

Usufructo de disposición: un examen puntual al alcanzar el primer cuarto del siglo XXI

Usufruct of disposition: a special examination at the first quarter of the 21st century

por

ÁNGEL SERRANO DE NICOLÁS

Notario de Barcelona

Prof. Asoc. Dr. Derecho civil

Universitat Pompeu Fabra (Barcelona)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1211-3016>

RESUMEN: Esta aportación estudia la centenaria figura del usufructo con facultad de disposición, conforme, básicamente, a la doctrina, jurisprudencia y resoluciones, de estos dos últimos decenios del siglo XXI, incidiendo en lo que es su estructura básica, o sea, sus facultades dispositivas, y cuándo puede disponer, y cómo, según sea *inter vivos* y a título oneroso o gratuito, y, a la vez, sin o con necesidad de asentimientos de terceros, sean o no los nudos propietarios.

El usufructuario de disposición, cualquiera que sea su modalidad (con libre disposición, solo para caso de necesidad, con o sin necesidad del asentimiento del nudo propietario o de terceros, deba restituir la misma cosa usufructuada o su *tantundem*), siempre es titular de un mero derecho real limitado de goce (por lo que nunca estará en situación de proindiviso con el nudo propietario, unido a que este será propietario, mientras que el usufructuario, aun tenga yuxtapuesta la facultad de disposición, solo será legatario), por tanto, al solo poder ser legatario, ni forma parte de la comunidad hereditaria (por lo que tampoco se da ningún retracto), ni puede intervenir en la partición, ni puede liquidar los gananciales, ni puede exigírsele que pague las legítimas, ni su titularidad usufructuaria puede

servir para pagarlas, pues se vulneraría —dado que un gravamen es lo que es siempre— la intangibilidad cualitativa de la legítima.

ABSTRACT: This contribution studies the centuries-old figure of usufruct with the power of disposal, basically in accordance with the doctrine, jurisprudence and resolutions of these last two decades of the 21st century, focusing on its basic structure, that is, its dispositive powers, and when it can be disposed of, and how, depending on whether it is inter vivos and for consideration or free of charge, and, at the same time, without or with the need for the consent of third parties, whether or not they are the bare owners.

The usufructuary of disposition, whatever its form (with free disposition, only in case of need, with or without the need for the consent of the bare owner or of third parties, must return the same usufructuary or its tantundem), is always the owner of a mere limited real right of enjoyment (for which reason he will never be in a situation of joint ownership with the bare owner; in addition to the fact that the latter will be the owner, while the usufructuary, even if he has juxtaposed the power of disposition, will only be a legatee), therefore, since he can only be a legatee, he is not part of the hereditary community (for which reason there is no redemption either), nor can he intervene in the partition, nor can he liquidate the joint property, nor can he be required to pay the legitimate shares, nor can his usufructuary ownership be used to pay them, since the qualitative intangibility of the legitimate share would be violated – given that a lien is what it always is.

PALABRAS CLAVE: Usufructo de disposición, pseudousufructo, cuasiusufructo, fideicomiso de residuo, asentimiento, situación de necesidad, *tantundem*, heredero, legatario

KEYWORDS: *Usufructuary of disposition, pseudousufruct, quasi-usufruct, residue trust, consent, situation of need, tantundem, heir, legatee*

SUMARIO: I. PRELIMINAR: ALGUNAS PRECISIONES CONCEPTUALES INICIALES. I.1. DISPOSICIÓN DE LA COSA USUFRUCTUADA VERSUS DISPOSICIÓN DEL MISMO DERECHO REAL DE USUFRUCTO O SOLO DE SUS FRUTOS. I.2. SUPERACIÓN ACTUAL DEL CARÁCTER PERSONALÍSIMO DEL USUFRUCTO Y NEGACIÓN DE SU CARÁCTER DE PROPIETARIO. I.3. RESEÑA DEL RECONOCIMIENTO HISTÓRICO Y POSITIVO DEL USUFRUCTO DE DISPOSICIÓN.—II. USUFRUCTO DE DISPOSICIÓN: CONCEPTO, NATURALEZA JURÍDICA Y POSIBILIDAD DE DEVOLVER EL *TANTUNDEM*. II.1. CONCEPTO ACTUAL DEL USUFRUCTO DE DISPOSICIÓN. II.2. NATURALEZA JURÍDICA: DERECHO REAL LIMITADO DE GOCE EN COSA AJENA, EJERCICIO PERSONALÍSIMO Y APLICACIÓN DE LA SUBROGACIÓN REAL. II.3. POSIBILIDAD DE LOGRAR EL FIN DEL USUFRUCTO DE DISPOSICIÓN MEDIANTE DEVOLUCIÓN DEL *TANTUNDEM*, Y, PARA ELLO, REGULARLO COMO

CUASIUFRUCTO VOLUNTARIO. II.4. DIFERENTES FUNCIONALIDADES DEL USUFRUCTO DE DISPOSICIÓN FRENTE AL FIDEICOMISO DE RESIDUO. II.5. IMPOSIBILIDAD DEL USUFRUCTO DE DISPOSICIÓN EN COSA PROPIA Y PSEUDOUSUFRUCTO TESTAMENTARIO.— III. VÍAS DE CONSTITUCIÓN DEL USUFRUCTO DE DISPOSICIÓN Y MODALIDADES DE EJERCICIO DEL MISMO. III.1. CONSTITUCIÓN INTER VIVOS, ONEROSA O GRATUITA, O POR VÍA MORTIS CAUSA, COMO LEGATARIO. III.2. CONFIGURACIÓN DE LA FACULTAD DE DISPOSICIÓN: CASO DE NECESIDAD, CASOS CONCRETOS, CON LIBRE DISPOSICIÓN Y CON O SIN ASENTIMIENTO, ASISTENCIA O NOTIFICACIÓN A AJENOS. III.3. FACULTAD DE DISPOSICIÓN SOLO PARA CASO DE NECESIDAD O URGENCIA. III.4. EJERCICIO EXTRALIMITADO, DOLOSO O ABUSIVO, EN LAS FACULTADES DISPOSITIVAS POR EL USUFRUCTUARIO DE DISPOSICIÓN, INCLUSO CUANDO ES DE LIBRE DISPOSICIÓN.—IV. NOTA MÍNIMA SOBRE LA UTILIDAD DEL USUFRUCTO DE DISPOSICIÓN PARA INCORPORAR EL *TRUST*.—V. CONCLUSIONES.—ÍNDICE DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES.—BIBLIOGRAFÍA.

I. PRELIMINAR: ALGUNAS PRECISIONES CONCEPTUALES INICIALES

La pretensión de la presente aportación es poner de relieve cuestiones puntuales que, en prácticamente toda la estructura del usufructo con facultad de disposición (en adelante, usufructo de disposición), todavía se suscitan, en estos últimos cinco lustros, en el ámbito del Código civil español (en adelante CC), aunque, ocasionalmente, también habrá referencias puntuales a los otros derechos civiles españoles, singularmente al catalán (por tener tipificada la institución, artículos 561-21 a 561-24 Código civil catalán, en adelante CCCat), y, puntualmente, al Derecho civil navarro (en adelante FNN).

Se trata de constatar cómo se vienen resolviendo, doctrinal y jurisprudencialmente, los principales problemas que se suscitan en la práctica diaria de esta vieja institución, como delata la jurisprudencia, bastante anterior al CC, citada por DE VERDA (2022, 472-473); LECIÑENA (2016, 124-125) y REPRESA POLO (2008, 33-34), cuando el usufructuario goza de la facultad de disposición, tanto si es por sí solo como si es con el necesario asentimiento de otras personas (sean o no los nudos propietarios). Todo ello, con indiferencia de que recaiga sobre bienes muebles o inmuebles usufructuados; como que sea temporal o vitalicio¹, e incluso referido a la vida de una tercera persona, como admite la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de noviembre de 2009 (en lo sucesivo RDG, con indiferencia de que se refiera a cuando tenía esta denominación, como a la ulterior de Seguridad Jurídica y Fe Pública). Este tercero (persona física necesariamente) cuya vida determinará la duración del usufructo, podrá ser el cónyuge, un hijo, o cualquier otra persona,

cabe entender que ya necesariamente viva o concebida, a fin de no perpetuar este gravamen, no en vano, aunque goce de libre facultad de disposición sigue siendo un usufructuario y no un propietario, por tanto, un gravamen es lo que sigue siendo, y, como tal, no puede ser perpetuo.

Es propicia la institución del usufructo a que se le yuxtapongan pactos atípicos, basados en el amplio juego que da la articulación de la facultad de disposición con las facultades de goce y uso, sea transmitiendo o reteniendo, una o alguna de ellas. Posible, todo ello, en base a la teoría del *numerus apertus* y al artículo 467 CC, de lo que son ejemplo, en orden a la distribución de facultades, la RDG de 8 de noviembre de 2018, en que se discute si se dona la facultad de disponer o un auténtico derecho real atípico, aunque sea solo de dicha facultad de disponer (que es lo que se hace y se admite)²; un año después, la RDG de 8 de noviembre de 2019 admite que la donante se reserve el usufructo con la facultad de disponer del mismo —o sea del usufructo— *mortis causa*; y, en lo que aquí interesa, la RDG de 25 de abril de 2022 al diferenciar entre la donación *mortis causa*, en la que el donante no solo no pierde su poder de disposición sobre lo donado sino que puede revocarla, a diferencia de la donación *inter vivos* con efectos *post mortem* (contemplada en el artículo 531-9.3 último inciso CCCat y admisible en el CC español), en que junto a ser irrevocable, si pierde la facultad dispositiva al haber transmisión de presente, aunque condicionada suspensivamente en sus efectos a la muerte del donante, y que es inscribible.

La donación *mortis causa* no está admitida en el CC español, así RDG de 27 de marzo de 2019, pues se le aplicaría el artículo 620 CC, respecto del que CASTILLO (2022, 5199), sostiene que es complementario al artículo 1271.2 CC, que no prohíbe la donación *mortis causa*, sino que se limitaría a remitirse al articulado regulador de la sucesión testamentaria (tal que la revocabilidad), para cualquier modalidad de disposición gratuita cuya eficacia se condicione al fallecimiento del donante, y, desde luego, entiendo, exige distinguir entre las *mortis causa* y las *post mortem* (que serían *inter vivos* y admisibles, como resuelven la RRDG de 20 de febrero de 2017 y 29 de octubre de 2020). Si se admite en el Código civil catalán, artículos 432-1 a 43-5. Desde luego, lo que no cabe en ninguno de los dos códigos —CC y CCCat— es *la promesa de donación*, para el CC español lo resuelve expresamente la STS 265/2019, de 10 de mayo.

Además, aprovecharé este Preliminar para diferenciar entre la disposición de la cosa usufrutuada y la disposición del derecho real de usufructo o solo de sus frutos; distinción en la que es básico resaltar el carácter patrimonial del derecho real de usufructo frente a su romanista concepción como derecho personalísimo y cuasi-familiar, sin perjuicio de que así se pueda configurar si es voluntad del constituyente, y debiéndose destacar que así lo sigue siendo en la práctica, pues raro es que se dé fuera del ámbito familiar, aunque es posible y admisible; para

las distintas posibles modalidades de configuración será determinante el que se constituya a título oneroso o gratuito; *inter vivos* o *mortis causa*; y, en todo caso, cualesquiera que sean sus facultades, incluso con la más amplia y libre facultad dispositiva (aunque siempre *inter vivos*), no se convierte en propietario, ni como tal se le puede tratar, ni en el ámbito familiar-sucesorio (como se verá en la liquidación de gananciales, pago de legítimas, etc.), ni en el patrimonial, aunque sí puedan exigírsele algunas obligaciones del propietario (cumplimiento de la función social de la propiedad, al ser él el legitimado para gozar y disponer, arrendar, etc.).

I.1. DISPOSICIÓN DE LA COSA USUFRUCTUADA VERSUS DISPOSICIÓN DEL MISMO DERECHO REAL DE USUFRUCTO O SOLO DE SUS FRUTOS

Supuesto distinto al usufructo de disposición —por lo que no se tratará sino ahora y tangencialmente— es la *posibilidad de enajenar o disponer del propio derecho real limitado de usufructo en cosa ajena*, rechazada por algunos por entender que solo cabría la *transmisión de su ejercicio o solo de los frutos*, así FUENTESECA (2020, *passim*, singularmente, 242-247, donde concluye que cuanto dice —del usufructo ordinario— es aplicable al usufructo con facultad de disposición, dado que su fuerza obligatoria está en el propio título constitutivo). Esta limitada posibilidad también se mantiene en el sector romanista (ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, 1996, 5026-5029), aduciendo —al examinar el artículo 480 CC— como principales argumentos los siguientes (que matizaré en lo no coincidente o para mejor entendimiento de lo que particularmente entiendo):

- a. ser un *ius in re aliena*, cuya función alimenticia y carácter personalísimo, propios del antiguo Derecho romano, ya habían sido superados por la jurisprudencia romana clásica una vez llegó a admitir que se podía vender, donar o alquilar, por lo que devino, en consecuencia, en nota esencial su temporalidad (que aún late en el art. 480 CC), y lo que no sería admisible es un usufructo sucesivo tras otro que deje sin contenido la propiedad (y tampoco, entiendo, lo sería actualmente, salvo para personas usufructuarias vivas sucesivas, art. 521 CC). Esto no quita que también entonces tuviese contenido patrimonial, y que pudiera darse la transmisibilidad, lo relevante es el cómo y con qué efectos, citando, al efecto FUENTESECA (2020, 78-91), múltiple doctrina, nacional y foránea, e incluso acudiendo, para buscar analogías, al mandato y la fianza;
- b. estar reconocido que todo titular de derechos subjetivos puede disponer tanto de su derecho como de alguna de sus facultades (*cfr.*, para ello, art. 1112 CC), pero eso sí, no puede olvidarse que, aunque transmitida una

facultad, vgr. la de goce o simple arriendo, su régimen es excepcional, pues siempre continúa vinculada a la inicial relación jurídica de usufructo (lo que, desde luego, así continúa en nuestro CC);

- c. ser opinión generalizada que la transmisión del íntegro derecho de usufructo o de una simple facultad no supone, en modo alguno, la extinción de la relación jurídica de usufructo inicial, de lo que es un ejemplo la RDG de 22 de agosto de 2011, que para FUENTESECA (2020, 62-64), y en orden a admitir la cesión, implica distinguir entre derecho real y derecho de crédito. En cualquier caso, entiendo que sí se podría contemplar en el título constitutivo (de ordinario sucesorio e inhabitual que se contemple) la cesión total con desaparición de la relación anterior de usufructo; de no contemplarse, que es lo habitual, será en el marco inicial —de la relación jurídica de usufructo— en el que seguirá desenvolviéndose el derecho de usufructo (y el derecho o facultades cedidas), aunque pueda ser otro el usufructuario que ejercite —durante el tiempo que aún quede de su duración— las facultades cedidas, pero, desde luego, no cabría si ya inicialmente nació como personalísimo (RDG de 26 de noviembre de 2019), pues no le es de esencia al usufructo su transmisibilidad, sino que incluso del propio contexto suele resultar manifiesto que es a favor de esa persona concreta y para sus concretas necesidades, sin perjuicio de que pueda arrendar o explotarlo en la mejor forma posible, sin causar perjuicios al nudo propietario, para lo que, por otra parte, ya existe también el *salva rerum substantia*, cfr. art. 467 CC (amplia y recientemente estudiado por MURILLO VILLAR, 2022, 36-77);
- d. estar claro que el artículo 480 CC respeta la temporalidad, y, sin duda, recoge el principio romano *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse haberet*, por tanto, la subordinación de lo nacido a lo originario es indiscutible (así la RDG de 21 de diciembre 2011);
- e. ser indiscutible que la transmisión, incluso de la plena titularidad usufructuaria, en modo alguno exime al usufructuario originario de su responsabilidad (la propia de un buen padre de familia), artículo 498 CC;
- f. estar consolidado que la transmisión, en todo caso, sería únicamente *inter vivos*, lo que también parece defender la RDG de 24 de enero de 1963; pero, sin embargo, en contra, justo por su posible carácter temporal³, está la RDG de 19 de abril de 1963, lo que entiendo que necesariamente tiene que ser así, por su patrimonialidad, como por ser admisible un usufructo temporal o incluso sobre la vida de un tercero (como reconoce la dicha RDG de 19 de noviembre de 2009), y, entonces, sí cabría que pudiera transmitirse *mortis causa*, por el tiempo que aún pudiese durar hasta extinguirse (lo trata, también, PÉREZ DE VARGAS, 1990, 1611-1612, para concluir

- que lo admiten todos quienes sostienen que lo que puede transmitirse es el derecho de usufructo y no solo el derecho a los frutos); y,
- g. concluir, con ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ (1996, 5029), que el “planteamiento de nuestro Código civil es inverso, esto es, consiente el desplazamiento de la titularidad del usufructo, pero los resultados prácticos no son muy distintos de los alcanzados por el Derecho romano, permitiendo sólo la cesión del ejercicio”, en lo que hay que coincidir.

I.2. SUPERACIÓN ACTUAL DEL CARÁCTER PERSONALÍSIMO DEL USUFRUCTO Y NEGACIÓN DE SU CARÁCTER DE PROPIETARIO

La superación de la arcaica concepción del usufructo como derecho personalísimo (aunque por el título constitutivo, sí se podría configurar como personalísimo), para llegar a su concepción patrimonial, y, por tanto, reconocer su transmisibilidad (conforme se acaba de ver *supra*), es ya algo indiscutido actualmente en nuestros derechos civiles. Cosa distinta es si solo puede transmitirse su ejercicio o la percepción de los frutos, o si, por el contrario, cabe transmitir el propio derecho real limitado de usufructo, apareciendo como muy mayoritaria esta opinión. La distinción llevará necesariamente a que los efectos sean distintos, según se defienda una u otra posición, como concreta PÉREZ DE VARGAS (1990, 1593-1615), al final de su estudio; en todo caso, ya la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 1911 admitió que lo enajenable era el derecho de usufructo, como así también las RRDG de 1 de diciembre de 1896 y 8 de julio de 1912, e incluso la RDG de 31 de enero de 1979; no obstante, *el carácter personalísimo que le otorgó el Derecho romano* continúa en el BGB, al disponer su parágrafo 1059 que: “El usufructo no es transmisible”⁴.

Frente a la transmisibilidad hay argumentada posición, así FUENTESECA (2020, 68-123), que niega la transmisibilidad del derecho de usufructo, si nada contempla el título constitutivo, dado que no podrá por sí solo el usufructuario enajenar el derecho de usufructo a terceros, aunque sí al nudo propietario, y concluye FUENTESECA (2020, 122-123), tras amplio examen de posturas y jurisprudencia, que falta en el CC español la claridad —en un sentido u otro— del parágrafo 1059 BGB; del artículo 595 *Code civil* o 980 *Codice civil* italiano, e incluso la Ley 415.5 FNN y el artículo 561-9.1 *Codi civil* catalán. Sin que falte, además, algún supuesto en que se confunde la transmisibilidad del usufructo con la transmisibilidad de la cosa misma dada en usufructo (o usufructo con facultad de disponer), como sucede en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 15 de julio de 2019, al entender de FUENTESECA (2020, 72-73 y 250-251), en que la titular del usufructo es, además, una persona jurídica.

En esta diferenciación, y al margen de la postura que se defienda, lo innegable es que una cosa es ceder o transmitir el derecho de usufructo, como admiten la STS de 27 de noviembre de 2016 y la RDG de 28 noviembre de 2012 (con enumeración de distintos supuestos de ganancialidad), y, otra distinta, que nadie niega, el poder ceder o transmitir el ejercicio, que sí puede ser cedido a otro, y, por ello, reconocida doctrina alemana, como WESTERMANN *et al.* (1998/2007, 1394) lo define —al usufructo— como “un derecho real no enajenable e intransmisible *mortis causa* que faculta al más amplio goce del objeto gravado”, definición no aceptable para nuestros Derechos civiles.

No puede, desde luego, mantenerse esta postura de intransmisibilidad en nuestro ordenamiento jurídico positivo, al efecto, basta relacionar el artículo 480 CC y el artículo 107 LH; de la misma forma que tampoco puede desconocerse la impronta que en la visión restrictiva, de su transmisibilidad, ha tenido la obra de ROCA SASTRE (1942, 575-587, recogida posteriormente en su célebre *Derecho hipotecario*)⁵; así como la distinción entre *la relación jurídica de usufructo* —que quedaría inalterable, como también afirma DE COSSÍO (1956, 762)— y, diferente, *el derecho subjetivo que de la misma deriva* (DE CASTRO, 1949/1984, 577-578, con referencia expresa al usufructo), que sí sería transmisible, cabe entender que igual que cualquier derecho patrimonial, y sujeto —en cuanto a las restricciones o prohibiciones⁶— a las reglas generales derivadas de la relación entre sí de los artículos 26 y 27 Ley Hipotecaria, y, en lo que aquí interesa, la RDG de 26 de noviembre de 2019.

El carácter patrimonial, del actual usufructo codicial, también influye en orden a *limitar o prohibir todos o concretos actos dispositivos* (esto último no cabe en las transmisiones onerosas, *cfr.* artículos 26-27 LH), no sería posible si fuese personalísimo (este carácter lo trata, con sus consecuencias, FUENTESECA(2020, 16-29); y, desde luego, no puede equipararse *la transmisión de concretas facultades* —como puede ser la de disposición e incluso por precio— con *la prohibición del ejercicio de alguna o algunas facultades dispositivas o de goce*, al margen de que el resultado práctico pueda ser equiparable. Así, en el primer caso —o de transmisión de facultades— no hay prohibición legal ninguna, dado que lo que hay —y se transmite— son concretas facultades que dan lugar a un nuevo derecho real atípico, en sí solas o incrementando las que ya pudiese tener el adquirente, pero, eso sí, continuará siendo un derecho real limitado de goce, y al margen de que se haga por vía de *translatio* o de *deductio*.

Además, y en cualquier caso, el usufructo (sea o no con facultad de disponer) y la nuda propiedad no pueden examinarse el uno por contraposición al otro, sino que cada uno nace o se tiene que considerar en relación al derecho real único, pleno y absoluto de dominio o propiedad (o *dominium*), por ser el único derecho real absoluto o con las más amplias facultades posibles y concebibles en cada

momento y regulación codicial, aunque condicionada —cada vez más— por la legislación especial administrativo-económica o de las llamadas propiedades especiales (intelectual, industrial, minas, montes, etc.).

En el CC español su posible estipulación —y admisibilidad de cuanto se acaba de decir— resulta de su artículo 467 *in fine*, al admitir la configuración del usufructo (incluso con facultad de disposición) mediante el propio título de constitución, sea oneroso o gratuito, *inter vivos* o *mortis causa*, por este último título es, desde luego, la vía más habitual, y, en concreto, en forma de legado, dado que la atribución de *la facultad de disposición no lo convierte en propietario, sino que sigue siendo un simple titular de derecho real limitado de goce en cosa ajena*, en esta misma línea de que la atribución de la facultad dispositiva no lo desnaturaliza FUENTESECA (2020, 58), sino que continúa como derecho real limitado, que es lo que sigue siendo; así, también GOÑI (2008, 2186), con cita de jurisprudencia, más o menos reciente, como, entre otras, la STS de 9 de octubre de 1986 y la RDG de 2 de diciembre de 1986, para diferenciarlo del fideicomiso de residuo (en que hay o puede haber dos herederos, sino son legatarios), pues, siempre, hay un propietario tras otro, aunque los dos sucedan al causante, y, en el otro, también los dos suceden a la vez del causante, pero hay un (nudo) propietario, que sí puede ser heredero o legatario, pero el usufructuario de disposición —cualquiera que sea su modalidad— siempre tendrá que ser legatario, pues siempre será mero titular de un derecho real limitado de goce, por amplias que sean sus facultades, que nunca podrán integrar la de disponer *mortis causa*, si quiere seguir siendo usufructuario.

Postura específica es la de LACRUZ (1985, 283-284), que concluye —con cita de las SSTs de 31 de octubre de 1903 y 14 de abril de 1905, de las que recuerda que le llaman heredero (al usufructuario de herencia y con facultad de disponer), cierto que, igualmente, reconoce que, sin abordar propiamente el tema, de si es heredero o legatario— que cuando el testador favorece de esta manera al llamado, parece quererle atribuir algo más que los frutos, y “asignarle la posición jurídica de heredero. Y, como consecuencia, si la facultad de disponer es plena, debe asimilarse a la sustitución fideicomisaria de residuo, y en otro caso, a una sustitución fideicomisaria con posibilidad de disponer en determinados supuestos”⁷. Lo que se acaba de afirmar con ser posición jurídica razonable, sin embargo, esta equiparación —por lo ya dicho y lo que se expondrá— no puede admitirse en el CC español, pues cualesquiera que sean las facultades de disposición del usufructuario siempre será titular de un simple derecho real limitado en cosa ajena, y, en consecuencia, meramente legatario, postura que el propio LACRUZ (1985, 287), sostiene que es la defendible para el derecho civil catalán entonces vigente, y que, desde luego, también lo sigue siendo para el vigente.

Admitido que el usufructuario de disposición no es un propietario (así, también REPRESA POLO, 2008, 47-50), tampoco es, ciertamente, un simple usufructuario, sin duda va más allá, y es por ello, y como consecuencia de su haz de facultades, que cabría pensar en exigirle el cumplimiento de *la función social de la propiedad*, así el arrendar, por corresponderle a él el uso y goce, los frutos, e incluso la disposición, por lo que mal puede exigírsele al nudo propietario, cuando puede incluso no tener legitimación para poder actuar, por eso cabe recalcar que no hay una contraposición usufructuario de disposición frente al nudo propietario, sino siempre —y ambos— respecto de la plena propiedad, y, por tanto, por razón de sus facultades a cada uno le será exigible lo que es ínsito al concepto de propiedad, aunque, sin duda, el usufructuario —sean cualesquiera que sean sus facultades— nunca llegará a ser propietario.

I.3. RESEÑA DEL RECONOCIMIENTO HISTÓRICO Y POSITIVO DEL USUFRUCTO DE DISPOSICIÓN

El usufructo de disposición está positivizado en el CCCat (última jurisprudencia al efecto, STSJC de 23 de noviembre de 2020, para negarle la condición de propietario y de que pueda disponer *mortis causa*), y es relevante, por ser su completa regulación completamente trasladable —eso sí, por vía dispositiva o negocial— al ámbito del CC español (aunque sea discutible en la subrogación real, si se considera que solo puede ser de origen legal). Para el ámbito del CC español, aunque como derecho real atípico, ya gozaba de amplio recorrido histórico, basta acudir a la ya lejana, e inmediata a la entrada en vigor del CC español, STS de 22 de marzo de 1890 e incluso, antes, SSTs de 24 de octubre de 1860 y 7 de marzo de 1876 (citadas por, entre otros, DE VERDA, 2022, 472, y otras más recientes, junto a resoluciones, por GOÑI, 2008, 2184).

Además, gozaba de amplio arraigo otra institución histórica en Cataluña, parecida por sus funciones dispositivas (aunque no pueda considerarse antecedente del usufructo de disposición), como es *el llamado usufructo de regencia o usufructo universal capitular*⁸, así denominado por constituirse en capítulos matrimoniales (necesariamente otorgados en escritura pública), que incluían no solo el régimen económico matrimonial sino también previsiones sucesorias para el cónyuge viudo, al efecto Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 1.ª, de 14 de junio de 2017, con cita de otras del órgano superior casacional (en materia de Derecho civil catalán) que es el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (en adelante, TSJC), como son las SSTSJCs de 22 de septiembre de 2003 y 24 de abril de 2006, que reseñaré *infra*; también en el Derecho castellano-leonés se le atribuyen amplias facultades a la viuda, y se contempla especialmente sus relaciones con los hijos (GACTO FERNÁNDEZ, 1975, *passim*).

No se trata, sin embargo, de considerar solo estos dos ordenamientos positivos (CC y CCCat), y alguna otra singularidad en las legislaciones civiles españolas (como la navarra, sentencia de la Audiencia Territorial de Pamplona de 11 de marzo de 1971), sino que se trata de indagar, a la vez y de forma específica, qué otras vías podrían utilizarse para conseguir fines prácticos equivalentes —al usufructo de disposición— en cualquier legislación que no lo prohíba expresamente (y ciertamente no la hay, otra cosa es que no lo regule como tal) y, siempre, conforme a su propia concepción del principio *salva rerum substantia*⁹.

Por todo lo que se acaba de anticipar, el usufructo con facultad de disposición —ya antiguamente tratado por CASTILLO DE SOTOMAYOR (1604, en lo que aquí interesa, el Libro I, cap. 20, núms. 11, 14 y 15)— fue y aún es de interés en la actualidad, no solo en la jurisprudencia, sino entre los autores, así SERRANO DE NICOLÁS (2005, *passim*); REPRESA POLO (2008, 31-64); NIETO ALONSO (2014, *passim*); LECIÑENA IBARRA (2016, 123-182), y, en su última edición, RIVERO (2024, 1205-1304), y, de forma compendiada, el propio RIVERO (2019, 207-220), todas editadas en los dos últimos decenios. Procuraré, no obstante, acudir más a monografías o artículos doctrinales, que no a estos estudios de pretensión omnicompreensiva, cada uno, desde luego, en la extensión que lo conforma, pero siempre tratando las cuestiones que lo configuran y que aquí se tratan.

En el orden práctico también resulta de interés, singularmente, en orden a la planificación hereditaria (para el aspecto fiscal MELGUIZO GARDE, 2006, 61-116), tanto cuando cónyuge sobreviviente y sus hijos son comunes al fallecido; como, también, cuando hay segundas o ulteriores nupcias (WYLLEMAN, 2012, 1789-1791), para, sin tener que acudir a la conmutación del usufructo, poder articular las facultades de venta o goce, incluso temporal o hasta el fallecimiento de alguno de los beneficiados, sea el cónyuge, hijos o terceros; o, igualmente, en el testamento del cónyuge divorciado (ampliamente en SERRANO DE NICOLÁS, 2023, 855-872). En nuestro ordenamiento jurídico es innegable la ductilidad y versatilidad del título de constitución, en orden a la amplísima posible configuración de las facultades dispositivas y de goce, incluso ya en vida, o como sucesión anticipada, unido a las facultades de control —a la hora de administrar, enajenar o ceder facultades— que pueden otorgarse al cónyuge sobreviviente, hijos, hermanos, abuelos o tíos, asesores fiscales, gerentes, CEO u otros cargos u órganos de la sociedad (cuyas acciones o participaciones sociales se legan), etc.

II. USUFRUCTO DE DISPOSICIÓN: CONCEPTO, NATURALEZA JURÍDICA Y POSIBILIDAD DE DEVOLVER EL *TANTUNDEM*

Cinco son las cuestiones que examinaré en este epígrafe, así:

- a. El propio concepto de usufructo de disposición (en tanto que supuesto de “excepcional disfrute de bienes formalmente ajenos”, como lo describió GIL RODRÍGUEZ (2007, 731);
- b. Sus notas configuradoras como derecho real de goce, que es lo que sigue siendo, aunque se le incorpore la facultad de disponer, y, por ello, destaca la facultad de goce, o *godimento* en sentido amplio, pues no pocas veces la facultad de disposición se concede como un *plus* —del goce— por si los frutos son insuficientes para el sustento del usufructuario, así singularmente en el de necesidad. De esta modalidad, la STS de 6 de abril de 2006, junto con otras que cita GOÑI (2008, 2185), resuelve que la necesidad no exige —por principio, salvo que sí se haya estipulado— probarse antes de enajenar, pero sí es ineluctable el que exista, dado que es *límite a la disposición* —solo puede disponerse hasta donde se necesite (salvo que la cosa sea indivisible)— y, a la vez, *presupuesto de la misma*, solo puede disponerse si hay tal necesidad o evidencia inmediata de la misma (NIETO, 2014, 337, precisa que no es imprescindible estar en una situación menesterosa, pero sí, como concreta CASTILLO MARTÍNEZ, 2000, 375, que, en caso de pleito judicial, se concrete la situación de necesidad, como “requisito previo para la apreciación de la posibilidad de disponer”).

La existencia o no de la necesidad es lo que permite a los nudos propietarios que pueden impugnar si hay extralimitación (falta de legitimación) o abuso de la facultad dispositiva (categorías distintas, con efectos también distintos), no cabe olvidar que no es propietario. Y, en lo que es en sí el goce amplio, ya la STS de 3 de febrero de 1999, como dice GOÑI (2008, 2184), destaca la facultad de goce sobre la de conservación, y así es dado que por destacar incluso lo hace en la propiedad, pero igualmente cierto es que aunque esté transferido —el usufructo— a otro —y conlleve incluso la facultad de disponer— no lo convierte en propietario, pues le seguirá faltando la nota de la elasticidad (por seguir siendo un derecho real limitado), ya que nunca llegará a absorber la nuda propiedad, mientras que esta sí puede absorber el usufructo de disposición (no pocas veces no llega a ejercitarse, o no sobre todos los bienes).

Esta relevancia del goce o *godimento* la resalta, también, SCALISI (2005, 486), al intitular un epígrafe: “*Il nuovo volto della proprietà: da ‘potere’ a ‘titolo’ (di legitimazione) del godimento*”, por considerar que el goce no únicamente deriva de la propiedad (basta pensar en nuestro usufructo de disposición), aunque es en la propiedad en que puede tener múltiples estatutos por su muy diferente configuración del goce, por lo que la propiedad —constitucionalmente— no es ya un derecho de goce pleno y

exclusivo, pero de ello no puede derivarse que constituir otros derechos pueda debilitar su contenido esencial, sino que lo que habrá es diversos sujetos legitimados para conseguir la plenitud de las facultades dominicales, así en algunos supuestos el legitimado será el usufructuario con facultad de disposición, que también tendrá sus obligaciones —incluso constitucionales— tal que para cumplir la función social de la propiedad; en consecuencia, nuestro usufructo es siempre un derecho real de goce, al que se integra —no tanto que yuxtaponer— la facultad de disposición, cuyo ejercicio es personalísimo por el usufructuario (así RDG de 8 de agosto de 2019); a lo que se une determinar cuándo procederá el juego de la subrogación real (la trata REPRESA POLO, 2008, 63-64), y, sin duda, todo ello se debe estudiar desde las amplias posibilidades que ofrece en su configuración la aplicación de la teoría del *numerus apertus* vigente en España, *cfr.* arts. 1255 CC; 2,2 Ley Hipotecaria (en adelante, LH) y art. 7 Reglamento Hipotecario (en adelante, RH);

- c. La posibilidad de configurar, prácticamente, en cualquier caso, un usufructo de disposición específico a cada interés, a través de admitir la devolución no de lo usufructuado sino de su *tantundem* al extinguirse, sea temporal o vitalicio;
- d. Las diferencias y posibles distintas utilidades prácticas del mismo frente al fideicomiso de residuo, que se dan fiscalmente, por la posibilidad de recuperar en el usufructo el porcentaje de lo no dispuesto, MERINO JARA (2001, 54), y, esencialmente, en el orden civil, NIETO (2014, 165-184) y LECIÑENA (2016, 163-169), y ya antes CASTILLO MARTÍNEZ, 2000, 371-373. También ha destacado sus diferencias la jurisprudencia, aunque ello no quita que haya distinguida doctrina que los asimile, al menos, en su funcionalidad práctica de ejercicio de la facultad de disposición, así, singularmente, CARRASCO PERERA (1987, 127-133); y, previamente, ROCA-SASTRE MUNCUNILL (1969, 3-19); y, finalmente,
- e. La imposibilidad de concebir el usufructo, y más concretamente el de disposición, en cosa propia, pues no sería sino un simple e innecesario trasunto de la propiedad misma.

II.1. CONCEPTO ACTUAL DEL USUFRUCTO DE DISPOSICIÓN

Para dar una definición del usufructo de disposición conviene, previamente, señalar que el mismo está admitido sin discusión en España; así, en Cataluña está incluso expresamente regulado en el CCCat (arts. 547-1 a 547-10 CCCat); y, en

el ámbito del CC español, se admite por la amplia libertad de configuración que permite el título constitutivo (*cf.* art. 467 *in fine*, al referirse al título como vía posible para reconfigurar la previsión legal), aunque, como derecho subjetivo que es, no pueda salirse —dicha reconfiguración— de lo que sería usufructo para ser propiedad temporal u otra figura análoga. No puede olvidarse que es, también, una exigencia constitucional que el nombre y las facultades respeten los límites institucionales del derecho que realmente se configura. Este respeto a los límites institucionales resulta del art. 53.1 de la Constitución española vigente y sentencias del Tribunal Constitucional 11/1981, de 8 de abril, cuando precisa que deben respetarse “aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así”; y 37/1987, de 26 de marzo (relativa a la reforma agraria andaluza), que casi idénticamente decía que tiene que ser “reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro”.

Por tanto, sí cabe una ampliación de facultades del usufructo que lo saque del estricto contenido del CC, o usufructo tipificado sin facultad de disposición, que devendría en parcialmente atípico al dotarle de la facultad dispositiva, aunque como tal usufructo —con más o menos facultades— sigue siendo un derecho real en cosa ajena y nunca una forma de propiedad, lo que resulta relevante al momento de tener que interpretar su contenido, que tendrá que ser desde la óptica y presupuestos del usufructo y no de la propiedad, por muy amplias y cuasi similares facultades a las del propietario que pueda llegar a tener el usufructuario. Y, por ello, también, con el fideicomiso de residuo, por exigirse identidad de razón, y el fiduciario —frente al usufructuario de disposición— es propietario.

De contrario —o limitación de facultades del usufructuario— se podrán reducir ampliamente las facultades del usufructo, en cuanto al goce y aumentar las de disposición, pero, desde luego, sin hacerle caer dentro del concepto de uso, al margen de la amplitud que a este último se le quiera dar, pues continuará como simple derecho de uso sin frutos. No falta la defensa de una amplia configuración (FERNÁNDEZ CAMPOS, 1999, 111-115), en base al juego de la autonomía de la voluntad, pero, sea la que sea la configuración, deben seguir siendo lo que su nombre identifica, o sea un usufructo o un uso, y, el primero, siempre deberá tener, de algún modo, forma o manera, el derecho a los frutos, siquiera sea potencialmente o incluso aunque su percepción se haya sujetado a condiciones, términos o cuantías de frutos a percibir. La resolución catalana JUS/1840/2019, de 25 de junio de 2019 (DOGC 11.7.2019) no permite la conversión de un derecho de usufructo en otro de uso, al exigir que se extinga el uno (el usufructo) y luego se constituya el otro (el uso); convertirse podría discutirse, pero, desde

luego, sí cabría no solo renunciar abdicativamente a la facultad de disposición (que se consolidaría en el nudo propietario), sino que tampoco hay norma que impida renunciar a otras facultades —*vgr*: percibir los frutos— que siempre se consolidarán en el nudo propietario, salvo que se constituya un autónomo derecho real atípico, y, sí, diferente sería la conversión de la institución de usufructo a uso, pero podría seguir siendo usufructo con facultades cuasi idénticas al uso, al margen que, desde luego, podría alegarse que es puro nominalismo.

Dicho lo anterior cabe ya definir el usufructo de disposición, para el CC (pues igual sería en el CCCat, pero aquí sí nominado y tipificado expresamente) como el derecho real atípico de goce, sobre cosa formalmente ajena, que faculta (o legitima de forma extraordinaria, pues la ordinaria sería del nudo propietario) a su titular para disponer —o sea, enajenar e hipotecar, pero no renunciar en todas sus modalidades, así por no ser propietario no cabría la renuncia abdicativa, pero sí la traslativa— de la propia cosa usufructuada, libremente o solo para determinados supuestos, como el de necesidad (del usufructuario o su familia) o con el asentimiento de determinadas personas, sea el propio nudo propietario o terceras personas. En todo caso, también, concluir, con la STS de 9 de marzo de 1984, que, en trance de diferenciar entre “disponer” y “enajenar”, resuelve que el significado de la palabra “enajenar” es de alcance “notoriamente más limitado que la expresión ‘disponer’”. Así ya, también, la STS de 23 de octubre de 1925, en la que se lega el usufructo con facultad de disposición a la viuda y al mismo tiempo la nuda propiedad al cuñado, y el entonces vigente art. 234 RH se toma como muestra de que enajenar es un término más amplio que vender, pues incluye también el cancelar o renunciar.

II.2. NATURALEZA JURÍDICA: DERECHO REAL LIMITADO DE GOCE EN COSA AJENA, EJERCICIO PERSONALÍSIMO Y APLICACIÓN DE LA SUBROGACIÓN REAL

En el usufructo de disposición, por más que su titular tenga la más amplia facultad dispositiva sobre la cosa usufructuada, lo que no tiene el usufructuario es una facultad dispositiva idéntica a la del propietario, ni siquiera cuando es de libre disposición, no solo por no ser expansiva o absorbente (como lo es la del propietario), sino porque tampoco puede ser de idéntica extensión y función (pues de así serlo sería un propietario, mal denominado por el constituyente como usufructuario), junto a que su facultad dispositiva no le permite disponer *mortis causa*, lo que sí puede hacer el propietario (e incluso el nudo propietario), y, desde luego, le están vetados los actos fraudulentos o simulados, como los actos de emulación (que también le están al propietario frente a terceros), en cuanto estén dirigidos a que no pueda adquirir el nudo propietario al extinguirse el usu-

fructo. La suya es, siempre, una facultad dispositiva ordenada teleológicamente a un fin o resultado, no a su libre arbitrio, como si la tiene el propietario. Y, desde luego, ambos, en cuanto incide en la facultad y no en quién sea su titular, con las limitaciones y límites propios del ejercicio de cualquier derecho subjetivo.

El usufructo de disposición, por lo que se acaba de decir, aun con sus amplias facultades dispositivas sigue siendo un derecho real limitado de goce en cosa ajena, y sujeto a las reglas de estos derechos reales y no a las de la propiedad; pues ésta, por ser el más amplio derecho real pleno concebible en cada momento, tendrá una facultad absorbente de cuantas facultades no ostenten terceros, mientras que el usufructo de disposición siempre tendrá únicamente las facultades que expresamente le haya atribuido el constituyente, y necesariamente tendrá que extinguirse, sea vitalicio o temporal, frente a la propiedad que tiene la nota de perpetuidad (pues incluso en la propiedad temporal del CCCat, art. 547-4, hay necesariamente un titular sucesivo, art. 547-7 CCCat). De ello resulta que el usufructo de disposición adquirido *mortis causa* siempre será un legado (así, también, en la jurisprudencia italiana *Cassazione n. 13310, Sez. II civile, del 15 febbraio 2002* y *Cass. civ. n. 13868, Sez II, del 31 maggio 2018*)¹⁰, mientras que la nuda propiedad, por nimias que sean sus facultades al coincidir con dicho usufructo, sí permitirá ser a su titular un auténtico heredero.

No es el usufructo de disposición, por ser una concepción totalmente superada en la actualidad, modalidad alguna de *pars domini* (o dominio dividido, como lo pudo ser el censo enfiteútico o enfiteusis, con la distinción entre dominio útil y dominio directo, aquí el usufructo sigue siendo un derecho real limitado), ni es posible concebir (incluso *in abstracto*) la libre disposición de su misma facultad dispositiva, así renunciando a su ejercicio, o transmitiéndola a otra persona (cuando se trata de un usufructo de disposición), pues es personalísima de su titular, con indiferencia de que sea de libre disposición o de necesidad, y salvo que otra cosa pudiera disponer el título constitutivo; por el contrario, como regla general, sí cabe la posibilidad de constituir un derecho real atípico que sea únicamente la facultad dispositiva, así la ya citada RDG de 8 de noviembre de 2018, en que se dona solo la facultad de disposición conservando la propiedad el propio donante, con todas sus demás facultades, como las de uso o goce, y, además, el control de la disposición, en cuanto el donatario no podrá disponer sin el consentimiento del donante. Esta misma protección frente a actuaciones personales compulsivas, irreflexivas o en situaciones singulares (aunque esencialmente revocable), también se ha configurado, para el CCCat (y es igualmente trasladable al CC español), por la Resolución de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas JUS/3040/2012, de 28 de noviembre, como una autolimitación de la facultad dispositiva, susceptible de acceder al Registro de la Propiedad por ser una limitación a la legitimación dispositiva, por no afectar a la capacidad jurídica, sino solo a la legitimación dispositiva.

Esta confluencia de titularidades sobre el bien usufructuado, o sea las que tienen al mismo tiempo —pero con distinta eficacia y naturaleza— el usufructuario de disposición y el nudo propietario, no implica en ningún caso una situación de proindiviso, ni de condominio o cotitularidad de derechos de igual naturaleza, y, por tanto, no cabe aplicarle ninguna de las reglas de la comunidad, ni retracto de comuneros, ni acción de división, etc. y no puede darse por ser derechos de distinta naturaleza real, ya que hay un derecho real limitado de goce y a la vez un propietario (ciertamente que nudo propietario e incluso con prácticamente inexistentes facultades, mientras dura el usufructo de disposición, pero, no obstante, propietario)¹¹. Es de interés, al efecto, el *arrêt Cass. Ire civ. 12 janv. 2011, n.º 09-17.298 815*, en aplicación de artículo 815-17 *Code civil français*¹².

Al no haber comunidad —de derechos reales de igual naturaleza— tampoco habrá ningún derecho de retracto de comuneros; cuestión distinta es que sí pueda contemplarse legalmente un derecho de adquisición preferente a favor del nudo propietario en caso de enajenación del usufructo, como hace el art. 461-10 CC-Cat; y, desde luego, no creo que quepa interpretar que constituir la facultad de disposición, a favor del usufructuario, ya sea disponer de la cosa, a efectos de retractos, pues ninguna disposición de la cosa se ha realizado todavía. Al efecto, ya en la STS de 5 de junio de 1929 se discute si nudo propietario y usufructuario forman una comunidad al objeto de poder retraer con *preferencia el retracto de comuneros al de colindantes*; expresamente precisa, esta sentencia, que sobre el usufructo y la nuda propiedad “es evidente que siendo tan opuestos y casi antitéticos ambos derechos, mal pueden, estimarse comunes y en relación de perfecta igualdad, como sería preciso para la existencia de la comunidad”. Niega también la comunidad MIQUEL SALA (2009, 1114), para tratar ampliamente sobre *la comunidad de uso (solidario), entre usufructuario de cuota y propietario*, con la consiguiente distribución de gastos, defensa frente a terceros y demás cuestiones propias de una comunidad. Su distinta naturaleza, junto a la contundente afirmación de que la nuda propiedad es propiedad, y qué donde hay usufructo tiene que haber nuda propiedad, lo examina el *arrêt Cass. Ire civ., 12 janv. 2011*, y, en su estudio de la misma, KUHN (2011, 1-9), para resaltar que ni puede haber indivisión (ya antes *arrêt Cass. Ire civ., 2 mars 2004*), ni propiedad colectiva.

El usufructuario —incluso de disposición— también está privado de pedir *la división de la cosa común*, y lo está por no ser nada más que titular del gravamen impuesto sobre la finca perteneciente al nudo propietario, y él sí será beneficiario de sus productos, e incluso de disponer de la cosa misma, lo que ya en sí puede hacer innecesaria la acción de división, pero de no ser así, desde luego, no la puede ejercitar, pues nada hay en común, al haber dos derechos reales totalmente distintos, uno limitado, aunque de presente pueda ostentar muchas facultades, pero no es propietario, y otro pleno, aunque de presente las que ostente puedan

ser nimias, pero sí es propietario. Esto, sin duda puede afirmarse del usufructo de disposición, pues el que pueda disponer no altera su naturaleza de simple derecho real en cosa ajena.

La facultad dispositiva hace inaplicable, al igual que sucede con el fideicomiso de residuo, *cualquier limitación a su duración al modo de la sustitución fideicomisaria*, tal que la limitación del segundo grado o generación. *Si se le aplica, sin embargo, el juego de la subrogación real*, que se dará sobre lo que quede al extinguirse el usufructo y que haya entrado en el patrimonio del usufructuario teniendo como causa lo usufructuado, por tanto, no lo recibirán sus herederos, sino que será del nudo propietario o sus herederos. Esto aparece claro cuando es un supuesto de usufructo de disposición para caso de necesidad, pues lo no consumido es que no se necesitaba y, por ello, debe pasar al nudo propietario; no aparece tan clara —la aplicación de la subrogación real— en el usufructo de libre disposición, justo por la libérrima facultad dispositiva, que incluye el autoconsumo, pero no el apropiarse sin más, y menos con ánimo de defraudar el derecho del nudo propietario. En todo caso, por la aplicación —como regla general— de la subrogación real sí procedería en esta modalidad —de libre disposición— su aplicación¹³. No puede olvidarse que solo se ha querido que fuese titular de un derecho real limitado, y que, por tanto, todo lo que esté en su patrimonio o herencia, por causa de la titularidad usufructuaria, debe pasar a los nudos propietarios y no a los herederos del usufructuario, no es aquí trasladable, sin más, el fideicomiso de residuo, pues aquí el fiduciario sí es propietario.

Pero, junto a lo dicho, por no ser cuestión de orden público, ni estructural, existe amplia libertad de configuración en materia de disposición de un bien formalmente ajeno, como demuestra LOTTI (1999, 3); así, *el constituyente podría —en cualquier modalidad de usufructo de disposición— excluir la subrogación real, excepto en el de necesidad, por su propio concepto y función*. La cuestión también se ha suscitado, y podría hablarse de identidad de razón con el usufructo de disposición, para los *legs de residuo*, en el Derecho francés, al efecto, de exclusión de la subrogación real, *arrêt Cass. civ. 1re, 20 février 2008: Dames B. c/ consorts G. et al. (pourvoi no 06-04.704) / <https://www.labase-lextenso.fr/petites-affiches/PA200814006>*, acudiendo al artículo 1040 *Code français*¹⁴; no obstante, la regla general es la subrogación real, pues como afirman ZENATI-CASTAING Y REVET (2008, no 159, 251): «*La subrogation réelle est désormais clairement admise comme un principe général (...). Chaque fois qu'un bien disparaît juridiquement ou matériellement, le droit s'efforce de pourvoir à son remplacement soit par un autre bien contre lequel il a été contractuellement échangé lato sensu, soit par une indemnité. Il faut et il suffit qu'existe un lien économique d'échange entre les deux choses*»; sin que falte, desde luego, postura que interpreta esta jurisprudencia como una postura restrictiva a la subrogación real de

los bienes subsistentes, tal es el caso de DENIZOT (2008, n.º 153, 23) cuando afirma que, singularmente, tras la reforma del 2006, deben individualizarse los bienes, a la vez que resalta el cambio de la orientación jurisprudencial, para adaptarse a la reforma. Pero, desde luego, como he dicho *supra*, no es trasladable al usufructo de disposición.

Acabar precisando que, como es sabido, la subrogación real no es en sí una institución autónoma, sino que es un principio o regla general que interviene en concretas instituciones jurídicas (sean del derecho de familia, sucesiones o derechos reales de goce), entre las que se encuentra el usufructo de disposición, para hacer factible el alcanzar concretas finalidades inherentes a la institución en que se aplica, en el caso del usufructo de disposición, incluso aun dejándolo a la más libre facultad dispositiva del usufructuario, para que el nudo propietario, que sigue siendo el propietario, reciba cuanto sea posible, pues lo cierto es que no se ha querido que el usufructuario aun con amplísimas facultades fuese propietario, y en el de necesidad porque su propio concepto exige que el usufructuario únicamente retenga lo que necesite.

Para el encuadre institucional y dogmático de esta figura del usufructuario de disposición, como *arbitrum boni viri*, y otras matizaciones, hay que acudir a la Sentencia, núm. 31, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (=TSJC), R. Cassació, núm. 69/2003, ponente el Magistrado y Catedrático de Derecho civil, Excmo. Sr. Puig Ferriol, en que declara la nulidad dispositiva del usufructuario por existir abuso de derecho, y, al efecto afirma (para el texto positivo entonces vigente, pero que sigue siendo igualmente válido hoy, y, además, es perfectamente aplicable en el ámbito de actuación del CC español) lo siguiente:

- a. *Respecto al momento de adquisición.* El usufructuario con facultad de disposición como el nudo propietario adquieren sus respectivos derechos *al mismo momento* (y *no uno para después del otro*, como sí sucede en el fideicomiso de residuo, cabría añadir), o sea, adquieren ambos a la muerte del causante (o cuando se constituye si es por otra vía no sucesoria). Así ya, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1970 precisaba que, al desmembrar el usufructo y la nuda propiedad, no hay un doble llamamiento, directo e indirecto sobre la misma cosa, sino que lo que hay es una distribución de las facultades integrantes del dominio sobre la misma cosa, para distintas personas y al mismo tiempo; en consecuencia, el nudo propietario ya tiene consolidado e integrado en su patrimonio su derecho, que no está condicionado en su adquisición, sino que lo único que está condicionado es el *quantum* a adquirir; por tanto, sí puede transmitir su derecho, transmisión que no estará condicionada en su validez, sí en su eficacia a que no disponga el usufructuario, ya que legitimación para disponer sí tiene, pero con-

dicionada en el *quantum* a lo que quede a la muerte del usufructuario. No hay, pues, ninguna mera expectativa, sino que el nudo propietario tiene ya un auténtico derecho subjetivo de propiedad, aunque mientras dure el usufructo de disposición con sus facultades absolutamente mer-madas, pero no condicionadas o inexistentes temporalmente por estar vigente el usufructo de disposición.

- b. *Respecto a su origen y mantenimiento dentro de la categoría del derecho real en cosa ajena.* Destaca como, desde la época del *ius commune*, se introduce la posibilidad de añadir al *ius fruendi* típico del usufructuario el *ius disponendi* sin que ello suponga desnaturalizar el derecho real de usufructo. Ni menos, cabría añadir, convertirlo en una modalidad de propietario.
- c. *Respecto a la distinción del arbitrium merum y el arbitrium boni viri.* Se habla de este último cuando tiene que tomar la decisión de disponer en equidad, y, por ello, debe tomar la decisión como lo haría una persona corriente (o buen usufructuario), lo que es el concepto indeterminado del buen padre de familia; frente a esto, el usufructuario con facultad de disposición caería dentro del *arbitrium merum*, que no es rechazado por el ordenamiento jurídico, y, por ello, podría disponer incluso de forma arbitraria o a su simple voluntad, sin tenerla que justificar *ex ante*, pero, como contrapartida, sujeta a la posibilidad de impugnar la disposición, cuando puede probarse que es una conducta desleal. Prueba que corresponderá al que impugna, lo que es radicalmente contrario a tener que justificar o probar su legitimación para disponer por el usufructuario.

Como conclusión, puede aseverarse que la facultad de disposición es, en la concepción actual de las distintas facultades, una emanación o desarrollo más de la facultad de goce (en sentido amplio, pues, en verdad, con la disposición lo que se seguirá es gozando sobre lo adquirido por subrogación real, aunque no se adquiere la propiedad sobre esto); su ejercicio es, siempre, personalísimo y, por ello, inembargable¹⁵, dado que nunca podrá ejercitarlo un tercero, en nombre propio y en su interés, aunque sí quepa el apoderamiento o la delegación revocable en su ejercicio, y ello es así, pues en el de necesidad resulta obvio, dado que dicha situación de precariedad solo puede ostentarla el propio usufructuario; y, en el de libre disposición, es su libre voluntad la que decide si se dispone o no, nadie puede coaccionarlo a ejercitarla, ni es sobre su propio patrimonio que la ejercita, sino que se ejercita —en base a la *legitimación extraordinaria* de que lo dota el usufructo de disposición— sobre un patrimonio ajeno. La cosa usufructuada es del nudo propietario, eso sí, y como ya se ha dicho, condicionada solo en el *quantum* de lo que finalmente adquirirá, pero él es el propietario, y, por ello, legitimado para controlar la actuación del usufructuario.

II.3. POSIBILIDAD DE LOGRAR EL FIN DEL USUFRUCTO DE DISPOSICIÓN MEDIANTE DEVOLUCIÓN DEL TANTUNDEM, Y, PARA ELLO, REGULARLO COMO CUASIUSUFRUCTO VOLUNTARIO

La posibilidad de devolver el *tantundem* es factible en cualquier modalidad de usufructo a través del título constitutivo, así se devolverá su valor o *tantundem*, en lugar de consolidarse lo usufructuado a la extinción del usufructo. Esta configuración es una vía para lograr una figura equiparable al usufructo de disposición, incluso con la más amplia facultad dispositiva, y, a la vez, sería admisible incluso aunque no esté admitida la teoría del *numerus apertus*. No obstante, la alteración de las facultades ordinarias del usufructo tendrá que permitir poderlo seguir reconociendo como un usufructo en cosa ajena, y, así, lo seguirá siendo cuando se constituya el usufructo sobre una concreta finca o bien raíz, admitiéndose la posibilidad de devolver a su extinción, de forma alternativa y a opción del usufructuario o sus herederos, el mismo bien o su equivalente monetario (o sea el *tantundem*), lo que sin duda posibilita el poder disponer del bien usufructuado, al ya no tenerse que devolver la misma cosa dada en usufructo.

Ahora bien, esta posibilidad —de devolver la cosa usufructuada o su equivalente (*tantundem*) a elección del usufructuario— no es un pacto neutro, sino que conlleva sus consecuencias en *materia de riesgos* (al margen de que, en la práctica, se den con más o menos frecuencia estas situaciones de riesgo), pues como se dijo por BARBERO, (1939, 221), el ser propietario o, por el contrario, mero titular de un derecho real, influye directamente en materia de riesgos, así no podrá eximirse el usufructuario de la restitución del *tantundem*, con independencia de que perezca por su culpa o sin su culpa, es decir, “la proprietà non s’era acquisita al patrimonio dell’usufruttuario, *res perit domino*”; o como, igualmente, se ha precisado por CABEZUELO ARENAS (2002, 65), aunque no es habitual, no faltan supuestos en que se obliga a reintegrar el equivalente; y, desde luego, en este caso la diferencia, entre usufructo de disposición y *cuasiusufructo*, se hallaría en que la obligación de restituir el *tantundem* al término del usufructo, se explicaría, en el primer caso, por la voluntad del constituyente de no mermar las expectativas del nudo propietario y, en el segundo caso, por la misma naturaleza de los bienes usufructuados.

Lo que se acaba de decir enlaza con las dos grandes posturas doctrinales que ha habido —y subsisten— acerca del *cuasiusufructo*, o sea las de si el usufructuario adquiere o no la propiedad de lo usufructuado, de modo que influye en los riesgos, en la prestación de fianza y en lo que debe devolverse; y, finalmente, si hay un derecho real o un derecho de crédito (siempre con la singularidad del dinero, que nunca desaparecerá, ni puede usucapirse). En todo caso, mientras la cosa usufructuada subsiste esto es lo que debe devolverse, pues no tiene el usu-

fructuario —o sus herederos, si es temporal y todavía no se ha extinguido— la facultad de devolver el *tantundem*, salvo que así se pacte expresamente, en el título constitutivo, como una opción.

En visión romanística, SALAZAR REVUELTA (2001, 752-757, para el análisis en el CC español y las páginas previas para la distinta configuración en el Derecho romano justinianeo), y, junto a ella la más reciente y acertada —a mi modo de verlo— doctrina (por no confundir su naturaleza y sus efectos, o derivar aquella de estos) defiende que el usufructuario —incluso de cosas consumibles— no adquiere la propiedad, sino que sigue siendo titular de un derecho real en cosa ajena, incluso aunque la cosa usufrutuada sea consumible o fungible; así, también, MOLLÁ NEBOT (2004, 5-10), que tras amplio examen de fuentes, concluye que no puede haber dos propietarios, como serían el cuasiusufructuario y el nudo propietario, teniendo este último la facultad de disponer, cierto que solo de su derecho, y, además, el usufructuario por la naturaleza de las cosas que no por la de su derecho; en contra DEL CARPIO (2009, 1111-1122), que considera aún subsistente la postura tradicional (como así se va a ver *infra*, tanto en el TS como en la DG), o sea que sí adquiere la propiedad el usufructuario, lo que también defiende ALBALADEJO (2007, 1731-1737), que concluye que el cuasiusufructuario deviene propietario, y, por ello, puede poseer y disponer, pero responde de los deterioros y de la pérdida, mientras que el nudo propietario deviene en un mero acreedor; no obstante, a esta postura se opondría MEDINA ALCOZ (2024, 211-216), con amplia cita doctrinal moderna.

Una u otra configuración tiene su clara consecuencia en materia de riesgos, y derivado de ello la imperativa necesidad de devolución de la cosa usufrutuada. Así, el usufructuario de cosas consumibles no es que esté ejercitando la facultad de disponer, sino que como consecuencia de la facultad de goce (que no de disposición) consume la cosa, y, por ello, desaparece, aunque, desde luego, no es un supuesto de la figura del mutuo, *cfr.* art. 1753 CC, junto a que una cosa es la acción (ejercicio de la facultad de consumir que ostenta) y otra el resultado de dicha acción (la desaparición de la cosa). Por ello, la consecuencia o resultado de la acción dispositiva, legalmente admitida, no puede cambiar la naturaleza del derecho real, unido a que, conforme al art. 482 CC, para que el usufructuario pueda disponer de la cosa usufrutuada no necesita de autorización ninguna, sino que va insito en la propia naturaleza de la cosa usufrutuada. En suma, cuando lo usufrutuado es consumible o fungible, el usufructuario no necesita que se le transmita la propiedad, unido a que como se ha precisado por PUGLIESE (1975, 349), la facultad de disposición puede ostentarse sin ser propietario, dado que aunque es una emanación de la propiedad, sin embargo, no pertenece a su contenido, mientras que la facultad de consumir sólo corresponde al propietario. Otro tanto sucede cuando se trata del usufructo de un establecimiento o negocio

mercantil, por serle de esencia, para su explotación, el que se pueden vender las mercaderías; así, y para el derecho mexicano (aunque trasladable a nuestro ordenamiento jurídico), ROJINA VILLEGAS (2008, 131) afirma que de recaer sobre: “un fundo mercantil, el usufructuario tiene, para cumplir con el fin del usufructo, que es la explotación del fundo, la facultad de vender las mercancías”.

En nuestra doctrina civilista, TORRELLES TORREA (2011, 2616-2617) afirma —en lo que hay que coincidir— que: “No es justo dar peor condición al usufructo de cosas consumibles, pasando de ser un derecho real a un derecho de crédito, que a un usufructuario común. [...] La duda que se puede suscitar es si lo que se produce en el usufructo de cosas consumibles es una subrogación real, puesto que ésta supone un principio general de conservación de un derecho a pesar del cambio material de su objeto. / Para que se produzca la subrogación real se requiere de una relación de causalidad entre el antiguo y el nuevo que lo sustituye, es decir, que se dé una relación de procedencia y origen entre ellos. / Es esto lo que permite diferenciar el principio de subrogación real del principio de equivalencia”.

Entiendo que, al margen de que se considere que la subrogación real solo cabe cuando lo contempla la ley, o que tiene un carácter supletorio frente a otras reglas o instituciones de aplicación preferente, lo cierto es que el artículo 482 CC lo que contempla, como regla o solución última, es que se pague su valor, aunque, desde luego, cuando la consumibilidad (o posibilidad de disponer) resulta de pacto, tal que si se trata de inmuebles en que puede devolverse otro equivalente o incluso predeterminado, o incluso su equivalente en dinero, o el que quede si era de libre disposición, lo cierto es que lo que tiene que reintegrarse o que recibirá el nudo propietario tiene su causa en que se constituyó el usufructo (como consumible y, inherentemente, con facultad de disponer de la cosa usufructuada, aunque incluso en si no fuese consumible), y, a la vez, como no puede devolverse lo mismo, pues tiene que ser su valor, por tanto, si hay subrogación real si se devuelve una cosa por otra, y será su equivalente si es dinero, pero en ambos casos la causa es que se constituyó el usufructo como consumible, aunque la cosa en si no lo fuese.

La segunda postura, defendida, entre otros, por REVERTE NAVARRO (2001, 641-642), se inclina por la tesis tradicional, al considerar que tan relevante como concretar si hay transmisión de propiedad es admitir que conforme a reglas de equidad no repugna admitir los efectos que se hacen derivar de la transmisión de la propiedad.

En resumen, para conseguir la finalidad dispositiva propia del usufructo de disposición, incluso donde no se contempla el sistema de *numerus apertus*, bastaría, sin más, considerar —mediante pacto al efecto— a la cosa usufructuada como fungible o consumible, para que, aun no siéndolo por su propia naturaleza,

se pueda devolver simplemente el *tantundem* y no la misma cosa dada en usufructo, dado que como ya se ha dicho por DE SIMONE (1956, 92), con el cuasi-usufructo lo que se quiere garantizar es “no sólo y simplemente la restitución del equivalente [...], sino más bien la *inmediata* restitución al cesar el usufructo. Es una prueba más el hecho de que la caución no sólo se debe prestar cuando el cuasi-usufructo se constituye por ley o por testamento, sino también por contrato”. Cuando así se constituya, desde luego, no podrá alegarse —para así rechazar su admisibilidad— que se deja al arbitrio de una de las partes el cumplimiento, pues cumplir hay que cumplir, lo que sucede es que, como facultad alternativa del usufructuario, el cumplimiento no solo tiene que ser de una forma, sino que también puede ser por su equivalente o *tantundem*, y, por tanto, no se estaría infringiendo el art. 1256 CC (*cf.* RDG de 22 julio de 2004, y ya antes SSTs de 23 de junio de 1986, 26 de abril de 1988, 9 de abril de 1990 y 28 de febrero de 2000), dado que el cumplimiento es imprescindible, lo que es mutable —u opcional— es la forma del cumplimiento, que puede ser otra cosa, que pasaría a ocupar el lugar de la consumida o enajenada.

Supuesto singular sería el del *dinero*, en que su goce implica en sí misma disposición, junto a que nunca desaparecerá, pero sí puede caer en situación concursal el usufructuario y, desde luego, no es lo mismo tener un derecho de crédito que un derecho real, para separar de la masa la cosa usufrutuada. La RDG de 17 de mayo de 2002 trata al usufructo de dinero, tan frecuente, no como tal sino como parte del usufructo universal de herencia, remitiéndolo al artículo 482 CC, junto a reconocer que, por su naturaleza, el usufructuario se convierte en propietario del dinero. Idea que también comparte la STS de 20 de julio de 1989, al sumarse al criterio doctrinal de que en el cuasiusufructo la propiedad se transmite al usufructuario.

Referida a *los fondos de inversión* estaría la STS de 25 de febrero de 2004 y el, generalmente citado, Acuerdo del Tribunal Económico-Administrativo de 20 de noviembre de 1964, para las consecuencias de un legado de usufructo de dinero. Ambas estudiadas por DEL CARPIO (2009, 1122-1127), que precisa, como se observan, en la práctica, tres cuestiones, así: a) La posibilidad de la libre disposición por el usufructuario, incluso invirtiendo en fondos que no sean de renta fija y sin contar con el nudo propietario; b) La obligatoriedad de mantener la inversión que ya pudiera haber hecho el causante, pues es lo que usufructúa y sí puede o no cambiarla, así como la imposibilidad de disponer del capital por el nudo propietario; y, c) La necesidad de que el usufructuario constituya fianza o caución, cabe entender que cuando no sea invertir en renta fija.

Al efecto, DEL CARPIO (2009, 1127-1139), con cita de diversa jurisprudencia de Audiencias que no tienen postura unánime, lo que ya en sí facilitaría el recurso de casación (artículo 477.3 Ley de Enjuiciamiento Civil), sostiene que las

hay que defienden la libertad absoluta del usufructuario que solo estaría obligado a devolver el *tantundem* (sin duda, con el grave peligro de que al extinguirse no haya con qué devolverse, y que sus herederos renuncien a la herencia); y, desde luego, las que —entiendo más acertadamente— exigen la fianza o el consentimiento del usufructuario, sin perjuicio de la misma problemática de la naturaleza de la titularidad sobre las cuentas corrientes, si hay un derecho de crédito (que es lo que parece deducirse incluso de cómo se configura la responsabilidad de las Entidades bancarias en caso de insolvencia) o propiedad.

La cuestión no es baladí, basta pensar en un usufructuario de 90 años, cuyo valor será el diez por ciento, en que no es lo mismo que se le dé dicho valor, que el poderlo invertir con sus consiguientes riesgos en inversión si es variable, o la escasa retribución si es fija. Desde luego, al nudo propietario si es renta fija le interesará más el usufructo, que su conmutación, siquiera sea por que le llegará todo el capital.

En cualquier caso, sí será necesario tener presente, si no se consume el capital, si se trata de mantener o no la misma inversión que tuviese el causante, y, desde luego, que el usufructo no sea de disposición.

II.4. DIFERENTES FUNCIONALIDADES DEL USUFRUCTO DE DISPOSICIÓN FRENTE AL FIDEICOMISO DE RESIDUO

Como está admitido por KOHLER (1886, 306-307), la facultad de disposición del usufructuario encuentra sus límites —institucionales— en la misma *conducta ética del usufructuario*, lo que en sí es suficiente freno a la arbitrariedad desmedida en la facultad dispositiva. Incluso atribuyéndose la más amplia libre disposición al usufructuario, también aquí, es aplicable la obligación de que la disposición o explotación de los bienes no sea fraudulenta, es decir, no puede enajenarse con la única finalidad o vocación tendenciosa de perjudicar al propietario o sus derechohabientes, pues si así fuese la enajenación sería fraudulenta, y, en consecuencia, los actos serían judicialmente impugnables por tratarse de un claro acto fraudulento, por ser un mero acto de emulación inadmisibile, dado que no puede obviarse la existencia de una regla o principio general insalvable que es que la libre disposición de un patrimonio ajeno siempre está ligada a los *límites de la honestidad y la lealtad*, como emanación que son de la *bona fides*, así ANDRÉS SANTOS (1997, 144-145), e incluso podrían dar lugar a responsabilidad, si son dolosas, las actuaciones imprudentes e irresponsables. Esto que se acaba de decir no es predicable del fideicomiso de residuo, justo por sí ser propietario el fiduciario gravado de residuo, por lo que puede actuar como cualquier otro propietario, lo que no puede hacer, sin embargo, el usufructuario, aunque tenga

la facultad de disposición, pues como legitimación extraordinaria deberá interpretarse restrictivamente.

Ambas figuras son distintas (usufructo de disposición y fideicomiso de residuo), y lo ha puesto de relieve, no solo variadas resoluciones, así RRDG de 8 de febrero de 1957, 2 de diciembre de 1986 y 12 de septiembre de 2023; sino, también, jurisprudencia, como son las SSTS de 9 de diciembre de 1970, 14 de mayo de 1987, 6 de abril de 2006 y 16 de diciembre de 2014; para el Derecho catalán, STSJC de 22 de septiembre de 2003; e igualmente la doctrina que lo estudia más detenidamente, como DE COSSÍO (1972, 343-344); GUTIÉRREZ JEREZ (1999, 293-297), y, ampliamente, NIETO ALONSO (2014, 165-184); e igual para el Derecho catalán GARRIDO MELERO (2000, 365). Puede resumirse cuanto afirman en las siguientes notas diferenciales, así: a) en un caso siempre hay un derecho real en cosa ajena, y en el otro una auténtica propiedad, por ello el usufructuario nunca consolidará la nuda propiedad, mientras que sí podría hacerlo el fiduciario si no llegase a existir el fideicomisario, y, en consecuencia, dejaría de ser su *propiedad* “*ad tempus*” para devenir in perpetua (es trascendente la STS de 25 de abril de 1983); b) en el usufructo hay un doble llamamiento simultáneo, al hacerse también al nudo propietario, que siempre necesariamente existirá, pues en última instancia sería el Estado, KUHN (2011, 8-9); es, sin embargo, sucesivo en el fideicomiso, aunque, sin duda, el fideicomisario también sucede al causante y no al fiduciario, pero, siempre, uno después del otro, y, únicamente, en lo que quede, por ello, y por poder disponer el fiduciario de residuo, el fideicomisario tiene una mera expectativa sobre los bienes, no sobre su cualidad que sí adquiere al fallecer el causante.

Además, justo por la condición de cada uno (propietario y titular de un mero derecho real limitado de goce), sí debe intervenir en la *partición* el nudo propietario, y no puede el usufructuario pues, aunque tenga la facultad dispositiva, es un mero legatario, y no interviene el fideicomisario. Junto a esto —y trasladable al ámbito del CC español, pues tiene la misma naturaleza el usufructo de disposición— como ha precisado la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 17.^a, de 4 de marzo de 2005 (en base al entonces vigente art. 304 CS, ahora art. 427-34 CCCat), *no está el usufructuario de disposición obligado a pagar las legítimas*, pues la remisión al fideicomiso de residuo es solo en lo relativo a la delimitación de las facultades de disposición; y conforme con la STS de 6 de abril de 2006, y la RDG de 29 de junio de 2017, *no puede el usufructuario de disposición practicar la liquidación de gananciales*, justo por no ser propietario. Y, además, sí, como se ha reiterado, la facultad de disposición no lo convierte en propietario, sino que sigue siendo un gravamen, de pretenderse pagar la legítima con esta modalidad de usufructo se atentaría contra *la intangibilidad cualitativa de la legítima*.

II.5. IMPOSIBILIDAD DEL USUFRUCTO DE DISPOSICIÓN EN COSA PROPIA Y PSEUDOUSUFRUCTO TESTAMENTARIO

Se ha resaltado ya como el usufructuario de disposición lo que tiene es una legitimación extraordinaria para disponer de una patrimonio formalmente ajeno, por tanto con una propiedad latente —en el *quantum*— del nudo propietario, pues el que se le añada la facultad dispositiva —al usufructo— no altera su naturaleza de derecho real limitado de goce, por ello es imposible conceptualmente el admitir, ni que por tener la facultad dispositiva sea propietario, ni que quepa en cosa propia, pues para gozar o disponer de esta no hace falta, ni es admisible, que se acuda a otra institución, dado que ya puede disponerse y gozar de la cosa por ser propietario, unido a que la consolidación actúa automáticamente¹⁶, por lo que tan pronto se es propietario se extingue automáticamente el usufructo, y, por descontado, también el usufructo de disposición, ya que si no se ha ejercitado la facultad dispositiva lo que hay es un mero usufructo.

Supuesto singular, de posible usufructo en cosa propia, es el del art. 561-16.1.c) CCCat (literalmente dice: “*Extinción.—1. El derecho de usufructo se extingue [...], por las causas siguientes: [...] / c) Consolidación, si el objeto del usufructo es un bien mueble, excepto si los usufructuarios tienen interés en la continuidad de su derecho*”, inspirado en el parágrafo 1063 BGB, que, a su vez dice: “(2) *El usufructo vale como no extinguido siempre que el propietario tenga un interés jurídico en su continuación*”). Se está posibilitando, que pueda surgir, al extinguirse el usufructo en cosa ajena, el “usufructo de propietario”, este nacería si ya existía usufructo y nuda propiedad y, después, se consolida en una sola persona, pero, a pesar de la consolidación, se quiere mantener diferenciado cada derecho real, así para la constitución de una garantía distinta sobre cada titularidad o para no confundirse entre sí.

Lo que no cabe es por vía constitutiva configurar un usufructo de propietario, como se deduciría de NAVAS NAVARRO (2009, 353-363), que concluye admitiéndolo en base al art. 541-1.2 CCCat, en cuanto permitiría separar facultades del derecho de propiedad sin que tengan que atribuirse o pertenecer a un tercero, sino que puede seguir las ostentando el que era propietario, antes de desgajarse o independizarse.

Figura conceptualmente distinta, discutida, y además confusa (por no existir como tal, aunque así se le denomine), es mal llamado *pseudousufructo*, lo es confusa —y discutible— no solo por haber oscilaciones doctrinales sobre su naturaleza (que, en cualquier caso no es un usufructo), sino, también, por ser en la práctica difícil de diferenciar entre que sea sustitución fideicomisaria o una modalidad del usufructo (en que siempre tendrá que haber nudo propietario o no es usufructo), y, por otra parte, es mal llamado pues es o no es un auténtico usufruc-

to, aunque pueda tener apariencia de sustitución fideicomisaria, como resulta de las RRDG de 26 de julio de 2003, 14 de noviembre de 2016 y 12 de septiembre de 2023, y la doctrina que lo estudia, así JORDANO BAREA (1957, 1177) dice que el supuesto concreto que estudia es una típica sustitución fideicomisaria (al margen de cómo se le llame). Cosa distinta —y posible— es que todavía no estén determinados, pero sí ya llamados, los nudos propietarios, sin estos no puede haber usufructo, por ser las dos caras imprescindibles de una misma institución, pues solo puede haber usufructo (en cualquiera de sus posibles modalidades) cuando hay nuda propiedad.

En la práctica no faltan supuestos, en que se da esta figura del *pseudousufructo testamentario*, como, entre otras, el de la RDG de 30 de diciembre de 2005, en que el testador dispone de una mitad en pleno dominio y de la otra con facultad de disposición, pero sin atribución de la nuda propiedad a los herederos, precisando el Órgano Directivo que la inscripción en el Registro de la Propiedad debe ser inscribiendo el usufructo de disposición a favor de su titular, pero dejando pendiente de atribución la nuda propiedad, fundándose en la STS de 19 de junio de 1997, pues *nada impone que se tenga que hacer la partición y adjudicación sobre toda la masa hereditaria*, y, además, como ya anticipó la RDG de 16 de mayo de 2003, la inscripción hasta que se determine la nuda propiedad será a favor de la comunidad hereditaria, la diferencia con la sustitución fideicomisaria es que aquí habrá un heredero o legatario para después del otro, mientras que en el usufructo de disposición sin determinar los nudo propietarios, ambos adquieren a la vez, y a este momento se retrotraerá la adquisición cuando se determine quién o quienes son los nudo propietarios.

Ya previamente, la RDG de 2 de diciembre de 1986 decía que el usufructo se establecía dado el disfavor con el que se veía la sustitución fideicomisaria, y que el “pseudo-usufructo testamentario” encarna una auténtica sustitución fideicomisaria (idéntica expresión en la RDG de 26 de julio de 2003, precisando que en la sustitución fideicomisaria la renuncia de un fiduciario no extingue la sustitución)¹⁷, a la vez que ha servido para deslindar el campo en el que se mueven el usufructo y la sustitución, permitiendo identificarlas y deslindarlas. Si bien precisa que “ello no puede suponer que siempre que se esté ante un usufructo testamentario, haya que identificarlo con una sustitución fideicomisaria, cualquiera que puedan ser las analogías que medien entre ambas instituciones, y aunque muchas veces en la práctica sea difícil diferenciarlas, siempre resultará que en el usufructo el titular tiene un jus in re aliena, con su régimen peculiar, mientras que al fiduciario corresponde el pleno dominio sobre los bienes, con la obligación de conservarlos y con sujeción a un régimen distinto del de usufructuario y además porque el testador, cuando desmembra el derecho en usufructo y nuda propiedad no hace un doble llamamiento sucesivo respecto de la misma cosa, sino que dis-

tribuye entre distintas personas, de modo inmediato, las facultades que integran el derecho”.

En todo caso, y para concluir esta materia, ya desde antiguo la STS de 22 de marzo de 1890 trata del supuesto de la viuda heredera usufructuaria con *facultad de disponer incondicional, sin nudo propietario al mismo tiempo* pues ella misma era heredera, y para el caso de premoriencia o para cuando falleciera instituía herederos a sus hermanos. Y muy explícita la STS de 20 de marzo de 1916 precisa que el usufructo como división del dominio, con dos componentes, indefectiblemente exige que tengan que coexistir “y no cabe dar efectividad a una parte dejando a la otra indeterminada o incierta”.

III. VÍAS DE CONSTITUCIÓN DEL USUFRUCTO DE DISPOSICIÓN Y MODALIDADES DE EJERCICIO DEL MISMO

El usufructo de disposición no es solo propio del CC español, y con regulación amplia en el CCCat, sino también de otros de nuestros derechos civiles, aunque pueden tener un contenido más familiar o más patrimonial, según cada ordenamiento, y es una clara muestra, para Aragón, la RDG de 17 de noviembre de 1916, así decía que la finalidad del usufructo foral aragonés es la de *“normalizar la marcha de la familia, interrumpida por fallecimiento de su jefe, confiriendo al cónyuge superviviente facultades soberanas respecto a la percepción de frutos y rentas y a su aplicación a las necesidades comunes, al mismo tiempo que le señala bienes suficientes para llevar la vida y ocupar el rango que en el orden social le corresponda”*. Se distingue, a la vez del CC, *“por su nacimiento, contenido, modificación y extinción, pues mientras aquél establece un derecho de goce sobre bienes familiares, relacionado con el estado de viudez y con la protección y dirección de los hijos comunes, cuando los hubiere, el último [CC] crea un valor patrimonial independiente que aumenta el activo del cónyuge superviviente y puede ser pagado con una renta vitalicia, con los productos de determinados bienes o con un capital en efectivo”*. Esta es la vía —la sucesoria— más frecuente, o casi exclusiva, para constituir el usufructo de disposición, pero, desde luego, no la única, como se va a ver.

III.1. CONSTITUCIÓN INTER VIVOS, ONEROSA O GRATUITA, O POR VÍA MORTIS CAUSA, COMO LEGATARIO

La constitución del usufructo (incluso con la facultad de disposición) puede ser por vía onerosa (con las matizaciones que seguidamente se harán), como, también, por vía gratuita¹⁸; y, desde luego, de no ser *mortis causa*, es frecuente

que sea a través de una donación *inter vivos*, que puede serlo en sus múltiples modalidades (modal, onerosa, remuneratoria, condicional, a término, etc.), incluso con efectos *post mortem*, lo que la haría ya irrevocable, aunque, desde luego, quedasen aplazados sus efectos hasta la muerte del donante. Y, justo, donde no se admitan los pactos sucesorios, podría utilizarse para que fuese la beneficiaria la viuda —que podría disponer sin necesitar el consentimiento de los hijos y herederos que recibirían la nuda propiedad.

Para sus diferencias con la *mortis causa*, no admitida en el CC español, hay que estar a la RDG de 25 de abril de 2022, en la que se admite la cláusula en que *«se somete a la condición suspensiva de que la donataria sobreviva al donante, de modo que, durante la pendencia de la condición, solo el donante será titular del derecho de usufructo vitalicio, que se ha reservado al hacer la donación pura del derecho de nuda propiedad»*, y en la que se podría haber reservado, también, la facultad de disposición, condicionada o no, a futuros eventos o asentimientos. Otro supuesto en que se retiene la facultad de consentir la disposición es el de la RDG 8 de junio de 2022, que contempla una cláusula que *«impone a los donatarios prohibición de disponer por actos inter vivos durante la vida de aquel y de su esposa, salvo autorización expresa del propio donante y de su esposa...»*. Son distintas la donación *inter vivos* con efectos *post mortem* (ya irrevocable, aunque la transmisión no se produzca hasta la muerte del donante) y la donación *mortis causa* (esencialmente revocable).

La configuración de la donación *mortis causa* se analiza en la STS de 7 de noviembre de 1979, aseverándose que, por su configuración e intrínseca revocabilidad, no puede reservarse la facultad de disposición pues está implícita en ser *mortis causa*. De la misma se dice, por esta STS, que le es esencial, al ser una liberalidad que se hace por temor o en previsión de la muerte (hay una “*contemplatio mortis*”), que el donante conserva el dominio de la cosa legada y no transmite de presente su titularidad, lo que conlleva el ser revocable, así como que solo producirá sus efectos y se perfeccionará con la muerte del donante, según ya proclamaban, en nuestro Derecho histórico, Las Partidas, en concreto, la Partida 5.^a, Título 4, Ley XI, al decir: “De las donaciones que hacen los hombres siendo enfermos, cuáles deben valer e cuales no”, precisaba que: “*A las veces hacen los hombres donaciones estando cuitados en enfermedades o teniendo otros peligros de que no cuidaban estorcer. E por esto queremos aquí hablar de tales donaciones. E decimos que la donación que hombre hace de su voluntad estando enfermo temiéndose de la muerte o de otro peligro que vale. Pero tal donación como ésta puede ser revocada de tres maneras. La primera es si se muere antes aquél a quien es hecha que el otro que la hizo. La segunda es si aquél que la hizo guarece de aquella enfermedad o estuerce de aquel peligro porque se movía a hacer la donación. La tercera es si se arrepiente antes que*

muera. Pues tal donación como ésta puede ser hecha por todo hombre que ha de poder hacer testamento. E débese hacer delante cinco testigos a lo menos. E aunque dijimos en el título de los testamentos que el hijo que está en poder del padre no puede hacer testamento, con todo eso bien puede hacer tal donación como ésta con otorgamiento de su padre, e será valedera. E sobre todo decimos que si el hombre hiciese donación por premia que le hiciesen o por miedo que hubiese que le matarían que tal donación como ésta que no valdría". En suma, son donaciones *mortis causa* las hechas en consideración al suceso de la muerte prevista, sin ánimo de perder el donante la cosa donada o de su libre disposición por lo que, además de su revocabilidad, su eficacia no se origina en vida del disponente y carecen de valor si no se manifiestan a través de alguno de los medios arbitrados para el otorgamiento de las disposiciones testamentarias, de manera que la donación *inter vivos* no dejará de serlo cuando la circunstancia de la muerte opera en el donante como motivo puramente subjetivo, pero sin incorporarse a la donación como causa.

La donación *mortis causa* está regulada, con dicha denominación, en el CC-Cat, arts. 432-1 a 432-5, su esencia está en la revocabilidad, por lo que no queda perfeccionada, al igual que en los legados, hasta la muerte del donante, aunque puede, frente a dichos legados, hacerse en negocio bilateral y aceptarse en vida; también se admite, la donación *mortis causa*, en el otro derecho español de gran tradición romanista, como es el navarro, Leyes 135 y 152 Fuero Nuevo de Navarra.

En la constitución *inter vivos*, puede ser por vía de *translatio*, transmitiéndoles el usufructo de disposición a terceros (sean viuda, hijos o extraños) y fijándoles claramente la facultades que integran el usufructo o, de contrario, facultándoles todas, excepto las expresamente excluidas; como puede igualmente ser por vía de *deductio*, o sea reteniendo todas las facultades incluso la de disposición, por lo que se transmite la más nuda propiedad; y, además, no es infrecuente que se utilice como vía de planificación sucesoria (sin incurrir en el pacto sucesorio, *cfr*: RDG de 29 de octubre de 2020), en todo caso, deben seguir siendo plenamente reconocibles la propiedad (aunque sea nuda propiedad latente y prácticamente con ninguna facultad de presente, pero no tampoco ninguna de futuro) y el usufructo, aunque dispositivo, como mero derecho real de goce.

La amplitud con que se ha admitido la reserva, e idéntico podría ser para la transmisión, de la reserva de la facultad disponer unida al usufructo, se contempla en las RRDG de 8 de agosto de 2019; 25 de septiembre de 2019 o de 8 de noviembre de 2019, en que se llega a admitir, en base a la teoría del *numerus apertus*, la posibilidad de donar la propiedad de unas fincas por el padre a la hija, y reteniendo el donante el usufructo y, además, "*el derecho a disponer de tal usufructo, por testamento, en favor de su esposa*", ningún obstáculo legal existiría

en que además de disponer del usufructo hubiese podido disponer de los bienes concretos. En todo caso, lo que no cabe, directa ni indirectamente, es configurar una sucesión anticipada que dé lugar a un pacto sucesorio, ni tampoco una reserva de disponer a favor de uno mismo cuando se ha transmitido la facultad de disponer, pues ello supondría admitir la revocación de la donación por la libre voluntad del donante, *cf.* RDG de 27 de marzo de 2019.

En materia de dar y retener hay múltiple doctrina, que escapa en esencia a nuestro interés, pero, desde luego, sí debe aseverarse que la interpretación del brocardo, de origen francés, de que “dar y retener no puede ser (*donner et retenir ne vaut*)”, hoy está superado en su sentido literal, salvo que se lleve al extremo de nada transmitir, ni de presente ni de futuro al donatario.

La *constitución onerosa* también es posible, pues no se trata de establecer ninguna prohibición al donatario sino de únicamente transmitirle unas concretas facultades y en unas concretas condiciones, pero justo por ser onerosa no puede contener ni directa ni indirectamente ninguna prohibición de la facultad de disponer, y, desde luego, puede pagarse un precio por la transmisión del usufructo de disposición. Su posibilidad es defendida por CARPIO MATEOS (1992, 3885-3895), se funda en que, constituirla a título oneroso, es transmitir unas concretas facultades a cambio de una concreta contraprestación, y, por ello, como bien se ha dicho por MONTÉS PENADÉS (1980, 67), al usufructo de disposición siempre le faltará, frente a la propiedad, la nota de “ilimitación”, en el sentido de que si fuese propietario tendría las máximas y plenas facultades concebibles en cada momento, mientras que el usufructuario de disposición tendrá, siempre y en cualquier momento, únicamente las facultades que expresamente se le atribuyen en el título constitutivo, que, efectivamente, es constitutivo y configurador de su contenido.

La *constitución por vía sucesoria* será siempre, para el usufructuario, como legado; y, por el contrario, el nudo propietario, por restringidas que tenga sus facultades, será heredero. La ya antigua STS de 19 de noviembre de 1898 precisaba que el usufructo con facultad de disponer *no autoriza para disponer mortis causa*, tampoco lo admite la STSJC de 23 de noviembre de 2020. El usufructo aun con facultad de disponer *sigue siendo usufructo*. Si se le facultase para disponer *mortis causa* de los bienes usufructuados, al usufructuario de disposición, se saldrá automáticamente de esta figura, para convertirlo en un auténtico propietario, dado que al nudo propietario se le privaría incluso de futuro de llegar a adquirir, y sucedería al modo de como sucede con el fideicomiso de residuo y la sustitución preventiva de residuo (para la donación sujeta a fideicomiso de residuo, *cf.* RDG de 6 de septiembre de 2022).

La interpretación del usufructo de disposición no tiene que ser restrictiva, sino teleológica o finalista, para alcanzar el fin pretendido o deducible de su

constitución, pero, desde luego, dado que la propiedad se presume libre, y es lo que es la nuda propiedad, no puede tener más gravamen que el estrictamente constituido. No hay prohibición de concretas facultades, cuando solo se transmiten algunas por un precio, por tanto, no se contraviene ninguna prohibición o limitación aunque sea onerosa su constitución, ni cabe argumentar, *a simile*, que las prohibiciones solo caben en los actos *mortis causa* o gratuitos, ya que aquí no se le recortan o limitan al propietario, sino que lo que hay es que solo retiene algunas por transmitir otras, unido a que —como ya se ha anticipado— sí pueden transmitirse facultades concretas.

III.2. CONFIGURACIÓN DE LA FACULTAD DE DISPOSICIÓN: CASO DE NECESIDAD, CASOS CONCRETOS, CON LIBRE DISPOSICIÓN Y CON O SIN ASENTIMIENTO, ASISTENCIA O NOTIFICACIÓN A AJENOS

Lo que se pretende considerar en este apartado es cómo configurar y poder ejercitar la facultad dispositiva que se concede al usufructuario, y serlo en sus más habituales manifestaciones, aunque la teoría del *numerus apertus*, y la dicción de los arts. 467 *in fine* y 469 CC, permita una cuasi inacabable posibilidad de configuración, aunque lo más habitual es que sea para caso de necesidad, para casos concretos —sea especificándolos o excluyendo algunos concretos (así, también, MUSOLINO, 2005, 53-86)— o con libre disposición, y todos ellos con la posibilidad de sujetarlos, si es voluntad del constituyente, a la asistencia o el asentimiento de terceros o del nudo propietario, o, también, incluso a mera notificación fehaciente (a cualquiera de estos), en que bastaría acreditar la fehaciencia de la notificación, siendo irrelevante la voluntad del notificado, que a lo más podrá intentar reconducir la voluntad del disponente, pero sin que éste quede obligado a oír o seguir los consejos.

La función en estas tres posibilidades es la siguiente, así:

- a. *La mera notificación*, en que, como se acaba de anticipar, la notificación —recibida y acreditada que se recibió— en sí misma agota su función y eficacia, pues basta acreditar que la recibió el notificado, dado que cualquiera que pudiera ser su opinión, respecto del acto dispositivo, este se va a poder realizar, al margen de que pueda intentar influir en el disponente;
- b. *El asentimiento*, aquí sí, se requiere que se asienta al acto dispositivo, aunque la iniciativa no es suya, sino del disponente; y,
- c. *La asistencia*, en que, como ya se ha dicho por SANTOS (1999, 23-28), es requisito legal imprescindible para la plena validez del negocio dispositivo (como los anteriores); pero, desde luego, se puede disponer eficazmente disintiendo de lo que considere conveniente el asistente, y al

que, desde luego, tampoco le corresponde la iniciativa para disponer, ni puede impedirla, pues su función comienza y acaba en asentir, al margen de que sea a favor o en contra.

La falta de notificación, sin necesidad de que opine el notificado, pero sí de que transcurra el plazo para poderlo hacer; como la falta de asentimiento (a favor necesariamente) o de la asistencia (sea a favor o en contra), determina la anulabilidad del acto dispositivo. Entiendo que les es trasladable la doctrina de la STS 2/2018, de 18 de enero de 2018, cuando afirma, literalmente, que: “*La teoría de las nulidades de los contratos se caracteriza en la doctrina y la jurisprudencia actuales por un análisis funcional de los regímenes de invalidez que tiene en cuenta la finalidad de las normas y los intereses en juego*”.

Lo que se acaba de indicar es lo hoy vigente, sin faltar algún pronunciamiento jurisprudencial previo —cuya doctrina ya no puede mantenerse— en que, *frente a la anulabilidad, se inclinaba por el negocio incompleto*, así la STS 8 de julio de 2010 (discrepando de las previas SSTS de 23 de diciembre de 1997 y 3 de marzo de 2006, que se inclinaron —como en la actualidad— por la anulabilidad), y en la misma línea ya superada, previamente, la STS de 22 de abril de 2010, que declara la nulidad (sanable) del acto dispositivo, al precisar que “debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 1259 CC, porque la autorización judicial [otro tanto cabría decir de la falta de asentimiento] para la realización del acto por el representante legal cuando la ley lo requiera tiene naturaleza imperativa en el Código y no es un simple complemento del acto a realizar”. Si bien, se matizaba que estamos ante un negocio incompleto, no es, pues, radicalmente nulo sino ineficaz, mientras no sea ratificado (art. 1259 CC); frente a esto, se requiere la confirmación cuando es anulable, art. 1310 CC; con, cabe afirmar, sus diferentes efectos retroactivos (*ex nunc* en la ratificación y *ex tunc* o desde la celebración en la confirmación) en cuanto a la eficacia del acto y sus consecuencias respecto de terceros (analiza la situación de estos terceros afectados y la de los terceros adquirentes, CASTILLO MARTÍNEZ, 2000, 383-384, con cita de la STS de 2 julio de 1991 y las centenarias RRDG de 11 de octubre de 1920 y 20 de octubre de 1926).

En esta misma línea, de distinciones y eficacia, se pronuncia la doctrina italiana, TORRENTE Y SCHLESINGER (1995, 213), cuando habla de “*consiglio o assistenza*”, que como tal consiste en el auxilio prestado a la actividad jurídica ajena; y este auxilio o consejo sobre la conveniencia o necesidad de realizar cierto acto, que una persona da a otra, queda naturalmente, desde el punto de vista jurídico, como algo extraño al acto dispositivo, por tanto, sin influir en su validez, aunque si se tratase de un auténtico y verdadero “*consulente*” respondería y quedaría obligado en virtud de la relación jurídica de consejo (por parte de quien se reputa con autoridad moral sobre el que debe actuar o realizar el acto jurídico).

Tras esta previa introducción procede examinar los supuestos más concretos y habituales, de facultad de disposición en caso de necesidad, de libre disposición y con o sin asentimiento de nudo propietario o de terceros.

III.3. FACULTAD DE DISPOSICIÓN SOLO PARA CASO DE NECESIDAD O URGENCIA

No es infrecuente, sobre todo cuando se quiere que ya al abrirse la sucesión estén —al momento— diferenciados usufructuario y nudo propietario, que se atribuya al cónyuge sobreviviente la facultad de disposición, que puede ser limitada a los casos de necesidad, a fin y efecto que ya pueda disponer cuando lo necesite, sin tener que obtener el asentimiento o beneplácito de los nudos propietarios, aunque suelen ser, de ordinario, los hijos, comunes o no a ambos cónyuges. Lo más debatido de esta figura ha sido, aunque ya superada la discusión, si para disponer se necesita de previa justificación de la necesidad, que, desde luego, puede establecerse que así sea, aunque no es lo frecuente, como puede ser designando quién la debe apreciar. En todo caso, la simple expresión de que podrá disponer en caso de necesidad no exige dicha previa acreditación de la necesidad, sin perjuicio de que los perjudicados puedan impugnar el acto dispositivo, por fraudulento, abusivo o doloso, según corresponda, estudia críticamente la jurisprudencia, para el caso de posible abuso de derecho, PINAGLIA-VILLALÓN (2016, 99-112).

Al efecto, la DGR de 22 de marzo de 2011, con cita de otra de 11 de julio de 2003, manifiesta expresamente que: *«la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina de este Centro directivo, al tratar de esta facultad de disposición en caso de necesidad, tanto en el usufructo de disposición, como en la reserva de la facultad de disponer y en el fideicomiso de residuo han declarado [...] que la situación de necesidad a que queda supeditada la facultad de disponer es algo que queda al margen de la calificación del Registrador si dicha reserva no se sujetó a necesidad de justificación, no pudiendo exigirse tal justificación, que queda a la apreciación del heredero, sin otras limitaciones que las del dolo o el abuso, que tendrán que ser objeto de las acciones correspondientes y que dentro del recurso gubernativo no es posible recoger ni ventilar»*. Y en el mismo sentido, la Resolución de 30 de abril de 1999 señaló que *«La situación de necesidad a que queda supeditado el uso de tal facultad, es algo cuya apreciación queda al margen de la calificación del Registrador dados los términos en que se realizó dicha reserva, sin sujetarla a condición o necesidad de justificación alguna (cfr. Resoluciones de 29 de octubre de 1868, 15 de noviembre de 1876, 21 de agosto de 1894, 21 de marzo de 1901 y 19 de diciembre de 1905), sin perjuicio de la posibilidad de la impugnación judicial del acto de disposición por quien, en su caso, corresponda»*.

El dejar la apreciación de la necesidad a la conciencia del usufructuario de disposición no es sino una subjetivación del hecho de la necesidad, y, en suma, como consecuencia, un desplazamiento de la carga de la prueba al impugnante, y, desde luego, la de facilitar la disposición, que podría devenir en casi imposible, así, si se tuviese que probar la necesidad y, además, el hecho de carecer de recursos propios. Cosa distinta será la posible discusión sobre si debe disponer antes de sus bienes o de los usufructuados, que por no ser propios debe entenderse que deben ser los últimos, salvo que los propios sean de difícil o costosa realización, y, desde luego, cuando se dispone de los ajenos, respecto de estos ajenos sí jugará la subrogación real a favor de los nudos propietarios, ya que lo no consumido es indiscutible que no lo ha necesitado.

Entre la múltiple jurisprudencia que ha tratado sobre la disposición en caso de necesidad, cabe citar las siguientes sentencias, así: STS de 17 de mayo de 1962, en que sólo a la usufructuaria corresponde apreciar; STS de 9 de diciembre de 1970, en que no se tiene que justificar ante nadie, basta con que el usufructuario lo manifieste; STS de 23 de noviembre de 1971, en que simplemente dice que no se tiene que justificar ante nadie; STS de 9 de octubre de 1986, en que basta alegarla, pero no exige ni prueba, ni necesidad de justificación alguna; STS de 4 de mayo de 1987, en que deja la apreciación de la necesidad “a la conciencia” del usufructuario, o, finalmente, STS de 2 de julio de 1991, en que lo deja al solo juicio del usufructuario.

III.4. EJERCICIO EXTRALIMITADO, DOLOSO O ABUSIVO, EN LAS FACULTADES DISPOSITIVAS POR EL USUFRUCTUARIO DE DISPOSICIÓN, INCLUSO CUANDO ES DE LIBRE DISPOSICIÓN

El usufructo de disposición al libre arbitrio del usufructuario es de viejo arraigo en el derecho español, así ya, la casi centenaria RDG de 7 de noviembre de 1927, hablaba del *reconocimiento de ser una institución habitual antes del CC, en las Leyes de Toro*. Se trata, en concreto, de un supuesto que se adjudica el usufructo “con las condiciones impuestas por el testador, o sea con la autorización de poder disponer de la mitad del tercio y quinto a favor de sus hijos y descendientes”, aunque posteriormente, al fallecer sus demás hermanos llamados en la herencia, sin dejar descendencia, hace una manifestación de bienes e inscribe las fincas a su favor “en dominio” con la sujeción a las condiciones impuestas por el testador; al efecto, precisa la DGRN que se han concentrado todas las facultades de disposición en la única heredera sobreviviente, “con la fórmula de que su derecho de dominio quedaba únicamente sujeto “a las condiciones aún posibles de cumplimiento establecidas por el causante”, frase que no se refiere a un usufructo con facultad de disponer a favor de los hijos, sino a “la plena propiedad limitada por la prohibición de disponer, si los tuviere, a favor de otras personas”.

La STS de 17 de mayo de 1962 determina que “standard” debe tenerse en cuenta para poder vender, que no es lo mismo que enajenar. En el supuesto concreto se trata de un usufructo con “facultad para vender bienes si los necesita para su decorosa subsistencia, que a ella sólo corresponde apreciar”. También resulta de interés la STS de 31 de octubre de 1903, en cuanto afirma en un supuesto de usufructo con *facultad de disponer en caso de necesidad, con necesario consentimiento de una tercera persona*, que no se pierden los derechos que nacen del usufructo por abuso y reconoce que sólo puede pedirse el secuestro o depósito de los frutos. Se refiere al Digesto leyes 1.ª, párrafos 6.º y 12.º, título 9.º, libro 7.º y ley 13, título 1.º, libro 7.º, y, en concreto, Considerando segundo, le permite tomar posesión aun sin prestar caución, pues lo contrario sería privarle de la facultad de disposición.

El ejercicio de la facultad dispositiva puede ser, y son supuestos distintos, extralimitada (falta de legitimación suficiente), dolosa o abusiva (sí tiene legitimación, pero no la ejerce rectamente), no solo en el caso de necesidad, sino, también, cuando es de libre disposición, pues como no es propietario sino mero usufructuario, aunque tenga la facultad dispositiva, es necesario que no se haga con la simple finalidad de perjudicar a los nudo propietarios, así disponiendo en visperas de fallecer, o como mero acto de emulación. La acreditación será diferente en los tres supuestos, y, desde luego, no puede presumirse el carácter abusivo, fraudulento o de mala fe de la disposición hecha, en caso de necesidad, por la usufructuaria.

Al efecto, por su amplia cita jurisprudencial y deslinde de concepto, interesa la STS de 6 de abril de 2006 que comienza afirmando que *“el ejercicio de los derechos tiene en todo caso los límites proclamados en el artículo 7 del Código Civil y por lo tanto está afectado por la prohibición del abuso, es permitido que el nudo propietario 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—, en el bien entendido que la prueba de la extralimitación o de la mala fe, como hecho constitutivo de la acción, corresponderá a quien alegue la conducta abusiva del usufructuario, que es asimismo la solución adoptada por algún ordenamiento foral, según puede verse en la Ley 152 del Fuero de Navarra”, y, además, asevera, que “la de 3 de marzo de 2000 resume en forma muy completa la doctrina jurisprudencial en estos términos: “Resulta evidente que la cláusula testamentaria litigiosa recoge un supuesto normal de usufructo de disposición, figura jurídica borrosa (Res. D.G. 6 de diciembre de 1929), discutida y discutible (un sector doctrinal sigue negando su posibilidad dogmática y legal, e incluso que sea necesaria), que se caracteriza por facultar al usufructuario para enajenar entre vivos los bienes objeto del usufructo en caso de necesidad, de tal modo que si no se ejercita total o parcialmente el derecho de disposición, una*

vez extinguido el usufructo se entregan a las personas que habían ostentado la nuda propiedad, y consolidado el dominio pleno por virtud de dicha extinción, los bienes de que no se dispuso. La Jurisprudencia (SS., entre otras, 22 marzo 1890, 19 noviembre 1898, 10 julio 1903, 14 abril 1905, 1 octubre 1919, 5 marzo 1926, 1 febrero 1927, 9 junio 1948, 28 mayo 1954, 24 febrero 1959, 19 enero y 17 mayo 1962, 9 diciembre 1970, 14 octubre y 23 noviembre 1971, 9 octubre 1986, 4 mayo 1987, 2 julio 1991) y la doctrina de la Dirección General de los Registros (Resoluciones, entre otras, de 23 julio 1905, 29 noviembre 1911, 12 enero 1917, 22 febrero 1933, 9 marzo 1942, 8 febrero 1950) vienen reconociendo la posibilidad jurídica del usufructo de disposición, o con facultad de disposición, que suele suscitar numerosas cuestiones (diferencias con el fideicomiso de residuo; condición de heredero o de legatario; simulación, etc.), si bien en el presente juicio el problema se limita a la apreciación de la “necesidad”. La redacción de la cláusula es similar a la de otros casos (que solo a la usufructuaria corresponde apreciar, en S. 17 mayo 1962 ; sin que tenga que justificarla ante nadie, basta solo que el usufructuario lo manifieste, en S. 9 diciembre 1970 ; sin que tenga que justificar ante nadie dicha necesidad, en S. 23 noviembre 1971 ; bastando alegarla, sin prueba, ni justificación alguna, en S. 9 octubre 1986) y sensiblemente igual a las contempladas en la Resolución de 22 de febrero de 1933 y Sentencia 4 mayo 1987 (en que se deja la apreciación “a la conciencia”) y Sentencia 2 julio 1991 (“a su solo juicio”). Esta remisión a la conciencia, al margen en cualquier caso de la hermenéutica testamentaria del supuesto concreto, podría acaso interpretarse sobre la base de distinguir entre la creación de la situación de necesidad (con amplia libertad) y su real existencia dentro de dicha situación (que ha de probarse). De cualquiera manera que sea, lo que no cabe entender es que se pueda operar como si no hubiera la exigencia de la necesidad. Esta es una restricción o limitación ineluctable (Ss. 9 octubre 1986, 4 mayo 1987, 2 julio 1991). La Jurisprudencia se ha inclinado por entender que la denuncia del acto dispositivo por falta de necesidad puede operar, aparte de las hipótesis de simulación, por la vía del ejercicio abusivo del derecho (art. 7 C.C.) o del dolo o mala fe, de tal manera que, si falta la causa jurídica lícita (de la necesidad), se produce una burla antijurídica de los legítimos intereses de los nudos propietarios. Y en esta línea se atribuye la carga de la prueba, como hecho constitutivo de la acción, y porque además de otro modo “supondría imponerle una restricción con la que el causante no ha querido gravarle” (S. 9 octubre 1986), a los nudos propietarios, doctrina general que no obsta a matizaciones en relación con las hipótesis singulares”.

De esta misma posibilidad fraudulenta también se han ocupado la STSJ de 22 de septiembre de 2003, al tratar de la posible creación del estado de necesidad, y, al efecto, utiliza como argumento para poder impugnar que previamente

había dispuesto gratuitamente de sus bienes a favor de su hija, a lo que cabe preguntarse si ¿puede desprenderse de esto que previamente debe consumir sus bienes?, a lo que entiendo debe responderse afirmativamente, salvo que sean de difícil realización y se necesite hacer la disposición (caso de una operación quirúrgica urgente o rehabilitación de un inmueble); en cualquier caso, nada deberá probarse al disponerse, otra cosa será la justificación de la disposición si se impugna por los posibles perjudicados, o que en sí misma ya sea contradictoria o abusiva.

En esta línea, conforme a la STS de 3 de marzo de 2000, la creación de forma voluntaria de la necesidad puede llevar a que la realización del acto dispositivo se considere como un abuso de derecho, pero no creo que se dé el abuso cuando se ha realizado venta, inversiones ruinosas o incluso alguna donación aislada, al margen de que, en la donación, sí debería evaluarse la posibilidad de revocar la donación antes que disponer, o incluso ejercitar cuantas acciones le correspondan antes que enajenar, pero la urgencia será la vara de medir.

IV. NOTA MÍNIMA SOBRE LA UTILIDAD DEL USUFRUCTO DE DISPOSICIÓN PARA INCORPORAR EL *TRUST*

El usufructo de disposición también puede servir para, faltando la *equity* en el *civil law*, incorporar la institución del *trust* a los sistemas jurídicos ajenos al *common law*; y ello es así dado que es factible alcanzar finalidades prácticas equivalentes a la propiedad temporal, como, también, otras propias del *trust*, consecuencia de la múltiple configuración que puede dársele al usufructo de disposición. Así, el usufructo (incluso de disposición), puede ser sucesivo, temporal o condicional, de igual forma que estos elementos accesorios pueden aponerse solo al usufructo o la disposición, o en ambos casos; igual que puede configurarse al usufructuario como mero administrador, con amplia o escasa facultad de disposición, fijando los supuestos dispositivos, dejándolo a su libre voluntad, o, como se ha anticipado, sujetándolo a notificaciones, asentimientos o simple asistencia, al igual que modulando la subrogación real; en todo caso, lo que sí tendrá que haber es nudo propietario o *beneficiary*, como sostiene GÓMEZ PÉREZ (2013, 3761-3800), que realiza un detenido estudio de las dificultades para su incorporación al *civil law*, y la utilidad que podría prestar el usufructo de disposición, aunque se resiste a que su mejor posición sea la del *trustee*.

Desde la óptica del *civil law*, pero referido al ordenamiento escocés, lo estudia CATERINA (2000, 52-54), bajo el epígrafe “*Il liferent fra usufructo e proprietà temporanea*”), para afirmar que hacia finales del XIX se tendía a la confusión entre usufructo y *liferent*; sin embargo, en la actualidad es opinión

dominante que el *liferent* no es un *ius in re aliena* sino un *estate* independiente, en el que el “*liferenter* come un ‘*interim dominus, or proprietor for life*’ [cita que toma de WALKER, 1983, 148] impedisce di riconoscere l’equivalenza con l’usufrutto romano”. Aunque negada, actualmente, la identificación entre *liferent* y usufructo, no obstante, la definición no se ha cambiado; dicho cambio de identificación sin cambiar la definición es posible, pues, aunque es históricamente defendible, la distinción entre usufructo (singularmente de libre disposición) y propiedad temporal, sin embargo, en el orden práctico es estéril la diferenciación.

V. CONCLUSIONES

La vigencia e interés del usufructo de disposición, en cualquiera de sus modalidades, aparece notoria (como resulta del cotejo de doctrina y jurisprudencia que lo examina), e incluso —fiscalmente— en lo que es la facultad de disposición frente al fideicomiso de residuo, del que, por otra parte, se diferencia radicalmente, en el que el usufructuario de disposición por amplias que sean sus facultades siempre será un simple titular de un derecho real de goce, y el fiduciario —por nimias que sean las suyas— siempre será un propietario.

La facultad de disposición debe considerarse como la emanación extrema de la facultad de goce, singularmente en el usufructo de cosas consumibles, por ello, y aunque, todavía, no es la postura dominante, el usufructuario, cualquiera que sea su modalidad dispositiva, así como los bienes sobre los que recaiga, solo puede ser titular de un derecho real de goce, pues no pocas veces se confunde la gestión, singularmente en el usufructo de dinero o de fondos de inversión, o en el establecimiento mercantil, con lo que es la facultad de disposición.

La facultad dispositiva siempre tiene que estar ordenada teleológicamente a un fin o resultado, no a su libre arbitrio (incluso aunque sea usufructo de libre disposición), como si la tiene el propietario. Y, desde luego, siempre, en cuanto incide en la facultad y no en quién sea su titular, con las limitaciones y límites propios del ejercicio de cualquier derecho subjetivo. Ejercicio que puede implicar que las exigencias derivadas de la función social de la propiedad puedan exigirse no al nudo propietario, sino al usufructuario de disposición, sí él es el que puede arrendar, ceder, etc.

La facultad de disposición lo que nunca puede conllevar es la de disposición *mortis causa*, dado que siempre tiene que ser reconocible como un mero derecho real, y esto, desde luego, lo convertiría en propietario, al privarle de cualquier facultad al nudo propietario, incluso de futuro. Es exigencia estructural que el nudo propietario, que siempre tiene que existir, aunque no esté todavía determinado, pueda en un momento futuro, que puede derivar incluso de la vida de un tercero ya nacido, recuperar la plenitud de facultades de todo propietario.

El usufructuario de disposición nunca estará en comunidad o condominio con el nudo propietario, por la distinta naturaleza de sus derechos, por ello ni cabe el retracto de comuneros, ni la acción de división, ni procede el retracto — incluso de colindantes— hasta que no disponga, pues cuando se constituye solo hay constitución de un derecho real limitado, no transmisión de la propiedad.

El usufructuario de disposición, cualquiera que sea su modalidad, siempre es titular de un mero derecho real limitado de goce (al que puede yuxtaponérsele la facultad de disposición, o incluso derivar esta del goce mismo de las cosas consumibles), por tanto, solo podrá ser legatario, y, en consecuencia, ni forma parte de la comunidad hereditaria, ni puede intervenir en la partición, ni puede liquidar los gananciales, ni puede exigírsele que pague las legítimas, ni puede servir para pagarlas, pues se vulneraría —dado que un gravamen es lo que es siempre— la intangibilidad cualitativa de la legítima.

ÍNDICE DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES

- STS de 24 de octubre de 1860
- STS de 7 de marzo de 1876
- STS de 22 de marzo de 1890
- STS de 31 de octubre de 1903
- STS de 14 de abril de 1905
- STS de 29 de noviembre de 1911
- STS de 9 de octubre de 1986
- STS de 20 de julio de 1989
- STS de 2 de julio de 1991
- STS de 3 de febrero de 1999
- STS de 6 de abril de 2006
- STS de 26 de mayo de 2014
- STS de 27 de noviembre de 2016
- STS de 18 de enero de 2018
- STS de 10 de mayo de 2019
- STSJC de 22 de septiembre de 2003
- STSJC de 24 de abril de 2006
- STSJC de 23 de noviembre de 2020
- SAT Pamplona, de 11 de marzo de 1971
- SAP Barcelona, secc. 1.^a, de 14 de junio de 2017
- SAP Madrid, de 15 de julio de 2019
- RDG de 1 de diciembre de 1896
- RDG de 8 de julio de 1912

- RDG de 11 de octubre de 1920
- RDG de 20 de octubre de 1926
- RDG de 24 de enero de 1963
- RDG de 19 de abril de 1963
- RDG de 31 de enero de 1979
- RDG de 2 de diciembre de 1986
- RDG de 5 de febrero de 1988
- RDG de 17 de mayo de 2002
- RDG de 19 de noviembre de 2009
- RDG de 22 de agosto de 2011
- RDG de 21 de diciembre de 2011
- RDG de 6 de junio de 2012
- RDG de 28 de noviembre de 2012
- RDG de 20 de febrero de 2017
- RDG de 18 de abril de 2018
- RDG de 8 de noviembre de 2018
- RDG de 27 de marzo de 2019
- RDG de 8 de noviembre de 2019
- RDG de 26 de noviembre de 2019
- RDG de 29 de octubre de 2020
- RDG de 25 de abril de 2022
- RDG de 25 de marzo de 2025
- Resolución de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas JUS/3040/2012, de 28 de noviembre de 2011

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, M. (2007), El cuasiusufructo. *Actualidad civil*, núm. 15, 1731-1737.
- ANDRÉS SANTOS, F.J. (1997). *Subrogación real y patrimonios especiales en el Derecho romano clásico*. Valladolid: Publicaciones de la Universidad de Valladolid.
- ATIAS, Ch. (2005), *Droit civil. Les biens*, 8.^a ed., Paris: Litec.
- BARBERO, D. (1939). Il quasi-usufrutto ed il quasi-uso. *Rivista di Diritto Civile*, núm. 18, 208-227.
- CABEZUELO ARENAS, A.L. (2002). *Diversas formas de canalización de la cautela socini*. Valencia: Tirant lo blanch.
- CARPIO MATEOS, F. (1992). Usufructo con facultad de disponer, constituido en acto a título oneroso. *Boletín de Información de la Academia Granadina del Notariado*, núm. 144, 3885-3895.
- CARRASCO PERERA, A. (1987). Usufructo de disposición en caso de necesidad exenta de justificación (Comentario a la Sentencia de 4 de mayo de 1987). *Poder Judicial*, núm. 7, 127-133.

- CASTILLO DE SOTOMAYOR, I. (1604). *Tractatvs de vsufructu*, Francoforti: Typographica Wolffgangi Richteri, disponible en: <https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=n-jp.32101080071101&seq=10>
- CATERINA, R. (2000). *I diritti sulle cose limitati nel tempo*. Milano: Giuffrè.
- CASTILLO LÓPEZ DE MEDRANO-VILLAR, I.J. (2022). La donación mortis causa. En: P.M.^a Estellés Peralta (dir.), *Dolencias del Derecho civil de sucesiones. 130 años después de la aprobación del Código civil español*. Valencia: Tirant lo blanch (pp. 505-527).
- CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C. (2000). Notas sobre el usufructo con facultad de disponer en la jurisprudencia del Tribunal Supremos. En: R. Herrera Campos (ed.), *Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada*, Vol. 1. Almería: Universidad de Almería-Universidad de Granada-Universidad de Jaén (pp. 363-385).
- CORNU, G. (2005). *Droit civil. Introduction. Les personnes. Les biens*, 12 ed. Paris: Montchrestien.
- DE CASTRO Y BRAVO, F. (1949/1984). *Derecho civil de España*. Madrid: Civitas
- DE COSSÍO Y CORRAL, A. (1956). La nuda propiedad. *ADC*, núm. 9, 739-770, disponible en <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/ADC/article/view/2939>
- (1972/1981). Dictamen número 22. Dictamen acerca de la validez de unas enajenaciones realizadas sobre los bienes de la herencia del marido, pesando sobre aquellos un gravamen de residuo. En: *Dictámenes Civiles*, Sevilla: Publicaciones de la Universidad de Sevilla (pp. 335-347).
- DE SIMONE, M. (1956). *Los negocios irregulares*, F. J. Osset (trad.), apéndice de Derecho español por J. M. Castán Vázquez. Madrid: Edersa.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (2022). Usufructo testamentario de disponer en caso de necesidad apreciada según conciencia. En: P.M.^a Estellés Peralta (dir.), *Dolencias del Derecho civil de sucesiones. 130 años después de la aprobación del Código civil español*. Valencia: Tirant lo blanch (pp. 471-503).
- DEL CARPIO FIESTAS, V. (2009). Usufructo de dinero, usufructo viudal y legítima de los descendientes. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 713, 1103-1157.
- DENIZOT, A. (2008). Cass. civ. 1re, 20 février 2008. *Petites affiches*, núm.153, 23-25.
- DOCKÉS, E. (1995). Essai sur la notion d'usufruit. *Revue trimestrielle de droit civil*, núm. 3, 479-507.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (2000). La reserva de la facultad de disponer en la donación y la reversión de bienes del donante. A propósito de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de julio de 1998. En: R. Herrera Campos (ed.), *Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada*, Vol. 1. Almería: Universidad de Almería-Universidad de Granada-Universidad de Jaén (pp. 475-496).
- FOLLÍA CAMPS, R. (2009). Els trest fonamentals del Dret successori català actual. *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 2, 99-130.
- GACTO FERNÁNDEZ, E. (1975). *La condición jurídica del cónyuge viudo en el Derecho visigótico y en los Fueros de León y Castilla*. Sevilla: Universidad de Sevilla.
- FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A. (1999). La transmisibilidad de los derechos reales de uso y habitación. (Análisis de los artículos 523 y 525 del Código Civil). *Anales de derecho*, núm. 17, 85-123, disponible en: <https://digitum.um.es/digitum/handle/10201/8503>

- FUENTESECA DEGENEFFE, C. (2020). *La transmisibilidad del derecho de usufructo*. Madrid: Reus.
- GARRIDO MELERO, M. (2000). *Derecho de sucesiones. Un estudio de los problemas sucesorios a través del Código civil y del Código de Sucesiones por causa de muerte en Cataluña*. Madrid [et al.]: Marcial Pons.
- GIL RODRÍGUEZ, J. (2007). Sentencia de 6 de marzo de 2006 – Usufructo testamentario con facultad de disponer en caso de necesidad. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 74, 725-749.
- GÓMEZ PÉREZ, A.C. (2013). Revisión de las principales doctrinas civilistas que impiden la incorporación del *trust* en España. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 740, 3761-3800.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2008). El usufructo con facultad de disposición: Estudio de sus caracteres especiales. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 709, 2181-2187.
- GUTIÉRREZ JEREZ, L.J. (1999). *El legado de usufructo en el Derecho civil común*. Valencia: Tirant lo blanch.
- IEVA, M. (1998). Retroattività reale dell'azione di riduzione e tutela dell'avente causa dal donatario tra presente e futuro. En: N. Lipari et al. (eds.), *Studi in onore di Pietro Rescigno*, T. II – Diritto privato, Vol. I, Persone, famiglia, successioni e proprietà. Milano: Giuffrè (pp. 399-415).
- JORDANO BAREA, J.B. (1957). “Pseudousufructo testamentario” y sustitución fideicomisaria. *Anuario de Derecho Civil*, núm. 2, 1173-1184, disponible en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1957-40117301184.
- KOHLER, J. (1886). Der Dispositionsnießbrauch. *Iherings Jahrbücher (DogmJ)*, núm. 24, 187-328.
- KUHN, C. (2011). La nue-propriété, une propriété obligée (Cass. 1re civ., 12 janv. 2011. *Petites Affiches*, núm. 156, 8-9.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. (1985). Condición universal o particular de la sucesión en el usufructo de la herencia. En: *Estudios jurídicos en homenaje a Tirso Carretero*. Madrid: Centro de Estudios Hipotecarios (pp. 267-287).
- LAMARCA MARQUÈS, A. (2008). Código civil alemán. *Bürgerliches Gesetzbuch*. Madrid [et al.], Marcial Pons.
- LECIÑENA IBARRA, A. (2016). Capítulo 3. Excepciones a la regla *salva rerum substantia* en el marco del artículo 467 CC. En: A. Leciñena Ibarra (coord.), *Tratado de usufructo*. Las Rozas: La Ley (pp. 123-182).
- LOTTI, B. (1999). *Le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte*, tesis doctoral defendida en la Université Paris-Sud (Paris XI), disponible en: <https://ubs.hal.science/tel-01327264/document>
- MALAUURIE, Ph. (2008). Legs de residuo et l'exclusion de la subrogation réelle. *Petites affiches*, núm. 140, 1-11.
- MEDINA ALCOZ, M. (2024). A vueltas con la naturaleza jurídica del usufructo de cosas consumibles o cuasiusufructo. *Revista Bolivariana de Derecho*, núm. 38, 196-225, disponible en: <https://idibe.org/doctrina/vueltas-la-naturaleza-juridica-del-usufructo-cosas-consumibles-cuasiusufructo>

- MELGUIZO GARDE, M. (2006). Economías de opción en la constitución a título gratuito inter vivos de un usufructo. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 279, 61–116. <https://doi.org/10.51302/rcyt.2006.8169>
- MERINO JARA, I. (2001). *Impuesto de Sucesiones y Donaciones. Problemas actuales*. Elcano: Aranzadi.
- MIQUEL SALA, R. (2009). La comunidad de uso entre usufructuario de cuota y un único propietario en el Código civil, el BGB y el Codi civil de Catalunya. Una aproximación. *Anuario de Derecho Civil*, núm. 3, 1109-1147, disponible en: <https://revistas.mjjusticia.gob.es/index.php/ADC/article/view/3632>
- MOLLÁ NEBOT, M.^a A. (2004). Usufructo de bienes consumibles. Observaciones sobre la pretendida propiedad del usufructuario. *Revista General de Derecho Romano* [En línea], núm. 2, 2-10, disponible en https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=402842&d=1
- MURIEDAS MAZORRA, G. (1993). Sustituciones y fideicomisos en el Impuesto sobre sucesiones. En: *Escritos jurídicos en memoria de Luis Mateo Rodríguez*, T. II. Santander: Universidad de Cantabria. Facultad de Derecho (pp. 227-254).
- MONTÉS PENADÉS, V.L. (1980). *La propiedad privada en el sistema del Derecho civil contemporáneo (Un estudio evolutivo desde el Código civil hasta la Constitución de 1978)*. Madrid: Civitas.
- MURILLO VILLAR, H. (2022). Perspectiva histórica de la elasticidad del principio salva rerum substantia. *RIDROM: Revista Internacional de Derecho Romano* [En línea], núm. 29, 36-77, disponible en: <https://investigacion.ubu.es/documentos/6386b04050a09d3f4c089029>
- MUSOLINO, G. (2005). Poteri di disposizione dell'usufruttuario e locazione del bene concesso in usufrutto. *Rivista di diritto civile*, núm. 1, 53-86.
- NAVAS NAVARRO, S. (2009). Constitución de derechos reales limitados en cosa propia. En: F. Badosa Coll y M.^a C. Gete-Alonso Calera (dirs.), *La adquisición y la transmisión de derechos reales. Estudio del derecho catalán y de otros sistemas jurídicos*. Madrid [et al.]: Marcial Pons (pp. 353-363).
- NIETO ALONSO, A. (2014). *Sustitución fideicomisaria de residuo, usufructo testamentario de disposición y donación: la atribución de facultades dispositivas y la repercusión de la situación de necesidad*. Las Rozas (Madrid): Wolters Kluwer España.
- ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, A. (1996). La intransmisibilidad del usufructo en Derecho romano y el artículo 480 del Código civil. En: J.L. Iglesias Prada (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Tomo IV. Madrid: Civitas (pp. 5013-5029).
- PINAGLIA-VILLALÓN GAVIRA, J.I. (2016). Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el abuso del derecho en el supuesto del usufructo testamentario con facultad de disposición en caso de necesidad. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 99-112.
- PUGLIESE, G. (1975). Usufrutto (Diritto vigente). En: *Novissimo Digesto Italiano*, t. XX. Torino: Utet (pp. 329-356).
- REPRESA POLO, M.^a (2008). El usufructo con facultad de disposición. *Revista de Derecho Privado*, núm. 4, 31-64.

- REVERTE NAVARRO, A. (2001). Artículo 467. En: J. Rams Albesa (coord.) y R. M.^a Moreno Flórez (coord. adjta.), *Comentarios al Código civil*, t. III – Libro Segundo (Títulos I a VIII). Barcelona: JM Bosch Editor.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F. (2019). *Los derechos reales de goce en cosa ajena*. Cizur Menor: Aranzadi.
- (2024). *Usufructo, uso y habitación*. 4.^a ed., Las Rozas: Aranzadi-Civitas.
- ROCA SASTRE, R. M.^a (1942). La concepción del usufructo como «*pars dominii*» y sus reflejos en la legislación del Impuesto de derechos reales. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 172, 575-587 (después publicado en sus *Estudios varios*, Madrid, Instituto de España, 1988, 497-507).
- ROCA SASTRE, R. M.^a y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LI. (1997). *Derecho hipotecario*, T. V, 8.^a ed. Barcelona: Bosch (451-474).
- ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LI. (1969). “El usufructo de disposición, sucedáneo del fideicomiso de residuo”. *La Notaría*, 3-19.
- ROJINA VILLEGAS, R. (2008). *Compendio de Derecho civil*, II, 41.^a ed. México: Porrúa
- SALAZAR REVUELTA, M.^a (2001). La transmisión de la propiedad en el cuasiusufructo de las cosas *quae usu consumuntur* según el Derecho romano y el Código civil español. En A. Torrent Ruiz (coord.), *Actas del II Congreso Internacional y V Iberoamericano de Derecho Romano – Los derechos reales*. Madrid: Edisofer (pp. 739-758), disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-R-2021-50108501104
- SANTOS Y RUIZ DE EGUÍLAZ, J. (1999, 10, 17 y 24 noviembre 1998). “La asistencia disintiendo: una interpretación del artículo 5.1 de la Compilación”. *Actas de los VIII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés (Zaragoza)*, Zaragoza: El Justicia de Aragón, 23-28, disponible en: <https://eljusticiadearagon.es/wp-content/uploads/2020/09/Foro-1998-Disposicion-de-bienes-inmuebles-de-menores-e-incapacitados-en-Aragón.pdf>
- SCALISI, V. (2005). *Categorie e istituti nel Diritto civile, nella transizione al postmoderno*. Milano: Giuffrè.
- SERRANO DE NICOLÁS, Á. (2005). *Usufructo con facultad de disposición en el Derecho español*, tesis doctoral defendida en la Universitat de Barcelona, disponible en: <http://hdl.handle.net/10803/34342>
- (2023). Usufructo y planificación sucesoria: Aplicación al testamento del cónyuge divorciado. En: J.A. Bueno Delgado y M.^a E. de las Casas León (dirs.), *Contribuciones al estudio de las acciones populares en el marco del derecho administrativo, fiscal, penal y civil romano. Homenaje al profesor Antonio Fernández de Buján Fernández en el XL aniversario de su magisterio*, T. II. Madrid: Dykinson (pp. 855-872).
- TORRELLES TORREA, E. (2011). ¿Consumir supone transmitir? La discutible propiedad del “quasi usufructuario”. En: F. de P. Blasco Gascó *et al.* (coords.), *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, Vol. 2, Valencia: Tirant lo blanch (pp. 2593-2618).
- TORRENTE, A. y SCHLESINGER, P. (1995). *Manuale di Diritto privato*, 14.^a ed., Milano: Giuffrè.
- WALKER, D.M. (1983). *Principles of Scottish Private Law*, III. Oxford: Clarendon Press, disponible en <https://archive.org/details/principlesofscot3ed2walk/page/n5/mode/2up>

- WESTERMANN, H., WESTERMANN, H.P., GURSKY, K.-H. y EICKMANN, D. (1998/2007), *Derechos reales*, 7.^a ed., Vol. V. Madrid: Fundación Cultural del Notariado.
- WYLLEMAN, A. (2012). L'usufruit: Source de conflit dans les familles modernes. En: A-L. Verbeke *et al.* (eds.), *Confronting the frontiers of family and succession law. Liber Amicorum Walter Pintens*. Cambridge-Antwerp-Portland: Intersentia (pp. 1787-1804).
- ZENATI-CASTAING, F. y REVET, T., (2008). *Les biens*, 3.^a ed. Paris: PUF.

NOTAS

¹ Precisa la RDG de 25 de marzo de 2025 que el usufructo se entiende vitalicio, de no decirse lo contrario.

² En concreto, la dicha resolución de 8 de noviembre de 2018 dice literalmente que: “la posibilidad de crear nuevos derechos reales o modalizar los ya existentes, debe ponerse ahora de relieve que, por la elasticidad del dominio y por su carácter abstracto, cabe en vía de principio que una de las facultades dominicales cual es la dispositiva sea objeto de disgregación de modo que sea objeto de una configuración propia de los derechos reales, si se cumplen los requisitos estructurales necesarios según lo expuesto en los anteriores fundamentos jurídicos. Prueba de ello es la existencia de figuras como la del usufructo con facultad de disponer o la de la donación con reserva de la facultad dispositiva. Precisamente, si en este último caso puede desmembrarse del dominio por vía de «deductio» (aunque, para algunos autores, también en el supuesto del artículo 639 del Código Civil lo que se reserva el donante es un derecho real independiente que nace de lo pactado en la donación), no debe existir obstáculo para que el mismo resultado se produzca por vía de «translatio», como ocurre con otras facultades dominicales como es la de disfrutar y gozar de una cosa «erga omnes». Por esta razón no puede ser confirmada la calificación impugnada en cuanto se limita a objetar que la facultad o poder de disponer no puede ser objeto de transmisión. En la escritura calificada es objeto de donación no una mera facultad sino un verdadero derecho subjetivo, de los denominados potestativos o de modificación jurídica, que atribuye al donatario un poder para disponer con plenos efectos de bienes ajenos pertenecientes a las donantes”. Un completo estudio anterior sobre la materia es el de ESPEJO LERDO DE TEJADA, 2000, 477-496, donde trata, también, del problema de las donaciones *mortis causa*, y la posibilidad de disponer sobre todos los bienes donados.

³ Así la RDG de 8 de agosto de 2019, dice expresamente que nuestro Tribunal Supremo: “en Sentencia de 2 de junio de 1952 afirmó que «como enseña la jurisprudencia de esta Sala, el usufructo es un derecho eminentemente personal, extinguido por la muerte del usufructuario a no ser que por excepción que permite el artículo 469 del citado Cuerpo Legal el título constitutivo autorice su transmisión a ulteriores personas». También ha admitido el Alto Tribunal que en el título constitutivo del usufructo se establezca un plazo de duración superior a la vida del usufructuario, permitiendo su transmisión a otras personas (vid. Sentencia de 1 de octubre de 1919)”.

⁴ Se toma la traducción de LAMARCA MARQUÈS, A. (2008). Código civil alemán. *Bürgerliches Gesetzbuch*. Madrid [et al.], Marcial Pons, p. 280.

⁵ Persiste la opinión restrictiva en las sucesivas ediciones, así ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE, 1997, pp. 466-467, al plantearse la discusión existente sobre la transmisibilidad del usufructo, se afirma literalmente que: “en lo que respecta al Derecho civil español cabe entender que la solución ha de resolverse en sentido negativo a la cesión propiamente dicha del derecho de usufructo, aunque sí cabe admitir la cesión del *contenido económico* de este derecho (*commodum*)”.

⁶ Para el tratamiento fiscal de las prohibiciones de disponer cabe acudir a MURIEDAS MAZORRA, 1993, 243, donde sostiene que habrá que estar, sin duda, a la voluntad del testador, pero, de ordinario, habrá que equiparar al sucesor o con los usufructuarios o con los fiduciarios (al modo de sustitución fideicomisaria).

⁷ En la jurisprudencia italiana, *Cassazione* n. 13310, Sez. II civile, del 15 febbraio 2002, obvio que desde su derecho positivo, y sin que su regulación tenga equivalencia de efectos en el nuestro, se dice lo siguiente: “[...] *l'attribuzione dell'usufrutto generale, secondo pre-*

valente giurisprudenza e dottrina, non costituisce assegnazione di legato, ma istituzione di erede. Invero, a norma dell'art. 588 c.c. sono attributive della qualità di erede le disposizioni testamentarie, qualunque sia l'espressione o la denominazione usata dal testatore, che comprendono l'universalità dei beni o una parte di essi considerati come quota dell'asse ereditario, mentre ogni altra disposizione è a titolo particolare ed attribuisce la qualità di legatario. // La figura dell'erede è contraddistinta dalla potenzialità del suo titolo a raccogliere tutti i beni del defunto (o una quota) e quindi a subentrare in tutti i rapporti giuridici trasmissibili. Orbene l'usufruttuario generale ha un titolo di uguale potenzialità di estendersi ad ogni bene. L'attribuzione dell'usufrutto su tutti i beni comprende l'universalità dei beni (l'universum ius), ai sensi dell'art. 588 c.c. Ed in effetti, in base all'art. 1010 c.c., l'usufruttuario di un'eredità risponde >dei debiti, essendo obbligato a pagare le annualità dei debiti e dei legati da cui l'eredità stessa sia gravata. Se fosse legatario non sarebbe tenuto, ai sensi degli artt. 756 e 668 c.c. B) Le ragioni che hanno indotto la Corte territoriale a ritenere che l'attribuzione dell'usufrutto generale era a titolo di legato e non di erede e che tale legato non era in sostituzione di legittima si discostano da principi costantemente ribaditi da questa Corte”

⁸ Al efecto, señala FOLLÍA CAMPS (2009, 431-4329), que el usufructo de regencia figuraba prácticamente en todos los capítulos, después de la institución de heredero a uno de los hijos (normalmente el de mayor edad, que cabe añadir que por ser irrevocables los capítulos devenía en un heredero seguro, y conocido como el “hereu”), y otorgaba a la esposa facultades de gobierno y disposición muy superiores a las del usufructo normal, recogidas en el artículo 65 de la Compilación (de 1960) y en el artículo 69 del Código de sucesiones, si bien que ahora ya referido a ambos cónyuges, y carece de equivalente en el vigente Código civil catalán, aunque sus efectos se pueden alcanzar conforme al vigente artículo 431-5.1 CCCat, pero ya no necesariamente tiene que ser en capítulos matrimoniales, aunque sí en escritura pública (artículo 431-7.1), y, desde luego, puede llegar a ser revocable, artículo 431-14 CCCat; el usufructo de regencia se perdía tanto si se contraía matrimonio, como si se llevaba una vida deshonestas; la amplitud de sus facultades se resumía, según dice, en el aforismo “*senyora, majora, poderosa i usufructuaria*”.

⁹ No hay opinión unánime sobre el significado del *salva rerum substantia*, pues incluso la concesión de la facultad de disposición podría pensarse que es la mayor alteración del principio, y aún y así creo que debería observarse en tanto no se disponga, pues esta facultad no altera el que siga siendo un usufructo en cosa ajena; no obstante, con CATERINA (2000, 83), debe distinguirse entre la regla que veta cualquier alteración y la regla que admite las alteraciones no dañosas, sin perjuicio de que el constituyente puede establecer en el acto constitutivo una destinación diversa a la que tenía hasta dicho momento, sea explícita o implícitamente, sin perjuicio, de que en este último caso debe ser una voluntad razonable. La necesidad de respetar el destino económico de la cosa también sería otra nota distintiva entre el usufructo y la propiedad temporal CATERINA (2000, 102-103). En el Derecho francés es opinión generalizada que, la regla *salva rerum substantia*, se entiende como uso de la cosa conforme el destino que le había impreso el anterior propietario, por todos, CORNU (2005, 538). En todo caso, y sería trasladable a nuestro ordenamiento jurídico, la no alteración del destino no puede ser radical, pues así aceptarlo chocaría con el goce conforme a un buen padre de familia, dado que como señala DOCKÈS (1995, 506), no puede aceptarse cuando no es posible explotarla sin un cambio y uso racional de la cosa, en este —como en casos similares— el cambio debe ser admitido. Además, ATIAS (2005, 174), afirma que la responsabilidad de conservar la cosa impone al usufructuario el no realizar alteraciones caprichosas, inoportunas o por inexperiencia, pero, a la vez, exige una gestión del bien adecuada a los tiempos y circunstancias del negocio.

¹⁰ Disponible en: <https://www.ilblogdeldiritto.it/famiglia-e-successioni/lusufrutto-universale-tra-eredita-e-legato/>

¹¹ La constitución del usufructo de disposición no autoriza hasta que el usufructuario no disponga a pensar en ninguna modalidad de retracto derivado de la disposición del bien usufructuado, pues el retracto se funda en el hecho de disponer y aquí todavía no se ha dispuesto.

¹² Modifié par Loi n.º 2006-728 du 23 juin 2006 – art. 2 () JORF 24 juin 2006 en vigueur le 1er janvier 2007 // *Les créanciers qui auraient pu agir sur les biens indivis avant qu'il y eût indivision, et ceux dont la créance résulte de la conservation ou de la gestion des biens indivis, seront payés par prélèvement sur l'actif avant le partage. Ils peuvent en outre poursuivre la saisie et la vente des biens indivis. // Les créanciers personnels d'un indivisaire ne peuvent saisir sa part dans les biens indivis, meubles ou immeubles. // Ils ont toutefois la faculté de provoquer le partage au nom de leur débiteur ou d'intervenir dans le partage provoqué par lui. Les coindivisaires peuvent arrêter le cours de l'action en partage en acquittant l'obligation au nom et en l'acquit du débiteur. Ceux qui exerceront cette faculté se rembourseront par prélèvement sur les biens indivis.*

¹³ Especial atención le ha prestado la reciente doctrina francesa, sobre todo con ocasión de su reforma del 2006, así MALAURIE (2008, 7-8), con especial incidencia en la subrogación real y el nuevo artículo 1058, 2 *Code civil*, al disponer que: “*Lorsque les biens, objets de la libéralité résiduelle, ont été aliénés par le premier gratifié, les droits du second bénéficiaire ne se reportent ni sur le produit de ces aliénations, ni sur les nouveaux biens acquis*”.

¹⁴ Modifié par Loi n.º 2006-728 du 23 juin 2006 – art. 9 () JORF 24 juin 2006 en vigueur le 1er janvier 2007 // *Toute disposition testamentaire faite sous une condition dépendante d'un événement incertain, et telle que, dans l'intention du testateur, cette disposition ne doive être exécutée qu'autant que l'événement arrivera ou n'arrivera pas, sera caduque, si l'héritier institué ou le légataire décède avant l'accomplissement de la condition*

¹⁵ En el derecho italiano defiende (para la reserva de disponer y lo mismo es trasladable a nuestro supuesto de atribución de la facultad de disponer) su naturaleza personal y, como consecuencia, la no transmisibilidad a los herederos ni el posible ejercicio subrogatorio, IEVA, 1998, 410.

Supuesto especial, por contemplarse la extinción del usufructo si se pretende su embargo, es el resuelto por la RDG de 5 de febrero de 1988, cuyo tenor literal de la cláusula decía —refiriéndolo al usufructo que no a la posibilidad de disponer de la cosa usufructuada— que se hacía bajo: “Condición de no poder ser enajenado, gravado, ni embargado, ni retenido por ningún concepto y que caso de que así no se hiciese quedará anulado automáticamente”.

¹⁶ Lo recuerda la RDG de 6 de junio de 2012, al resolver que “la consolidación se produce de forma automática, sin necesidad de ningún consentimiento de adquisición, pues la adquisición del pleno dominio ya está predeterminada en el contenido de la nuda propiedad”.

¹⁷ Por esta opción de considerarlo, a efectos de su tributación, como una verdadera sustitución fideicomisaria, se inclina MURIEDAS MAZORRA (1993, 243).

¹⁸ Precisa la STS de 26 de mayo de 2014 que la constitución a título gratuito en documento privado es nula