el desembolso constituya inversión que dé lugar a la entrada en el patrimonio de otro bien. El deber de restituir la suma usufructuada nace en el momento de constituirse el usufructo, pero debe cumplirse y sólo es exigible al terminar el usufructo (56). Tratándose de

(56) Este es el criterio de TORRELLES TORREA para el usufructo de cosas consumibles (*op. cit.*, pág. 270), que excluye de su estudio el caso concreto del usufructo de dinero. Ahora bien, no se aprecia particularidad alguna en el caso del dinero que permita deducir que la obligación de restitución nazca precisamente cuando se extinga el usufructo, pues ello implicaría que antes no hubiera un derecho real pero tampoco ni siquiera un derecho de crédito a plazo.

un usufructo vitalicio, éste se extingue con la muerte del usufructuario. En consecuencia, la restitución será exigible a partir del óbito del usufructuario, y serán directamente los herederos de éste quienes deban responder de esa devolución frente a los nudo propietarios.

Ahora bien, la reclamación a los herederos del usufructuario, como responsables de la obligación de restitución, sólo será posible si los herederos de éste fueran extraños, no cuando además son los nudo propietarios del dinero usufructuado por el viudo, como es el caso. Recuérdese que el supuesto estudiado parte precisamente de la hipótesis más frecuente de existencia de descendencia común del causante y de su cónyuge superviviente, por lo que los herederos legales del usufructuario son casi siempre los mismos herederos del causante inicial (57). En los descendientes comunes confluyen dos condiciones provenientes de dos sucesiones distintas: son, por un lado, herederos de su progenitor primeramente fallecido, y como tales nudo propietarios de los bienes usufructuados por su progenitor sobreviviente, y, por otro lado, herederos del viudo usufructuario, del que también son descendientes. Si el viudo ha otorgado testamento, lo normal será que instituya herederos a esos mismos descendientes comunes, no a otras personas ajenas a la familia, y ciertamente lo habrá hecho así se trata de una maniobra deliberada de común acuerdo con el cónyuge premuerto para privar de la legítima a los descendientes comunes. Si por el contrario ese viudo muere *abintestato*, esa descendencia común será heredera en todo caso por imposición legal.

En consecuencia, no quedará nadie que responda de la deuda, puesto que se reunirán los conceptos de acreedor y deudor en las mismas personas, los hijos o descendientes comunes del primer testador y su viudo, salvo que repudien la herencia de este último. Como nudo propietarios del dinero en virtud de la herencia de su progenitor muerto en primer lugar serán por tanto acreedores de la restitución del dinero usufructuado, con un crédito que sólo podría ser exigible desde el óbito del usufructuario, y, también, en virtud de la segunda herencia proveniente de su otro progenitor fallecido en último lugar, sucesores a título universal de ese usufructuario vitalicio del dinero, y por ello deudores de la restitución de dicho dinero a los nudo propietarios que ha de devolverse al fallecimiento del usufructuario.

La deuda automáticamente quedará extinguida por el mecanismo propio de las obligaciones de la confusión, desde que los nudo propietarios acepten la herencia del usufructuario, por reunión en la misma persona de los conceptos de acreedor y deudor, conforme al artículo 1.192 del Código Civil, precepto que encuentra su aplicación más habitual, precisamente, en la sucesión *mortis causa*.

(57) Para no complicar más el supuesto, se va a prescindir del caso de que simultáneamente puedan concurrir descendientes no comunes.

Como es natural, sólo responderán de la deuda de restitución todos los hijos o descendientes si todos ellos fueran sucesores a título universal del viudo. Si todos o algunos de ellos fueran legatarios de este usufructuario, respecto de quien ostentara tal carácter no existiría confusión, pues de la deuda serían responsables los herederos, no los legatarios; ahora bien, se trata de un caso inhabitual que requeriría, por ejemplo, que el cónyuge superviviente hubiera otorgado testamento instituyendo heredero a alguno o algunos de los hijos, y legatarios a los otros. Paradójicamente, tampoco se aplicaría el mecanismo de la confusión a quienes hubieran sido preteridos por el viudo, puesto que no serían herederos, sino sólo legatarios, y no responderían de las deudas. Sin embargo, se trata de supuestos muy excepcionales. Lo más frecuente será que el viudo usufructuario no haya otorgado testamento, o que según éste todos los hijos sean herederos, y, cuando así suceda, la obligación de restituir el dinero usufructuado desaparecerá para todos ellos.

Para el sector doctrinal mayoritario que considera que en el usufructo de cosas consumibles el usufructuario adquiere la propiedad de la cosa, bien desde la constitución, o bien desde la consumición, y que, bien desde el inicio del usufructo, o bien desde el gasto, no existe nuda propiedad sino derecho de crédito, no ofrece duda que se aplicarán las reglas de extinción de las obligaciones. Así lo afirma, por ejemplo, DORAL, al comentar el artículo 482 del Código Civil sobre usufructo de cosas consumibles (58). En similar sentido se pronuncia ALBALADEJO: *«En el cuasiusufructo pueden recibir aplicación algunas de las reglas del usufructo; otras no. Además, sin duda que cabe que también se le apliquen las reglas de otras figuras (por ejemplo, siendo el usufructuario deudor del nudo propietario, si éste llega, a su vez, a serlo de aquél, las dos deudas —cuando concurren los requisitos debidos— se extinguen por compensación y, así, el usufructo acaba)»* (59).

Si bien no consta ningún autor que mencione expresamente la confusión entre los mecanismos legales de extinción de las obligaciones aplicables a la obligación de restituir propia del usufructo de cosas consumibles o de dinero, no se aprecia motivo alguno para que no sea así, tratándose de una simple deuda monetaria, cuando la compensación de deudas, por ejemplo, si se considera incluida.

Por si ello fuera poco, la extinción de la obligación principal de restitución extinguiría simultáneamente la accesoria de fianza, en caso de que se hubiera prestado. Ténganse en cuenta que no se trata de un supuesto de incumplimiento o de insolvencia, sino de extinción del crédito. Conforme al artículo 1.193 del Código Civil, *«la confusión que recae en la persona del deudor o del acreedor aprovecha a los fiadores»*, aunque aquí pueda surgir la duda cuan-

(58) DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A., *op. cit.*, págs. 309-310.

(59) ALBALADEJO GARCÍA, M., *op. cit.*, pág. 72.

do se trate de garantía distinta de la fianza, puesto en materia de usufructo la «fianza» del usufructo no tiene por qué ser tal en sentido jurídico estricto, pues la ley no impone cómo tiene que efectuarse a ese afianzamiento, y suele admitirse tanto la garantía personal como la real, típica o atípica (fianza, garantía real, hipoteca o prenda o incluso el depósito de títulos valores en establecimientos bancarios) (60). En cualquier caso, el principio general es que la extinción de la obligación principal acarrea la de la accesoria y, por lo tanto, el afianzamiento que se hubiera prestado conforme a cualquier forma jurídica distinta de la fianza, no subsistiría tras la extinción de la deuda principal.

Si los herederos del usufructuario de dinero son personas distintas a los descendientes comunes del testador inicial y su viudo, esos herederos responderán de esa deuda como de cualquier otra, con los solos inconvenientes derivados de la solvencia de esos herederos. Pero en el caso frecuentísimo de un usufructo viudal universal en el que los descendientes comunes son hijos del primer causante y del viudo, la aplicación del mecanismo automático de la extinción del crédito por confusión sólo puede evitarse por dos vías: repudiando la segunda herencia para que respondan de las deudas los siguientes llamados a la sucesión, o mediante el sistema de aceptar esa segunda herencia a beneficio de inventario, algo que raras veces sucede en la práctica y exige engorrosos trámites. Sólo si se ha aceptado a beneficio de inventario no se confunden a ningún efecto, en daño del heredero, los bienes particulares de éste con los de la herencia y, en consecuencia, no se extinguen las obligaciones por confusión (art. 1.023, en relación con el 1.192, párrafo 2.º, del Código Civil).

Ahora bien, ni siquiera en el caso excepcional de que los descendientes herederos del viudo aceptaran la herencia beneficio de inventario se derivarán necesariamente consecuencias prácticas favorables para ellos. Con la aceptación a beneficio de inventario se evitaría que se extinguieran por confusión las deudas procedentes de la herencia de usufructuario, entre las que se encontraría la deuda de restitución, pero continuaría sin haber nadie que respondiera del crédito aparte de los propios herederos. Seguirían siendo ellos mismos acreedores y deudores, aunque subsistiera teóricamente el crédito y como tal se incluyera en el inventario. La deuda se pagaría con los bienes de la herencia del usufructuario que, en cualquier caso, irían a parar a manos de esos mismos herederos; la pérdida económica sería la misma.

Así pues, la aceptación a beneficio de inventario no acarrearía ventaja práctica alguna para los nudo propietarios herederos, salvo en el caso de que se hubiera prestado fianza. Si la obligación principal de restitución persiste, también sucederá lo mismo con la accesoria de fianza. Ahora bien, ésta sólo tendrá eficacia en el caso de que no se cumpla la obligación principal, y ello sólo sucederá si el usufructuario carecía de patrimonio propio suficiente para

(60) DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A., *op. cit.*, pág. 400.

hacer frente al pago de la deuda. En caso contrario, la deuda debe pagarse con los bienes de la herencia del viudo, pertenecientes por hipótesis a los mismos descendientes herederos, y por tanto no hay incumplimiento, aunque ello reduzca el caudal relicto del usufructuario. Para que pueda tener algún efecto práctico la fianza, no sólo se necesita que los descendientes comunes del testador inicial y su viudo hayan aceptado a beneficio de inventario la herencia de éste, sino, además, que en el patrimonio relicto del viudo no haya bienes suficientes para la restitución del dinero.

El problema, en cualquier caso, es que tal fianza, de la naturaleza que sea, está legalmente dispensada en cuanto a la cuota legal usufructuaria, y es de discutible exigencia en caso de usufructo universal si el testador ha eximido de ella. Recuértese, conforme al artículo 491 del Código Civil, es obligación del usufructuario anterior a entrar en el goce de los bienes «*prestar fianza, comprometiéndose a cumplir las obligaciones que le corresponden con arreglo a esta sección*» (la que regula las obligaciones del usufructuario).

Lo normal en este tipo de testamentos de usufructo viual universal es que el testador releve de fianza al viudo, en atención a la confianza que le merece, condicionándose o no esa dispensa a que contraiga ulterior matrimonio. Tan frecuente es que, como ya se ha indicado *supra*, ROMERO COLOMA, en su conocido estudio sobre el usufructo viual universal, incluye la relevación de fianza en dos de los tres ejemplos que transcribe de fórmulas testamentarias habituales y admisibles (61). En algo tan usual hasta constituye cláusula notarial de estilo, junto con la exención de inventario. En la jurisprudencia menor comentada sobre usufructo de dinero, y en muchas otras sentencias sobre temas ajenos al aquí tratado, se reflejan casos en los que el testador releva de fianza al viudo usufructuario universal, con quien tenía hijos comunes (62). No obstante, que sea una práctica generalizada no exime de plantearse la vidiosa cuestión de hasta qué punto será válida la dispensa de fianza establecida por el testador constituyente en el testamento, en el caso concreto de usufructo viual universal cuando existen legitimarios que sean a la vez herederos que puedan resultar perjudicados, pues en los usufructos voluntarios, como lo es el testamentario, la fianza no puede dispensarse ilimitadamente en el título constitutivo.

Incluso si el testamento no contuviera esa dispensa expresa de fianza, estaría exento de ella el viudo respecto de la cuota legal usufructuaria mientras no contraiga nuevo matrimonio, conforme al artículo 492 del Código Civil. Este precepto, de carácter imperativo incierto, establece la exclusión de fianza

(61) ROMERO COLOMA, A. M., *op. y loc. cit.*, pág. 1779.

(62) Como ejemplos, entre otros muchos, de sentencias recientes, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 7.^a), de 19 junio de 2006 [ARANZADI AC 2006/1760], o la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 7.^a), de 28 de julio de 2003 [ARANZADI JUR 2004/15434].

para varios usufructuarios, incluyendo «*al cónyuge sobreviviente respecto de la cuota legal usufructuaria si no contrajeran [...] ulterior matrimonio*» (63). Esta exención de la obligación de prestar fianza por disposición de la ley, que no se extiende a la obligación de inventario, se condiciona a que el usufructuario permanezca viudo, de modo que la fianza sería exigible si contrae ulterior matrimonio, y el dato que pueda o no existir perjuicio es irrelevante. Sin embargo, el perjuicio sí tiene trascendencia en la dispensa voluntaria, es decir, si la obligación de prestar fianza es suprimida por voluntad del constituyente. El artículo 493 del Código Civil dispone que «*el usufructuario, cualquiera que sea el título del usufructo, podrá ser dispensado de la obligación de hacer inventario o de prestar fianza, cuando de ello no resultare perjuicio a nadie*». La amplia expresión «*cualquiera que sea el título del usufructo*», no sólo se refiere al testamentario, sino que incluso es más propia del usufructo constituido por testamento (64). A la vista de los artículos 492 y 493, surge la duda de en qué medida esa dispensa voluntaria, si procede de testamento, podría aplicarse al usufructo del viudo cuando hay herederos legitimarios del testador. No es nada fácil la interpretación conjunta de estos dos preceptos, ni existe jurisprudencia al respecto.

El artículo 492 del Código Civil que dispensa de fianza *ex lege* al viudo respecto de su cuota legal usufructuaria, se aplicaría imperativamente en caso de *abintestato*. Ahora bien, si el usufructo viudal procede de testamento, el usufructo puede haber sido ampliado por el testador, pasando a ser universal. Se plantea entonces si la exención legal de fianza respecto de cuota legal usufructuaria persiste de forma imperativa en sus propios términos en cuanto a esa cuota legal incluso cuando el testador ha establecido su propia dispensa voluntaria para la totalidad del usufructo del cónyuge supérstite, y si por tanto pueden coexistir dos regímenes distintos de dispensa, el legal para la cuota legal usufructuaria, y el que haya establecido el testador para todo lo que rebase esa cuota. La cuestión no es baladí, porque la regulación de la dispensa

(63) «*La disposición contenida en el número 2.º del precedente artículo [la obligación de prestar fianza comprometiéndose a cumplir las obligaciones que le corresponda antes de entrar en el goce de los bienes] no es aplicable al vendedor o donante que se hubiese reservado el usufructo de los bienes vendidos o donados, ni a los padres usufructuarios de los bienes de los hijos, ni al cónyuge sobreviviente respecto de la cuota legal usufructuaria si no contrajeran los padres o el cónyuge ulterior matrimonio*». El texto actual proviene de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, que modificó precisamente el inciso correspondiente al usufructo viudal, que en sus redacciones precedentes (la originaria y la introducida por Ley de 24 de abril de 1958), indicaba que la exención legal de fianza se refería «*al cónyuge sobreviviente respecto de la cuota hereditaria que le conceden los artículos 834, 837 y 838, sino en el caso de que [...] contrajeran ulterior matrimonio*» («*segundo matrimonio*», en el texto originario»). Excede ampliamente la pretensión del presente trabajo analizar en qué sentido la modificación de esa redacción ha podido afectar a la dispensa de fianza.

(64) DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A., *op. cit.*, pág. 410.

legal y de la dispensa voluntaria no es idéntica: en la dispensa legal se condiciona la exención de afianzamiento sobre la cuota legal usufructuaria a que el viudo no contraiga nuevo matrimonio, mientras que la existencia de perjuicios es relevante sólo en el caso de dispensa voluntaria.

DÍEZ-PICAZO y GULLÓN afirman que el artículo 492 forma parte del conjunto de preceptos que rigen a falta o por insuficiencia del título constitutivo del usufructo, por lo que debe de ser eficaz una voluntad contraria de las partes en la venta o donación, pero no en el usufructo legal del cónyuge viudo, pues aquí el título constitutivo es la propia ley y ella es la que dispensa» (65). No es pretensión de este trabajo el análisis de si, dado carácter excepcional de la dispensa legal del artículo 492, podría el testador derogarla sobre la cuota legal usufructuaria, o establecerla en términos distintos, en perjuicio o en beneficio del cónyuge supérstite. Baste decir que si se considera que el artículo 492 tiene carácter imperativo, la exención de dispensa de fianza respecto de la cuota legal usufructuaria tendría carácter legal y, por lo tanto, carecería de importancia la posible existencia de perjuicios, pero quedaría condicionada a que no se contraiga ulterior matrimonio; si por el contrario, se entiende que la dispensa tiene carácter voluntario cuando existe usufructo universal respecto de todo el patrimonio usufructuado, entonces se aplicaría a la totalidad del usufructo, incluyendo a la cuota legal usufructuaria, el criterio que sobre el «perjuicio» establece el artículo 493 para la dispensa voluntaria. En el caso de que el dinero forme parte del caudal relicto, esta segunda solución sería naturalmente más favorable a los intereses de los legitimarios. Lo cierto es que ya hay alguna jurisprudencia menor que se decanta por la postura de considerar que la voluntad del testador es soberana al dispensar de fianza el viudo usufructuario universal habiendo legitimarios; por ejemplo, según la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén (Sección 1.^a), de 11 de marzo de 2002 [ARANZADI JUR 2002/128251], si el testador ha relevado de fianza e inventario incondicionalmente, no podrá exigirse si el viudo contrae nuevas nupcias.

Lo fundamental es el sentido que ha de darse en la dispensa voluntaria al inciso final del artículo 493, «*cuando de ello no resultare perjuicio para nadie*». Podrá ser dudoso si este precepto se aplica a la cuota legal usufructuaria incluso cuando el usufructo viudal procede de título testamentario que conceda al cónyuge más usufructo del que constituye su legítima, pero lo que parece fuera de discusión es que sí es aplicable a todo lo que exceda de la cuota legal usufructuaria. Este precepto no utiliza la expresión «*perjuicio de tercero*», que podría remitir a los límites de la renuncia en el artículo 6.2 del Código Civil, y excluiría por definición a los herederos, como sucesores del testador, pues si bien renuncia y dispensa de fianza no son actos equivalentes, sí son actos diferentes que coinciden en un mismo

(65) DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *op. cit.*, pág. 421.

resultado (66). Pero, puesto que la ausencia de perjuicio se refiera a «*nadie*», es dudoso hasta qué punto una dispensa efectuada por el testador en el título constitutivo testamentario vincula o no a sus herederos si de la dispensa resultara «*perjuicio*» para esos mismos herederos. La jurisprudencia considera que la voluntad del testador sobre este punto vincula a los herederos voluntarios (así lo declaran las sentencias del Tribunal Supremo, de 10 de abril de 1893 y 9 de junio de 1948). Si los herederos son legitimarios y el perjuicio va afectar a la legítima, la doctrina parece pronunciarse en el sentido de que el testador no puede dispensar libremente de fianza; sin embargo, no consta jurisprudencia en sentido estricto al respecto.

Según ALBALADEJO, no habiendo legitimarios, la dispensa es posible si el testador la quiere, pero habiéndolos, no puede establecerla en perjuicio de aquéllos; si el testador otorga la nuda propiedad a un heredero no legitimario, puede dispensar de inventario y de fianza, aunque la dispensa perjudique a éste, pero «*si lo que deja el nudo propietario lo deja, no libremente, sino en cumplimiento de un deber (el de legítima), no puede entonces dispensar de fianza porque sería darle con protección debilitada un derecho que la ley le obliga a otorgar con toda la protección (del inventario y fianza) que ella establece*» (67). En similar sentido se decanta DORAL, para quien el perjuicio a evitar puede serlo tanto al propio dueño como a un tercero, distinto del dueño y del usufructuario, incluyendo los legitimarios (68). Díez-PICAZO y GULLÓN opinan de forma análoga que cuando el constituyente no consolida a su terminación la plena propiedad, sino que su derecho pasa a sus sucesores o causahabientes, éstos serían perjudicados por la dispensa, por lo que podrían invocar su ineficacia frente a ellos y, en consecuencia, exigir el cumplimiento de las obligaciones dispensadas, pero como suceden al causante están obligados por los actos de éste, con excepción, precisamente, de los legitimarios, y por su cuota de legítima, «*si para su pago se le adjudicase la propiedad gravada temporalmente por el usufructo*» (69). Parece, pues, que el testador constituyente no puede dispensar de la fianza al menos en lo que respecta a la cuota de legítima, si de ello se derivan perjuicios para los legitimarios. En nuestro caso, ello permitiría proteger los intereses de los legitimarios descendientes respecto de, al menos, dos tercios del caudal relicto o en todo caso, del tercio de legítima estricta.

Todo ello remite a analizar si en sentido estricto existirá tal «*perjuicio*» para los legitimarios nudo propietarios del dinero en el supuesto aquí estudiado de usufructo viudal universal con descendencia común. Para que los

(66) ALBÁCAR LÓPEZ, J. L. y CAVANILLA MÚGICA, S., «Comentario al artículo 493 del Código Civil», en *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, dir. por ALBÁCAR LÓPEZ y TORRES LANA, T. II, 1.ª ed., Trivium, Madrid, septiembre de 1991, pág. 834.

(67) ALBALADEJO GARCÍA, M., *op. cit.*, págs. 24-25, nota 20-5.

(68) DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A., *op. cit.*, pág. 410.

(69) Díez-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *op. cit.*, pág. 397.

legitimarios pudieran invocar con éxito la existencia de perjuicio derivado de la dispensa de fianza en el usufructo de su progenitor usufructuario, y que prospere la pretensión de que sea obligado a afianzar desde el inicio del usufructo o a lo largo de éste, es preciso que se acredite tal perjuicio, si a los legitimarios les corresponde la carga de la prueba, que es lo más probable cuando hay dispensa expresa. Y por tanto, aunque pueda parecer incongruente con todo lo hasta ahora expuesto, hay que plantearse si en realidad existiría ese «perjuicio» en el sentido legal del término utilizado por el artículo 493 del Código Civil, que no es definido suficientemente ni por la doctrina ni por la jurisprudencia. A mi juicio, cabrían tres posibilidades: considerar que del mero dato de ser legitimarios ya se desprende de suyo el perjuicio en cuanto a la cuota legitimaria (lo que eximiría de más justificación), entender que para interpretar el «perjuicio» han de seguirse las reglas de la responsabilidad civil contractual o extracontractual (lo que exigiría la acreditación cumplida del daño económico ya sufrido, directo y cierto) o bien aplicar analógicamente los criterios que para el peligro de la mora procesal recoge la legislación procesal en materia de medidas cautelares (lo que permitiría mayor flexibilidad y abrir la vía de los simples daños hipotéticos).

El perjuicio del que aquí se está tratando depende exclusivamente, además de la propia naturaleza del usufructo de dinero, de quiénes sean los herederos de ese usufructuario, es decir, de que los legitimarios finalmente lleguen a ser en un futuro incierto deudores y acreedores de sí mismos. Pero esa condición de herederos del viudo no la ostentan ni desde el inicio del usufructo ni mientras éste dura, sino, exclusivamente, desde que el usufructo se extingue. Hasta que no se abra la sucesión del viudo no se evidenciará si los nudo propietarios legitimarios del primer causante han pasado a ostentar además la condición de herederos legales o testamentarios del usufructuario, y además será precisa su aceptación. Mientras el viudo aún viva, no habrá perjuicio efectivo alguno, sino un puro perjuicio hipotético, incierto o aleatorio, que, si se siguieran por analogía las normas de la responsabilidad civil sobre perjuicios, resultaría insuficiente para fundamentar la exigencia de fianza. Si el criterio fuera algo similar al mucho menos rígido empleado en la adopción de medidas cautelares en el procedimiento civil, el de la mora procesal, (conforme al art. 728 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, «*situaciones que impidieren o dificultaran la efectividad de la tutela que pudiera otorgarse en una futura sentencia estimatoria*»), sí sería posible que sea admitiere el afianzamiento como puras medidas preventivas de un daño que no es seguro, pero sí probable o al menos posible. Lo único que podría plantearse es hasta qué punto habría perjuicio por la mera eventualidad de que en un futuro pudiera extinguirse la deuda por motivos que ni siquiera dependen por completo de ninguno de los interesados, pero que pueden suceder con cierta probabilidad. Más razonable podría ser prescindir de todo ello y entender que ya hay

suficiente perjuicio por la propia circunstancia del usufructo de dinero que forma parte del caudal relicto transfiera la propiedad al usufructuario sin control alguno, pero ello, como se desprende de la jurisprudencia menor, no parece ser suficiente.

La jurisprudencia no despeja la duda. La única sentencia de interés dictada por el Tribunal Supremo sobre la fianza en el usufructo, la de 3 de octubre de 1979 (Ponente: BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO), resulta de escasa ayuda. Por otra parte, si bien declara que procede la fianza porque *«la exigencia que el artículo 467 del Código impone a todo usufructuario, que tiene que conservar la forma y sustancia (en este supuesto, el derecho de caza), para que al cesar en su titularidad, pueda revertir íntegramente al propietario del mismo, impidiendo que esta reversión sea puramente ilusoria»*, también añade que *«salvo que concurra alguna de las excepciones que el precepto permite, como tipos de usufructo de disposición»*. Si no es exigible la fianza en el usufructo con facultad de disposición, en el que el usufructuario queda exonerado de la obligación de conservar la forma y sustancia, pese a que no se transmite la propiedad, con más razón no será exigible en el usufructo de cosas consumibles, en el que tampoco hay obligación de conservar la forma y sustancia y además se transmite la propiedad. Si el usufructuario no tiene obligación de conservar la forma y sustancia de la cosa ni, en sentido estricto, de restituirla, puesto que la obligación de restitución es sólo de los herederos, la fianza no procedería. Se enfoque como se enfoque, es más que problemática la prosperabilidad de la pretensión de que el viudo usufructuario universal vitalicio afiance cuando ha sido exonerado por el testador.

Por lo demás, según la doctrina, la fianza no es requisito para la adquisición o eficacia del usufructo, sino una simple obligación, que podrá exigirse por vía judicial. Tendría muy escasa eficacia práctica en el caso del viudo ante el carácter extremadamente volátil del dinero. El cónyuge supérstite no sólo está casi siempre exento de inventario (por disposición legal o testamentaria), lo que propicia la ocultación de bienes. Además suele estar en posesión efectiva de éstos, pues para que ostente su derecho a la cuota viudal es indispensable que no esté separado del causante ni siquiera de hecho, y también es cláusula de estilo que se faculta al viudo, cuando no se le instituye heredero, para tomar posesión por sí del legado. Para cuando se dictara la orden judicial de afianzamiento, el dinero podría haber desaparecido ya.

La conclusión, por tanto, es que los hijos o descendientes comunes se ven privados de esa legítima del testador que les correspondería. Sólo quienes hayan ejercitado su derecho a no conformarse con el usufructo universal en la primera herencia verán salvada su cuota, pero ésta se verá reducida a lo que les corresponda por legítima estricta y en cualquier caso ello ni siquiera solucionará el problema cuando toda la herencia consiste en dinero. Y si los hijos no han hecho uso de ese derecho, que es lo más habitual dados los vínculos

familiares, se verán afectados por la pérdida de la totalidad de la legítima. Pero, realmente, el riesgo se extiende a cualquier dinero que forme parte del caudal hereditario y que haya sido atribuido al viudo en usufructo, cuando hay descendencia común.

Evidentemente, este mecanismo de extinción de la deuda que ocasiona la pérdida definitiva del dinero se aplicaría a todos los usufructos de dinero vitalicios sin fianza, con independencia del problema de la solvencia o de los vínculos familiares. Si en cualquier usufructo de dinero hay que devolver el capital al nudo propietario al finalizar el plazo del usufructo, y éste es vitalicio, la deuda de dinero se transmite a los herederos del usufructuario fallecido, por lo que basta con que el nudo propietario sea a su vez heredero *ab intestato* o testamentario del usufructuario causante para que la deuda se extinga por confusión. La posibilidad de que ello suceda en la vida jurídica resulta remota cuando no se trate de padres e hijos, como no fuera que una simple causalidad haga coincidir al nudo propietario con el heredero o bien que ello responda a una intención deliberada del usufructuario, que instituya heredero a su nudo propietario con el propósito de que nadie responda de la devolución del dinero tras la muerte, para lo cual haría falta evidentemente que esa segunda herencia fuera aceptada.

Sin embargo, si se trata del viudo y la descendencia común no hace falta ni una extraña coincidencia ni una improbable voluntad deliberada; ni siquiera es preciso que el usufructuario otorgue testamento o tenga ánimo fraudulento. Cotidianamente se dictan testamentos con usufructos viudales universales, raro es el patrimonio relicto en el que no aparece dinero, y nada más corriente en la vida jurídica que la descendencia común de dos cónyuges bien avenidos herede a ambos. No hace falta ni mala fe ni recurrir a artificiosos subterfugios defraudatorios.

El riesgo efectivo de extinción de la deuda derivada del usufructo de dinero en los usufructos vitalicios viudales por vía de confusión no parece haber sido detectado por la doctrina española. Sólo consta la opinión sucintamente expuesta por HERNÁNDEZ GARCÍA (70), para el caso concreto del usufructo de dinero en Derecho aragonés conforme a la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de Régimen Económico-Matrimonial y Viudedad, cuyo artículo 117, con técnica discutible, dispone lo siguiente:

«El viudo tendrá derecho a los intereses que produzca el dinero. También podrá disponer de todo o parte del mismo. En este caso, el viudo o sus herederos habrá de restituir, al tiempo de extinguirse el usufructo, el valor actualizado del dinero dispuesto».

Aparte de que HERNÁNDEZ GARCÍA no se refiere explícitamente a la extinción de la deuda, no se trata de un caso necesariamente extrapolable

(70) HERNÁNDEZ GARCÍA, J., *op. y loc. cit.*, págs. 229-230.

al Derecho Común. La regulación de la viudedad aragonesa es diferente a la contenida en el Código Civil, y el usufructo de dinero de la Ley 2/2003 tiene régimen jurídico propio y es discutible hasta qué punto resulta supletorio el Derecho Común. Pero, en cualquier caso, el resultado final de difícilmente remediable perjuicio para los descendientes comunes nudo propietarios del dinero usufructuado por el cónyuge supérstite no es muy distinto al que se ha analizado en el Código Civil, pues este autor afirma que la obligación de prestar fianza cuando lo exijan los nudo propietarios está supeditada a que no exista disposición contraria del muerto, que será lo más frecuente.

Entre las posibles soluciones a un resultado tan anómalo, queda descartada la del reparto del dinero usufructuado. Ni el usufructuario ni el nudo propietario pueden imponer de forma unilateral el reparto de la cosa usufructuada, aplicando las reglas de la división, puesto que, evidentemente, no son condóminos y, además, como sostiene MONSERRAT VALERO, el Código Civil al contemplar el problema del usufructo de una suma de dinero nunca lo resuelve repartiéndola entre nudo propietario y usufructuario (71). Suponiendo que la suma usufructuada constituyera la totalidad del caudal relicto, tampoco parece viable que, como es el sistema habitual para evitar usufructos potencialmente conflictivos, se acepte la conmutación de la cuota usufructuaria por una renta vitalicia, los productos de determinados bienes o un capital en efectivo procediendo de común acuerdo y, en su defecto, por virtud de mandato judicial o conforme al artículo 839 del Código Civil. Según este artículo, la iniciativa corresponde a los herederos, pero su ejecución depende de la conformidad del cónyuge supérstite y subsidiaria decisión judicial. Desde el punto de vista práctico no es de esperar que tal pretensión pudiera encontrar favorable acogida en el usufructuario, porque la cuestión fundamental del cálculo del valor del usufructo es poco menos que insoluble, y no es posible conjeturar cuál podría ser la solución judicial en caso de desacuerdo.

En efecto, en la práctica jurídica se utiliza cotidianamente a efectos civiles la fórmula fiscal de valoración del usufructo vitalicio prevista para el Impuesto de Sucesiones y Donaciones, la cual atribuye al usufructo un determinado porcentaje del valor de la propiedad plena. Esa fórmula parte de la variable de la edad del usufructuario en el momento de constitución del usufructo que sea persona física (a mayor edad, menos valor fiscal al usufructo), y el valor resultante suele emplearse también en los cálculos civiles; por ejemplo, para fijar el precio en caso de venta del derecho de usufructo. Ciertamente, la circunstancia de que la normativa tributaria establezca unos criterios a efectos de pago del impuesto no afecta a la sustantividad civil del propio derecho, ni a la autonomía de las partes, pero lo cierto es que suele acudir a esos criterios fiscales, a falta de alternativa de valoración razonable y porque

(71) MONSERRAT VALERO, A., *op. y loc. cit.*, pág. 422.

resulta muy equitativo. El criterio de reparto del valor de la propiedad plena entre nudo propietario y usufructuario en función de la edad de éste no presenta especial dificultad en la mayoría de los bienes, pero sí cuando se trata de dinero. En el caso del dinero el usufructuario siempre saldrá perdiendo si se aplica el criterio fiscal frente al civil de considerarlo propietario de la totalidad. Por ejemplo, si el usufructuario fuera de edad avanzada, fiscalmente la valoración de su usufructo podría llegar a ser sólo del 10 por 100 del capital usufructuado, mientras que civilmente sería propietario de todo. Ante posiciones tan distanciadas, la posibilidad de llegar a una solución razonable por vía de convenio parece remota.

Finalmente, y a propósito de la valoración fiscal del usufructo de dinero (72), es interesante resaltar una consulta tributaria según la cual el criterio que debe seguirse para el cálculo de la base imponible en un usufructo de dinero es el mismo que en cualquier otro usufructo, es decir, que a efectos tributarios no se aprecia particularidad alguna cuando el objeto usufructuado consista en dinero. Se trata de la Resolución de la Dirección General de Tributos, número 166/2005, de 20 de abril [ARANZADI JUR 2005/119830], a cuyo tenor: «*En cuanto a si el dinero debe figurar a nombre de la madre o también a nombre de los hijos, dado que estamos ante un supuesto de dominio desmembrado, ambas partes deben figurar según su título, la madre como usufructuaria y los hijos como nudo propietarios*» (73). Además, esta Resolución, para atribuir los rendimientos del capital al usufructuario a efectos de Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, cita el artículo 471 del Código Civil, según el cual el usufructuario tiene derecho a disponer de todos los frutos naturales, civiles e industriales de los bienes usufructuados, omitiendo, significativamente, el artículo 482 del Código Civil sobre usufructo de

(72) Sobre la aplicación de la normativa fiscal en el caso de usufructo viudal que recaiga sobre dinero en Derecho aragonés, vid. HERNÁNDEZ GARCÍA, J., *op. y loc. cit.*, pág. 228.

(73) Resolución de la Dirección General de Tributos, número 166/2005, de 20 de abril [ARANZADI JUR 2005/119830]. Si la constitución del usufructo se realiza sin contraprestación, está sujeta al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, por el concepto de «*adquisición de bienes y derechos por donación o cualquier otro negocio jurídico a título gratuito e intervivos*», según prevé el artículo 3.1.b) de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. El párrafo segundo de la letra a) del artículo 26 de la citada Ley establece que «*en los usufructos vitalicios se estimará que el valor es igual al 70 por 100 del valor total de los bienes cuando el usufructuario cuente menos de veinte años, minorando a medida que aumenta la edad, en la proporción de un 1 por 100 menos por cada año más con el límite mínimo del 10 por 100 del valor total*». En consecuencia, según esta Resolución, la base imponible del impuesto, es decir, en lo que se valora el usufructo constituido, estará constituida por la cuantía resultante de aplicar el porcentaje correspondiente según la regla anterior al importe del dinero objeto del usufructo, por lo que habrá que tener en cuenta la edad de la madre en el momento de constitución del usufructo. De forma simplificada dicho porcentaje será el resultado de restar la edad de la madre usufructuaria la cifra 89 (con un mínimo del 10 por 100).

cosas consumibles. Desde el punto de vista fiscal, por tanto, parece que hoy día no se considera al usufructuario como propietario del dinero, sino usufructuario ordinario. Un ejemplo más de discordancia entre la legislación tributaria y la civil, pero con graves consecuencias para el nudo propietario, que estaría obligado a tributar desde el inicio del usufructo como si fuera nudo propietario del dinero cuando realmente es un simple acreedor con crédito de difícil cobro. El contraste es también grande con el criterio tributario vigente en el momento en que se dictó el ya citado Acuerdo del Tribunal Económico-Administrativo Central, de 20 de noviembre de 1964, según el cual el nudo propietario de dinero sí tenía la consideración fiscal de acreedor.

5. CONCLUSIONES

Si se usa conforme a su destino natural, todo dinero usufructuado tiende a desaparecer del patrimonio del usufructuario, quien pasa a ser propietario del dinero al menos desde la consumición, y el crédito de restitución que ostenta el nudo propietario, exigible al extinguirse el usufructo, dependerá para el cobro efectivo de la solvencia del usufructuario. La doctrina no es mayoritariamente partidaria de que el usufructuario de cosas consumibles, entre las cuales se incluye el dinero, esté obligado a garantizar la diligente administración de las cosas consumibles usufructuadas, y la jurisprudencia menor que ha empezado a dictarse respecto del caso concreto del usufructo de dinero está dividida en dos grandes sectores, con similar número de sentencias, una de las cuales afirma que el usufructuario puede disponer libremente del dinero, sin dar cuenta alguna al nudo propietario ni ser sometido a restricción o garantía alguna.

Sin embargo, ni el riesgo de la insolvencia ni el de la depreciación monetaria es el más importante en caso de dinero usufructuado por el viudo cuando existe descendencia común. Suponiendo el caso muy frecuente de que un testador otorgue testamento de Derecho Común con usufructo viudal universal, y exista descendencia común, los descendientes, verán como se extingue definitivamente por confusión la deuda de restitución del dinero usufructuado como consecuencia de coincidir en ellos la condición de herederos de ambos cónyuges. No es ya una cuestión de solvencia, sino de desaparición legal del crédito. Para que resulte esa consecuencia, que alcanzará a todo aquel dinero que conste en la masa hereditaria del testador inicial que haya sido gastado por el usufructuario, incluyendo el que forme parte de la cuota legitimaria de los descendientes del testador, es indispensable que los herederos del usufructuario sean los descendientes comunes de éste y el testador, lo que es precisamente, el caso más habitual.

Se han examinado todas las posibles soluciones: exigencia de fianza al viudo, aplicación del régimen de los artículos 494, 507 ó 520 del Código

Civil, aceptación por los legitimarios de la herencia del usufructuario a beneficio de inventario, o conmutación de la cuota viudal usufructuaria. Ninguna de ellas resulta satisfactoria en el caso del dinero, puesto que incluso es posible que la fianza prestada por el viudo usufructuario, en los escasos supuestos en que sea posible exigirla, se extinga junto con la deuda principal de restitución. En conclusión, no se vislumbra remedio alguno para impedir que el nudo propietario de dinero lo pierda definitivamente, cuando ese dinero es usufructuado por el progenitor viudo como consecuencia de un usufructo testamentario instituido por el otro progenitor premuerto. Mientras se trate de descendencia común, haya dinero en la herencia, y el nudo propietario sea heredero del testador inicial y del viudo usufructuario, no se encuentra fórmula legal para evitar la pérdida total o parcial o del dinero que forme parte de la legítima, si el viudo decide gastarlo a su conveniencia, sin necesidad alguna de mala fe por parte de ninguno de los interesados. La única posibilidad sería que todos los tribunales decidieran acoger de forma unánime unas construcciones doctrinales sobre el usufructo de dinero que en estos momentos no son admitidas más que por algunas Audiencias Provinciales.

Pero, con independencia de que ese criterio no sea el mayoritario en la jurisprudencia menor, lo cierto es que tampoco, desde el punto de vista teórico parece que sea el más acorde con la legislación vigente sobre usufructo de dinero. De *lege data* el usufructo de dinero parece ser precisamente así de anómalo, como afirma la citada sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, de 8 de febrero de 2002: «*es el propio ordenamiento jurídico el que consiente la destrucción y consunción de la cosa para imponer al usufructuario la obligación de devolver el tantundem*».

Cuestión distinta es si la regulación actual sobre el usufructo de dinero, además de confusa e insuficiente, es o no conforme con la justicia material. En el caso concreto de los usufructos viudales, evidentemente no, puesto que se derivan resultados especialmente absurdos y contrarios al propio principio de intangibilidad de la legítima, fundamental en Derecho sucesorio. En cuanto al resto de usufructos de dinero, aunque no resulte afectado un principio de tal relevancia en nuestro ordenamiento, es indudable que la desprotección del nudo propietario es excesiva. En aras de la seguridad jurídica y de la protección efectiva de los derechos del nudo propietario, muy especialmente cuando es legitimario, parece aconsejable una reforma legislativa. De *lege ferenda* podría tomarse como referencia el Derecho catalán para una futura regulación del usufructo de dinero, preferiblemente conforme a los criterios de la versión de la derogada Ley 13/2000, en vez de los de la vigente Ley 5/2006.

RESUMEN

USUFRUCTO

En el usufructo de dinero en Derecho Común, una corriente de la jurisprudencia menor, conforme al criterio de un amplio sector doctrinal, considera que el usufructuario está facultado para disponer a su arbitrio del dinero usufrutuado sin concertar su destino con el nudo propietario, ni rendirle cuentas, ni prestar fianza salvo que el propio título constitutivo la exija, lo cual será infrecuente en caso de usufructos hereditarios, con la consiguiente desprotección del nudo propietario. Todo dinero usufrutuado, usado conforme a su destino natural, tiende a desaparecer del patrimonio del usufructuario, quien pasa a ser propietario al menos desde la consumición, de modo que el crédito de restitución del nudo propietario, técnicamente simple acreedor, es exigible sólo al extinguirse el usufructo, y por tanto dependerá, para el cobro efectivo, de la solvencia del usufructuario y de sus herederos. Ahora bien, en caso de usufructo viudal, si existen descendientes comunes del causante y del viudo usufructuario, el crédito de restitución resultará inexigible en sentido estricto, no ya por insolvencia, sino al extinguirse legalmente por confusión, al coincidir en esos descendientes la condición de acreedores y deudores de ese crédito. Para que se derive esa consecuencia, que alcanza a todo dinero que figure en la masa hereditaria del causante inicial que haya sido gastado por el viudo usufructuario, incluyendo el que forme parte de la cuota legitimaria de los descendientes del cónyuge primeramente fallecido, basta con que los herederos del viudo usufructuario sean descendientes comunes de éste y del premuerto, lo que es, precisamente, el caso más habitual. De este modo, los legitimarios hijos o descendientes pueden ver afectadas sus legítimas de modo grave e

ABSTRACT

USUFRUCT

Regarding the usufruct of money under common law, a minor current of jurisprudence, pursuant to the criterion of a broad sector of doctrine, considers that the usufructuary is empowered to dispose of the money at issue however he wishes, without having to reach any arrangement with the owner as to the money's intended use, and without having to render any accounts to the owner or furnish any deposit save that which the constitutive title itself requires (which would be infrequent in the case of hereditary usufructs), with the ensuing lack of protection for the owner. All money subject to usufruct, used pursuant to its natural purpose, tends to vanish from the patrimony of the usufructuary, who becomes an owner at least as of the time when the money is consumed, such that the credit to be returned to the money's original owner (technically a mere creditor) is exigible only at the end of the usufruct. Effective collection will therefore depend upon the solvency of the usufructuary and his heirs. Now then, in the case of a widowed spouse's right of usufruct in the deceased spouse's estate, if there are common descendants of the deceased and the usufructuary widowed spouse, the credit to be returned will prove not to be exigible in the strict sense, not due to insolvency, but rather because it will have become legally extinguished by confusion, whereas said descendants are both the creditors and the debtors of said credit. In order for this consequence to take place—as it does with all money in the assets of the first-deceased spouse's estate that has been spent by the usufructuary widowed spouse, including the money forming part of the portion reserved for the descendants of the spouse who dies first—it suffices for the heirs of the usufructuary widowed spouse to be

irreversible: con la pérdida definitiva, en todo o en parte, del dinero que forma parte de su porción, en beneficio del cónyuge usufructuario, sin que sea preciso que concurra mala fe o ánimo fraudulento del cónyuge premuerto o del viudo. Como ninguna solución de lege data resulta satisfactoria, parece aconsejable una reforma legislativa, pues la regulación vigente en Derecho Común sobre usufructo de dinero no garantiza la intangibilidad de la legítima ni, en general, los derechos del nudo propietario. De lege ferenda podría tomarse como referencia para una futura regulación el Derecho catalán, preferiblemente conforme a los criterios de la derogada Ley catalana 13/2000.

common descendants of said spouse and the predeceased spouse, which is exactly the most often-occurring case. Thus, the children or other descendants for whom a portion of the estate should be reserved may find their reserved portions affected seriously and irreversibly: with the definitive loss of all or part of the money forming part of their portion, to benefit the usufructuary spouse, without there necessarily being any bad faith or fraudulent intent attendant on the part of the predeceased spouse or the widowed spouse. Since no de lege data solution proves satisfactory, legislative reform would appear advisable, because the regulation in force in common law regarding money in usufruct does not guarantee the intangibility of the reserved portion or, in general, the rights of the owner. De lege ferenda, Catalan law could be taken as a reference point for future regulation, preferably pursuant to the criteria of Catalan Act 13/2000, now repealed.

(Trabajo recibido el 14-02-08 y aceptado para su publicación el 20-03-09)