

Usufructo atípico: sin posesión de los bienes y entrega de los frutos netos al usufructuario

FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ
Catedrático de Derecho civil

RESUMEN

Junto al usufructo ordinario del sistema jurídico español, en que el usufructuario tiene la posesión y disfrute directo de los bienes gravados, hay otro usufructo no tipificado pero legalmente posible en que su titular no obtiene esa posesión, que retiene el propietario, quien debe entregar al usufructuario los frutos netos que produzcan aquellos bienes. Aunque la constitución y estructura de ambos apenas difieren, el contenido y efectos, y la posición jurídica de propietario y usufructuario son muy distintos.

PALABRAS CLAVE

Usufructo, tipicidad/atipicidad, goce usufructuario, frutos netos.

Atypical usufruct: without possession of the goods and delivery of net fruits to the usufructuary

ABSTRACT

Along with the ordinary usufruct of the Spanish legal system, in which the usufructuary has direct possession and enjoyment of the encumbered assets, there is another usufruct, not typified but legally possible, in which the holder does not obtain such possession, which is retained by the owner, who must deliver to the usufructuary the net fruits produced by such assets. Although the constitution and structure of the two hardly differ, the content and effects, and the legal position of the owner and usufructuary are very different.

KEYWORDS

Usufruct, typical/atypical, usufructuary enjoyment, net fruits.

SUMARIO: I. *Planteamiento.*—II. *Su posición en nuestro sistema jurídico.*—III. *Naturaleza jurídica del usufructo sin posesión, y percepción directa de los frutos de la cosa.*—IV. *Constitución de este usufructo.* 1. Su trascendencia. 2. La constitución de este usufructo. A) *Punto de vista formal del acto constitutivo.* B) *Punto de vista material (contenido) del acto constitutivo.* C) *Inscripción en el Registro (para el usufructo de bienes inmuebles).*—V. *Estructura de este usufructo.* 1. Elementos personales. 2. Elementos reales.—VI. *Régimen funcional de este usufructo. Contenido. Efectos.* 1. Posición jurídica del usufructuario. A) *Derechos del usufructuario.* B) *Obligaciones del usufructuario.* 2. Posición jurídica del nudo propietario. A) *El propietario, retentor de la posesión de la cosa. Consecuencias.* B) *El propietario, deudor y pagador de los frutos netos.* C) *El propietario, centro de responsabilidades en el usufructo atípico.* 3. Extinción de este usufructo. A) *Causas de extinción.* B) *Efectos de la extinción.*—Bibliografía

I. PLANTEAMIENTO

El usufructo, institución interesante en múltiples aspectos tanto en el orden vivencial como en el estrictamente jurídico, al lado de notables ventajas socioeconómicas que doy por conocidas comporta no pocos inconvenientes de gestión en su vida y desarrollo efectivo, en el contexto individual y social en que se desenvuelve. La antigüedad y complejidad de su régimen normativo en nuestro sistema jurídico da lugar con frecuencia a problemas complicados y soluciones insatisfactorias para los interesados en cuanto a conservación, reparaciones, mejoras, compensación con daños, cambio del destino de la cosa usufructuada, etc.

Destacan también otros inconvenientes en el tráfico jurídico: el poco aliciente para hacer inversiones y mejoras en la cosa usufructuada, para el usufructuario porque no es suya y el disfrute es solo temporal, y para el nudo propietario porque al no disfrutarla se desinteresa por ella; el obstáculo que la disociación usufructo/nuda propiedad supone en la circulación de los bienes, que desincentiva; la aleatoriedad de su duración lo hace poco propicio para la constitución-transmisión a título oneroso; el problema de coordinar los intereses enfrentados de usufructuario (a quien interesa más el rendimiento inmediato) y nudo propietario (garantía de conservación, perspectiva de futuro), agravada muchas veces por la situación personal del primero, más rentista que gestor activo. Tales inconvenientes están presentes en ciertas críticas de la doctrina moderna a este instituto, que no se

adapta ya bien, en una sociedad económicamente dinámica, a sus prácticas y requerimientos socio-económicos¹.

Es conocida la sugerencia de Carbonnier, que proponía hace unas décadas una reorganización de las relaciones entre nudo propietario y usufructuario, basada en la comunidad de intereses, y que al lado del usufructo clásico (con goce directo y administración por el usufructuario), sería útil construir una variante en la que el titular del derecho real tuviera solo el goce fructuario, sin la administración, quedando ésta al nudo propietario². Así se evitarían —dice— los inconvenientes de una gestión por personas mayores; y sugiere la conversión del usufructo en renta vitalicia a petición del nudo propietario. En el mismo sentido, cierta doctrina alemana³. La crítica e ideas apuntadas por el civilista francés son aplicables al usufructo de nuestro ordenamiento jurídico, que ha dejado irresueltos los problemas clásicos del instituto, y el que ellos diseñan con su regulación no responde a las necesidades del usufructo y la sociedad, más compleja, del siglo XXI.

Aquellos inconvenientes y problemas de gestión de ciertos usufructos, acentuados en las últimas décadas por los cambios en la vida socio-económica (bienes complejos y patrimonios nuevos), y la sugerencia de Carbonnier, invitan a pensar en la posibilidad teórica y práctica de un usufructo distinto del ordinario y tipificado; otro, en el que el nudo propietario retenga la posesión y administración de los bienes usufructuados y el goce del usufructuario se limite a los frutos netos de esos bienes que le entregará el primero. Esa sola idea comporta un

¹ Refiriéndose al usufructo viudal y calificarlo como arcaico y más adecuado a estructuras sociales estáticas de otrora, dice SALVADOR CODERCH, P. que «en una sociedad económicamente más dinámica y, sobre todo, más articulada, en la que los protagonistas del hecho sucesorio son cada vez más numerosos pero menos ricos, la solución usufructuaria resulta engorrosa e insuficiente. Se usufructúa una finca rústica pero no un piso urbano; eso normalmente solo cabe usarlo y a ese respecto más que degradar el usufructo en uso, corresponde elevarlo a propiedad o copropiedad» («El usufructo viudal intestado en el Derecho catalán», *RJC*, 1986, p. 301). Véase también mi libro *Usufructo, uso y habitación*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 3.ª ed, 2020, pp. 67 ss.

² «A côté de l'usufruit classique, où l'usufruitier a à la fois la jouissance et l'administration, il serait utile de construire un diminutif, dans lequel le titulaire du droit réel n'aurait que la jouissance, sans l'administration, celle-ci restant au nu-propiétaire. Par là pourraient être évités les inconvénients d'une gestion par des usufruitières âgées» (*Droit Civil*, t. II, Paris [Presses Universitaires de France], 1962, p. 115).

³ WESTERMANN, tras aludir a las restricciones que tiene el usufructuario en el disfrute del bien (mantener el destino económico que tenía la cosa, y consecuencias) cita a Beyerle como «partidario de admitir un usufructo consistente en que el titular reciba una parte de los frutos de la cosa (o todos), que sigue siendo explotada económicamente por el propietario; a su juicio, eso representaría una forma útil en la práctica para el gravamen [con usufructo] de empresas». El, sin embargo, no cree admisible establecer como contenido del usufructo el deber del propietario de llevar a cabo la explotación económica del inmueble: WESTERMANN-GURSKY-EICKMANN, *Derechos Reales*, 7.ª ed., traducción de Cañizares Laso, Miquel González, Rodríguez Tapia y Rodríguez-Rosado, vol. II, Madrid (Fundación Cultural del Notariado), 2007, p. 1397.

cúmulo de interrogantes, tan interesantes como necesitados de análisis y respuestas. Es mi propósito explorarlos.

Por otro lado, un usufructo en que el titular percibe los frutos y rendimientos de los bienes usufructuados sin gestionarlos él no es desconocido por nuestro sistema jurídico. Así, en el caso de no prestación de fianza por el usufructuario puede el nudo propietario retener la entrega de los bienes al primero con derecho de éste al producto líquido de su rendimiento, según hipótesis y soluciones varias que brinda el artículo 494 CC. Y en caso de mal uso de la cosa usufructuada por parte del usufructuario que cause considerable perjuicio al propietario, puede éste pedir que se le entregue la cosa obligándose a pagar a aquél el producto líquido de su explotación, en los términos que establece el artículo 520 CC.

Se trata en estos casos de sendos usufructos –porque éste continúa vigente antes de la entrega de los bienes por falta de fianza, o en caso de desposesión por mal uso–, en que no tiene el usufructuario la posesión y gestión de la cosa pero sí el goce y percepción de su rendimiento. Aquellos dos supuestos se dan dentro del régimen ordinario del instituto como incidentes previsibles en la vida jurídica del usufructo: es decir, en casos ordinarios del mismo con solución legal. El «usufructo sin posesión» –llamémoslo así provisionalmente– por el que me pregunto podría ser el resultante de una constitución del siguiente tenor (o parecido): «lego a Antonio el usufructo de la finca X, cuya posesión y explotación conservará el nudo propietario, quien entregará al usufructuario los frutos netos que rinda la finca». Esa no tenencia material o jurídica de la cosa usufructuada por el usufructuario pero sí percepción de frutos o rendimientos económicos, que propongo como hipótesis de trabajo por ahora, no es usufructo residual –situación devenida de uno ya existente con problema propio– sino de origen voluntario; un usufructo constituido *ex novo* con propósito específico y aquella particularidad *ab origine*. El que sugiero es usufructo autónomo con entidad propia y diferenciada del régimen ordinario de la institución, que lo hace un usufructo de excepción –sus reglas y soluciones hacen efectivamente excepción a las ordinarias o genéricas del tipificado en nuestro ordenamiento– y no un usufructo especial. Los presupuestos de ese usufructo sin posesión son distintos de los del ordinario: se prevé ya por hipótesis que el usufructuario no va a recibir la posesión y administración de los bienes gravados, elemento esencial del tipificado en nuestro sistema jurídico. No es una variante de éste, dentro de su régimen general y ordinario, sino un usufructo que se aparta de ese régimen en la intención del constituyente así como en su concepción y en su funcionamiento.

Ese apartarse del régimen ordinario del instituto en los términos dichos ¿le permite seguir en el ámbito del usufructo? ¿Es realmente usufructo o es quizá un derecho de otra clase? Para responder a estas preguntas es preciso establecer qué elementos y caracteres definen al usufructo institución, qué es un usufructo. Pues bien: pienso que este instituto como género viene definido (elemento esencial) por el goce omnicomprendido de una cosa ajena –distinto, por cierto, del disfrute que proporcionan a su titular otros *iura in re aliena*⁴– y por la temporalidad. No importa tanto a ese efecto cómo se obtenga aquel goce –por posesión inmediata de la cosa gravada o por percepción directa de su rendimiento económico (recuérdese: arts. 494 y 520 CC; pero también en el usufructo de derechos)– cuanto que sea omnicomprendido, que lo sea de todos los aprovechamientos posibles de la «cosa», al menos cualitativamente (porque cuantitativamente puede serlo de parte de los frutos: art. 469).

En vista de ello yo creo que el usufructo sin posesión por el que me pregunto es, en efecto, un verdadero usufructo, quizá una especie del género usufructo, cuyo elemento sustancial definidor concurre en él; aunque difiere del tipificado en lo no sustancial, como es la forma de disfrute de la cosa gravada porque así lo ha querido el constituyente; pero goce todavía según la técnica jurídica del usufructo, cuyos frutos reserva al favorecido. Es un *ius in re aliena* en tanto que grava una cosa según los esquemas formales de los derechos de goce de esa clase, precisamente el del usufructo, por percibir su titular los rendimientos económicos siquiera de forma indirecta, no por disfrute directo e inmediato. Conserva ese ente jurídico problemático los caracteres típicos del género e institución usufructuaria: goce omnicomprendido y ser un derecho real cuya «realidad» es idéntica a la del usufructo ordinario (vinculación jurídica directa de la cosa al goce del titular); es un derecho real limitado al goce de la cosa; y limitativo del derecho de propiedad, en tanto que gravada. Difiere, sí, del usufructo típico de nuestro tráfico jurídico en que el titular no recibe la cosa para gozarla directamente, sino solo su rendimiento económico; pero ya hemos visto (arts. 494 y 520 CC) que la tenencia y explotación directa de la cosa es elemento esencial solo al usufructo-tipo, y que éste existe y funciona como tal en ocasiones aunque no la haya.

⁴ La diferencia entre la posesión del usufructuario y la de los titulares de otros derechos reales posesorios radica en el ámbito limitado de posesión de éstos (servidumbre, prenda), frente a la amplia exigencia y posibilidad posesoria en el usufructo: sencillamente, porque en éste hay un derecho de goce de contenido general, al que sirve esa posesión inmediata (sin perjuicio de otras variantes). Cfr. VENEZIAN, *Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione*, 2.^a ed., Napoli-Torino, 1931-1936, t. II, p. 97, donde dice que «il diritto al possesso forma un elemento essenziale dell'usufrutto, quantumque sia subordinato alle condizioni dell'adempimento o della dispensa dagli obblighi dell'inventario e della cauzione»; y PUGLIESE, *Usufrutto, uso e abitazione*, Torino, 1972, pp. 279-280.

II. SU POSICIÓN EN NUESTRO SISTEMA JURÍDICO

Más interrogantes ante esta nueva *species iuris*. Como usufructo excepcional, que rompe los esquemas del tipificado en nuestro Código civil (y en los ordenamientos catalán y navarro), ¿cabe y es viable jurídicamente en nuestro sistema jurídico un usufructo sin posesión ni administración por su titular de los bienes gravados sin ruptura de sus principios?; ¿dentro de qué márgenes lo sería sin romper el marco intelectual y normativo de fondo del sistema?

Hablando de posibilidad partamos de la realidad social, lo que hay o puede darse en la vida real. No hace falta mucha imaginación para pensar en una persona, un testador, que quiere favorecer a otra (un esposo a su futura viuda, un hijo a su madre de edad avanzada con pocas aptitudes físicas y psíquicas) que en lugar de dejarle en testamento el usufructo (ordinario) de sus bienes (a veces de difícil gestión: una empresa en explotación, una importante cartera de valores mobiliarios, un bloque de viviendas y locales comerciales) opta por dejarlos en propiedad, que será nuda, al hijo o el hermano que ya los viene explotando, situación que continuará, con la carga de entregar a aquélla los frutos y rendimientos de esos bienes. Esa situación y solución ya se da en la sociedad y en la vida real: ocurre por sencilla y razonable en el caso de bienes en usufructo de difícil gestión-explotación o por ineptitud concreta del usufructuario: en vez de dejárselo como usufructo ordinario y necesaria gestión propia, reciba los frutos netos de tales bienes.

Volviendo a la pregunta inicial, en mi opinión no cabe duda de la posibilidad y viabilidad jurídica de aquel usufructo en nuestro ordenamiento. La elasticidad de éste y los principios que lo informan –sobre todo el de la autonomía privada y el de *numerus apertus* en derechos reales– permiten configurar un derecho de usufructo en que el usufructuario tenga un goce de la cosa sin necesidad de poseerla ni gestionarla directamente. Es, pues, cuestión de voluntad individual, de autonomía privada; va a depender de la configuración (estructura, función, contenido) como usufructo en el título constitutivo, de la que resultará en primer lugar su entidad jurídica (naturaleza y función de usufructo), y luego la estructura y contenido efectual del derecho creado. En el orden práctico significa que el constituyente del usufructo quiera canalizar bajo esa forma precisamente el gravamen que impone a los bienes en beneficio de una persona, a quien dispone que se le entregue únicamente el rendimiento económico de tales bienes pero no ellos mismos.

He fundado aquella posibilidad en la autonomía privada. Sí, pero ¿en qué contexto y dentro de qué márgenes?; porque aquí, como en

casí todos los ámbitos jurídicos, la cuestión principal va a depender de los límites en que nos movamos. De la autonomía privada referida a los derechos reales dijo la R DGRN de 13 mayo 1987 que debe respetar las soluciones exigidas por las necesidades de las relaciones económicas y las normas fundamentales que estructuran el régimen inmobiliario y que interesan no solo a los propietarios actuales, sino también a los terceros (cfr. R. de 21 diciembre 2011). Debe satisfacer determinadas exigencias, que las RR. de 20 mayo y 5 junio 1987 (RJ 1987, 3926 y 4835) concretaron en la existencia de una razón justificativa suficiente, la precisión de los contornos del derecho real configurado, la inviolabilidad del principio de libertad de tráfico, y respetar también el contenido esencial típico del derecho real en cuestión junto a las características estructurales típicas del derecho real, en general: su inmediatividad (posibilidad de ejercicio directo sobre la cosa) y su absolutividad (deber general de abstención que posibilite su ejercicio sin constreñir a un sujeto pasivo determinado) [R DGSJFP 25 abril 2005 (RJ 2005, 5173)]. Véase también la STS 6301/2013, de 10 diciembre⁵. Requisitos que puede cumplir sin duda nuestro usufructo sin posesión de la cosa gravada.

El problema más importante de la autonomía privada en cuanto a la creación de derechos reales es el de sus *límites* y el de su control. a) Hay, en primer lugar, unos *límites genéricos*, los del artículo 1255 CC. b) Otro límite general de la autonomía privada es el del respeto del núcleo o contenido esencial de cada derecho, de manera que no pierda las facultades fundamentales o poderes jurídicos que lo caracterizan como ese derecho —«aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito, y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo» (STC 11/1981, de 8 abril)—, porque si le son amputados o excluidos tales poderes típicos o le son impuestos al titular unos deberes o limitaciones que absorban plenamente su posición activa puede quedar afectada la función económico-social del derecho creado dejando de ser un derecho real típico. c) Hay otros *institucionales* (específicos) para cada derecho: por ejemplo, en relación con el usufructo, está vedada (norma imperativa) la perpetuidad; los usufructos sucesivos tienen el límite de las

⁵ «Pero la constitución de un derecho real limitado (tradicionalmente denominado “sobre cosa ajena”) —dice esta sentencia, FJ 16—, como es un derecho de goce, exige el cumplimiento de una serie de requisitos. Su especial trascendencia, dadas las características de inmediatividad y absolutividad a que se ha hecho referencia, exigen, en primer lugar, que sea objeto de constitución precisa y categórica, sin que pueda presumirse (sentencias de esta Sala de 4 de julio de 1928, 1 de febrero de 1979, y núm. 1110/2002, de 26 de noviembre, en relación al derecho de superficie). Asimismo, y enlazando con lo anterior, la utilidad en que consista el derecho real, las facultades que se conceden a su titular, y la consiguiente limitación del dominio que conlleven, han de quedar adecuadamente precisadas [...]»

sustituciones fideicomisarias (arts. 781 CC y 561-15 CCC); en algún ordenamiento el usufructo es personalísimo e intransmisible (ley 411 FNN); etc.. Pues bien: también cabe nuestro usufructo cuestionado dentro de esos límites.

El medio jurídico idóneo para canalizar esa autonomía privada es, en primer lugar, el acto constitutivo del derecho real limitado (unilateral o bilateral), porque su causa negocial y la voluntad del constituyente atienden a intereses dignos de protección, en el marco de una función económico-social, y es más eficiente porque, salvo excepciones, va a tener alcance *erga omnes*. Este título constitutivo crea el derecho real referido a un bien concreto y con esa calidad; y establece el elemento fáctico y los presupuestos básicos de las normas aplicables y del efecto jurídico. Y configura el derecho que crea al dotar al bien afectado de un estatuto jurídico y al derecho de un contenido concreto (facultades, obligaciones, pero también a veces duración y extinción) que va a permitir identificarlo en el tráfico y ejercitarlo su titular conforme a Derecho.

Para un correcto juego de la autonomía privada en la delimitación del régimen jurídico de los derechos reales de goce es presupuesto de la eficacia *erga omnes* que caracteriza al derecho real su oponibilidad a terceros –conceptos próximos, pero que no se confunden–. De esto va a depender en buena medida la tipicidad o no del derecho resultante, y su calificación como derecho real o personal. Para ello no basta la mera voluntad individual, sino que se requiere un control social, que va desde cierta legalidad hasta requisitos de forma y, sobre todo, de publicidad, actual o futura, por medio del Registro de la Propiedad para los inmuebles y con la posesión para los bienes muebles.

Pues bien: Nuestro usufructo sin posesión de la cosa gravada cumple sin duda los requisitos de la autonomía privada referida a los derechos reales, y cabe dentro de sus límites. Es, pues, viable jurídicamente en nuestro sistema jurídico un usufructo de esa clase sin ruptura de sus principios generales.

III. NATURALEZA JURÍDICA DEL USUFRUCTO SIN POSESIÓN, Y PERCEPCIÓN DIRECTA DE LOS FRUTOS DE LA COSA

Debo profundizar en algunas cuestiones apuntadas para dejar mejor justificada la entidad y naturaleza del usufructo que ahora estudio.

Vengo hablando de «usufructo sin posesión». ¿Son compatibles tales términos? Lo he dado por supuesto, a efectos dialécticos (hipó-

tesis de trabajo) y de primera idea de este usufructo y frente al ordinario o tipificado en nuestro sistema jurídico. Primera cuestión: ¿es de esencia al usufructo institucional la entrega y posesión de la «cosa» al usufructuario para que la goce con gestión personal propia?. ¿Es posible hablar jurídicamente de usufructo sin esa posesión?

El carácter fundamental de la posesión en relación con el disfrute (en sentido amplio) deriva de ser ella medio razonable e instrumento habitual para el goce de la «cosa». No la menciona expresamente el Código civil como facultad autónoma, pero va implícita en el régimen legal del instituto, que la da por supuesta, y la mayor parte de los artículos relativos a este derecho parecen presuponer esa posesión (cfr. especialmente los 491, 494, 495, 497, 500, 520, 522). De ahí que el usufructuario tenga en el usufructo ordinario una pretensión, a veces subordinada al cumplimiento de ciertos deberes previos (inventario, fianza), frente al tenedor actual de la cosa. La posesión del usufructuario supone una relación inmediata con la cosa en su uso, gestión y disfrute; que la cosa se encuentre en su esfera de poder de hecho con independencia de que él la utilice o no: la tenencia que se le concede es precisamente para que la disfrute a su discreción. En esa inteligencia la posesión del bien usufructuado es esencial al usufructo tipificado en nuestro sistema jurídico —en ello insistió con carácter general VENEZIAN y más tarde PUGLIESE para el italiano⁶—; no tanto como una posesión actual sino como alcanzable y no excluida.

Ahora bien: siendo posible y jurídicamente viable en nuestro ordenamiento el usufructo sin posesión efectivamente constituido, aunque no puede acceder al orden jurídico organizado ni serlo como típico, no hay inconveniente en principio en que exista jurídicamente ya que lo es como realidad social (alguien lo ha creado) y que se haya de regir inicialmente por las reglas que dicte el (o los) constituyente(s) al no poder quedar adscrito a la categoría del usufructo ordinario o tipificado. Si ha de ser usufructo, pues, lo será como atípico, que también es correcta juricidad, dentro de ciertas coordenadas (las de la atipicidad).

¿De qué atipicidad se trata, dentro de qué límites? La atipicidad, aquí como en otros ámbitos jurídicos (por ejemplo, el contractual), solo puede ser explicada por contraste y a diferencia de la tipicidad —conceptos relativos ambos, sin embargo—, como antítesis pero en el mismo plano jurídico y valorativo, bajo las mismas coordenadas (no en irracional o desordenado enfrentamiento). Pues bien: si la *tipicidad* se da cuando una función económico-social valiosa y

⁶ VENEZIAN, *Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione*, cit., p. 97; PUGLIESE, *Usufrutto, uso e abitazione*, cit., pp. 279-280.

protegible, decantada a través de ciertos esquemas de relaciones interpersonales que la satisfacen, es reconocida y recogida en un sistema jurídico mediante tipos legales en que cristaliza, en la *atipicidad* no ha habido tal reconocimiento formal a una función económico-social valiosa y digna de protección: ese no reconocimiento formalizado es lo único que le falta. En ciertos casos o parcelas de nuestra realidad vital, el interés y la función social pueden ser igualmente valiosos, atender a intereses razonables en los que no ha reparado todavía el legislador, pero merecedores de protección (porque no son ajurídicos), y acceden al orden jurídico por otro conducto, de otra forma, como atípicos.

La constitución de un derecho real limitado atípico exige, junto a los límites institucionales específicos antes mencionados, el cumplimiento de algunos requisitos, que la STS 6301/2013, de 10 de diciembre, expresa así: «[...] en primer lugar, que sea objeto de constitución precisa y categórica, sin que pueda presumirse (SS de 4 julio 1928, 1 febrero 1979, y núm. 1110/2002, de 26 noviembre, en relación al derecho de superficie). Asimismo, la utilidad en que consista el derecho real, las facultades que se conceden a su titular, y la consiguiente limitación del dominio que conlleven, han de quedar adecuadamente precisadas. No son admisibles derechos reales de contenido impreciso que sometan el dominio a limitaciones genéricas, indeterminadas y susceptibles de interpretaciones extensivas, y respecto de los que los terceros no puedan conocer con precisión su alcance y duración y, por tanto, los contornos de su deber de respeto»⁷. El que atiendan a intereses dignos de protección y cumplan una función económico-social valiosa va implícito en la causa del negocio constitutivo.

Creo que es en ese terreno donde hay que situar jurídicamente el problema de la entidad y naturaleza del usufructo sin pose-

⁷ La Dirección General de los Registros [hoy Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, DGSJFP] ha hecho precisiones importantes a este respecto. Así, la Resolución de 13 mayo 1987 (RJ 1987, 3855) dijo que se debe respetar las soluciones exigidas por las necesidades de las relaciones económicas, y las normas fundamentales que estructuran el régimen inmobiliario e interesan no solo a los propietarios actuales, sino también a los terceros y, en general, a la economía (cfr. también R. de 21 diciembre 2011); debe satisfacer determinadas exigencias (cfr. RR. de 20 mayo y 5 junio 1987, antes citadas). Más recientemente la R. de 19 mayo 2016 proclama que el derecho creado «debe reunir los requisitos requeridos por el ordenamiento jurídico, fundamentalmente que exista una causa justificada y que se respeten las exigencias impuestas a favor de terceros por el sistema registral»; y la R. de 5 septiembre 2017, a su vez, ha añadido que «la autonomía de la voluntad en la configuración de nuevos derechos reales para adaptar las categorías jurídicas a las exigencias de la realidad económica y social, tiene como fundamental límite el respeto a las características estructurales típicas de tales derechos reales, cuales son, con carácter general, su inmediatidad, o posibilidad de ejercicio directo sobre la cosa, y su absolutividad, que implica un deber general de abstención que posibilite dicho ejercicio sin constreñir a un sujeto pasivo determinado».

sión. Es usufructo, sí, como dejé acreditado; atiende a una función social y a intereses valiosos y dignos de protección, en los que no ha reparado todavía ni ha disciplinado el legislador, pero que están ahí, no fuera del Derecho, a la espera de una atención normativa y solución a algunos problemas concretos más o menos parecidos a los del usufructo ordinario y tipificado; pero huérfano por ahora de soluciones descritas en reglas concretas.

Si no me equivoco demasiado en ese diagnóstico socio-jurídico de la realidad que intento calificar, resulta que el usufructo sin posesión es un *usufructo no tipificado (atípico)*, términos ambos que, aun abiertos, constituyen la base de una calificación primaria y diferenciadora del usufructo ordinario, histórico y tipificado de nuestro ordenamiento. A partir de ahí su construcción efectiva debe quedar en todo caso dentro de ciertos parámetros jurídicos porque la atipicidad que permite aquel usufructo no es totalmente abierta para que el constituyente diga y haga lo que quiera en el diseño (estructura, mecánica funcional) de tal derecho sino dentro de las coordenadas y límites recién aludidos si se quiere que siga siendo usufructo.

¿Podría no ser usufructo atípico? ¿Qué otra calificación podría tener un ente jurídico que consiste en el gravamen de una cosa que garantiza a una persona, ya que no su posesión, la recepción y goce de sus frutos?. Podría ser un derecho real de goce en cosa ajena innominado, inconcreto en su denominación en el tráfico jurídico. Pero eso es muy poco decir, deja irresuelto el problema planteado. Si buscamos la calificación a partir del contenido de tal ente jurídico y efectos aludidos enseguida se infiere: a) que no puede ser usufructo tipificado por la no posesión; b) que no se parece a ningún otro *ius in re aliena* por la entidad y forma de disfrute; c) que, no obstante su diferencia con el usufructo ordinario del Código civil, es, sin duda, a éste al que más se parece en el goce de la cosa gravada, cuyo régimen funcional permite (hace obligada, a falta de otra solución mejor) remitir a la analogía. Resulta así que sin serlo en puridad se aproxima mucho al usufructo que he descrito como género.

De nuevo aquellas preguntas: ¿Qué es eso?; ¿un derecho real innominado parecido al usufructo?; ¿usufructo atípico?

No quiero ser rígido en mi posición ni dogmático en la defensa de mi calificación. Contestando a mi pregunta: pues quizá no sea usufructo, sino otro derecho real. No lo sé. ¿Cuestión de palabras, puro nominalismo?. Pero no importa, una vez identificado el objeto problemático, su estructura y régimen funcional. Cualquier calificación por la que optemos sirva solo a efectos dialécticos, con la puerta abierta a otra razonable.

Para cerrar esta cuestión, he aquí mi conclusión: hechas estas últimas salvedades, sigo pensando que el usufructo sin posesión es un *usufructo atípico* por modificación del típico, en el que hay efectos comunes y otros que difieren. Aunque no satisfaga plenamente –lo digo pensando en quienes no compartan esa opinión–, creo que es la calificación que mejor se acomoda a los presupuestos y a la funcionalidad del ente jurídico que estudio, que tiene menos inconvenientes y obstáculos oponibles para encajar en nuestro sistema jurídico (la menos mala?). En todo lo demás (constitución, estructura, contenido, la mayor parte de sus efectos) funciona según el esquema del usufructo genérico, diría ordinario, lo que va a permitir aplicarle el régimen legal –lo que no es cuestión teórica sino realidad práctica– del usufructo típico unas veces directamente y otras por analogía.

Aceptada, así, la posibilidad en nuestro sistema jurídico del problemático usufructo sin posesión, con la calificación dicha, paso a examinar ese nuevo ente jurídico de forma semejante (estructural y funcionalmente) a como se haría en un usufructo ordinario, cuyo régimen legal sigue siendo la imagen de fondo a que habrá que apelar consciente o inconscientemente.

IV. CONSTITUCIÓN DE ESTE USUFRUCTO

1. SU TRASCENDENCIA

La importancia en general de este acto en la creación del derecho real se ve potenciada en la del «usufructo sin posesión» porque al ser atípico no cabe hacer remisión a un régimen general, salvo en cuestiones concretas, y se ha de verter en este momento jurídico buena parte de su régimen, al menos todo aquello que la atipicidad le niega.

La aludida importancia del título constitutivo del usufructo no radica solo en la creación *ex novo* de una relación interpersonal que va a permitir a una persona gozar de una cosa ajena, sino porque va a dotar al bien gravado de un régimen jurídico con eficacia real, de un estatuto jurídico que le va a acompañar en el tráfico de una forma especial, con una vinculación que trasciende las relaciones personales que le dieron origen y va a afectar a terceros. Esa dotación a la cosa de dicho estatuto jurídico convierte al título constitutivo (*lex privata*) en primera norma de su régimen jurídico, y solo en su defecto o por su insuficiencia se observarán las disposiciones legales pertinentes (cfr. art. 470 CC).

De tal consideración deriva la exigencia de una adecuada determinación de su contenido, sobre todo en lo que afecta a los datos y aspectos esenciales (contenido básico), en lo que ha insistido la jurisprudencia registral (cfr. las RR. DGSJFP. de 25 febrero 2014, 14 de julio de 2016 y 20 de febrero de 2018). A la hora de la constitución de un *ius in re aliena*, en general, el título constitutivo puede remitir, en cuanto a su contenido, a un tipo legal concreto. Pero es muy posible que el constituido sea un derecho atípico, cuyo contenido depende del título más que de la tipología legal, solo aplicable parcialmente o por analogía en el mejor de los casos. ¿Sería suficiente la denominación de *usufructo* para considerarla como una tácita remisión a ese tipo legal?. Creo que no porque nuestro usufructo atípico tiene unos efectos y un funcionamiento alejados del típico: nada menos que la no posesión y administración del usufructuario y un goce indirecto, lo que al establecerlo el título constitutivo veta la remisión. Pienso que solo podría suponer una remisión parcial en cuestiones concretas. En la constitución del usufructo atípico sin posesión, de ese título constitutivo voluntario interesará sobre todo su contenido profundo (más que lo formal), en cuanto expresión de lo querido por el constituyente o por las partes; lo que va a requerir en la práctica una cumplida descripción de todos los elementos personales y reales del usufructo, derechos y deberes de los interesados y cuanto permita conocer la voluntad del constituyente que en caso de conflicto de intereses permita hacer una delicada labor de interpretación e integración del título. Dato y momento jurídico este importante en la práctica porque va a definir sustancialmente su régimen jurídico.

Hay en la jurisprudencia –en ocasiones, no bien justificada– una interpretación estricta del derecho y del título constitutivo de derechos reales de goce en cosa ajena que alcanza al usufructo: «Es constante la doctrina jurisprudencial que aconseja al intérprete, en los casos dudosos, favorecer en lo posible al interés y condición del predio sirviente, por ser de interpretación estricta toda la materia relativa a la imposición de gravámenes, y por la concordancia con la presunción de libertad de los fundos» (STS de 9 mayo 1989). La razón eminente de aquella filosofía interpretativa se halla en el principio de la libertad del predio gravado y su dominio, porque –dícese– el usufructo constituye una limitación del poder del propietario, y el dominio, dada la pluralidad potencial de su dominación y generalidad de su contenido, se presume libre (cfr. SSTs de 23 enero 1947 y 24 noviembre 1960 [RJ 1960, 3761]; también las de 20 junio 1986, 21 diciembre 1987, 11 octubre y 23 diciembre 1988), y

solo puede quedar limitado por una clara y determinante voluntad de gravamen por parte de su propietario.

La tesis de una general interpretación restrictiva de estos derechos, consecuente con la visión decimonónica de la relación propiedad-derechos reales y preponderancia de la primera, y con la aludida libertad y plenitud de la propiedad frente al derecho real limitador, no se corresponde con la consideración actual, en que la propiedad gravada no se halla en situación de superioridad social, ética o jurídica respecto de los derechos reales que la gravan, sino integrados todos en el estatuto jurídico de la cosa bajo la protección y disciplina del ordenamiento. Es, por otro lado, demasiado general y unilateral esa posición, porque no habría lugar a modificar, en principio, el régimen general de la interpretación de los actos y de las normas jurídicas. El criterio de interpretación restrictiva de una norma solo debe aplicarse en cuanto ésta exceda de su *ratio* específica. Por ello, pienso yo que no siempre ni necesariamente tenga que ser restrictiva la interpretación de aquel régimen jurídico. No la rechazo de plano; solo su generalidad y unilateralidad⁸.

2. LA CONSTITUCIÓN DE ESTE USUFRUCTO

El acto constitutivo es un negocio unilateral por el que el constituyente dispone (inicialmente, solo eso) del *ius utendi fruendi* de un bien del que aquél tiene una titularidad idónea. Ese acto de disposición del bien gravado crea *ex novo* el derecho autónomo a partir del derecho matriz, como acto previo a la atribución a quien va a ser su titular —el primero es presupuesto de la segunda, y ambos independientes entre sí, salvo pocas excepciones—, aunque en el plano jurídico se manifiestan casi siempre de forma unitaria y coinciden ambos actos y efectos bajo la forma de

⁸ La cuestión es un poco más compleja de lo que *prima facie* se presenta —he dicho en mi libro *Los derechos reales de goce en cosa ajena*, Cizur Menor, 2019, p. 79—. Creo que hay que distinguir: a) Puede ser restrictiva esa interpretación en todo aquello en que el régimen concreto *ex voluntate* comporte limitación de la propiedad [...], o aumente particularmente, en un caso determinado, las restricciones legales del dominio. En este punto operará de forma natural y razonable, sin automatismo ni por necesidad, el criterio jurisprudencial (y doctrinal) de la interpretación restrictiva de las normas limitativas de derechos: no más. b) No habrá de ser (y menos necesariamente) restrictiva la interpretación, en cambio, en lo que atañe a relaciones puramente obligacionales entre los sujetos de la relación propiedad-derecho real limitado (frecuentes, e importantes); ni tampoco en la interpretación del título constitutivo, como negocio jurídico, en general y en lo que no sea limitativo del dominio. [...] En estas dos cuestiones se sujetará la interpretación e integración del régimen jurídico, voluntario o legal, del derecho real de goce a los criterios hermenéuticos generales, según las reglas conocidas —que no son iguales, por cierto, para los negocios *inter vivos* y los actos *mortis causa*—.

«título de constitución»⁹, que crea no una abstracción, sino un determinado derecho real limitado con un contenido concreto, definido por la voluntad del constituyente. El acto de constitución del usufructo tiene también la trascendencia de su doble eficacia: junto al aludido *efecto atributivo* de éste aparece un efecto fundamental, como *negocio de destinación*, que deviene causa (justo título) de su particular régimen jurídico, al determinar la forma de utilización y goce del bien, con efectos no solo respecto del titular del derecho creado, sino frente a terceros por la naturaleza real de este último.

Los medios o procedimientos jurídicos de *constitución-adquisición del usufructo* en Derecho español son varios, no solo en atención al título (es distinto el mecanismo adquisitivo de tipo contractual que el sucesorio, y en éste el de herencia o legado), sino a las modalidades específicas: vía *traslatio* o vía *deductio*; todo lo cual es válido y aplicable al «usufructo sin posesión» que interesa ahora. La constitución del usufructo, también el «nuestro», exige el cumplimiento de ciertos requisitos: (i) por un lado, que sea objeto de constitución precisa y categórica, sin que pueda presumirse (cfr. SSTS de 1 febrero 1979 y 26 noviembre 2002); y (ii) que las facultades que se concedan a su titular, y la consiguiente limitación del dominio que conllevan, han de quedar adecuadamente precisadas, porque no son admisibles derechos reales de contenido impreciso que sometan el dominio a limitaciones genéricas, indeterminadas y susceptibles de interpretaciones extensivas, y que los terceros no puedan conocer con precisión su alcance y duración (STS de 10 diciembre 2013).

Cabe reproducir para el usufructo atípico los conceptos, procedimientos y clases de constitución genérica del usufructo, con la salvedad de que solo cabe la constitución por acto voluntario de tal usufructo, por lo que centraré en ese acto lo que diga sobre esta materia, distinguiendo el punto de vista formal (acto constitutivo) y el punto de vista material o de fondo (contenido del acto). Veamos, brevemente.

A) Punto de vista formal del acto constitutivo

En nuestro sistema jurídico no hay un negocio jurídico típico para constituir usufructo; puede hacerse por negocio *inter vivos* tipificado (compraventa, donación, permuta, aportación a la sociedad)

⁹ En ello insiste la doctrina italiana: cfr. BIGLIAZZI GERI, *Usufrutto, uso e abitazione*, en el *Trattato di Diritto civile e commerciale* (dir. Cicu y Messineo), Milano (Giuffrè Ed.), 1979, p. 70; PUGLIESE, *Usufrutto, uso e abitazione*, cit., pp. 121 ss. y 157 ss.

o atípico, o *mortis causa*. En todo caso el negocio constitutivo de usufructo debe ser el medio negocial idóneo para obtener la constitución precisamente de un usufructo, institución con entidad, estructura y régimen propio; y estará sujeto a la disciplina (requisitos, régimen, efectos) del tipo negocial elegido; si es atípico, al régimen general del acto negocial constitutivo (contrato, testamento). Y, como tengo dicho, además de la creación de posiciones jurídico-personales determinadas (las de usufructuario y nudo propietario), se constituye un régimen jurídico especial para un bien, una situación jurídica objetiva, con eficacia *erga omnes*. Únicamente queda constituido usufructo cuando los caracteres y eficacia en lo creado son los de un derecho real en cosa ajena, y su contenido el institucional del usufructo. Pero no será usufructo el ente jurídico creado porque así lo llame el constituyente, sino porque objetivamente lo es por reunir los requisitos subjetivos, objetivos y formales exigidos legalmente, aptos y suficientes para alcanzar la eficacia típica de este instituto.

Viniendo ya al «usufructo sin posesión», valga cuanto acabo de decir de la constitución de usufructo, en general. Ninguna particularidad en cuanto a los requisitos de capacidad del constituyente, y de legitimación (muy amplia para cualquier usufructo) y poder de disposición del mismo para llevarlo a cabo. En cuanto a la *forma* del acto de constitución *inter vivos*, a falta de regla especial se aplicarán las generales: libertad de forma, como regla general. La STS de 21 diciembre 2006 ha dicho que «cabe [la constitución de usufructo] por simple acuerdo de los interesados». Se precisa forma pública cuando se trate de inmuebles y el acto sea gratuito, porque la cesión gratuita de usufructo es equivalente a donación (STS de 11 noviembre 2010) y es requisito esencial para la validez de la donación de inmuebles la escritura pública –SSTS de 26 junio y 30 abril 2012 y 22 abril 2013, ésta sobre usufructo vitalicio otorgado en forma verbal; y S. de 11 junio 2014, que lo justifica en ser bien inmueble el propio usufructo sobre inmueble–.

B) Punto de vista material (contenido) del acto constitutivo

El objeto del negocio (título) constitutivo del usufructo no es el bien gravado sino el propio usufructo. Por tanto, los requisitos objetivos de dicho acto deben ir referidos al usufructo (también del atípico), y adaptarse a él: *a)* El requisito de la *posibilidad* atiende a la del usufructo constituido, y para que éste tenga lugar es preciso que lo sea la cosa usufructuada (aptitud para ser disfrutada). *b)* *Licitud*: la del usufructo comporta que el bien sobre el que recae sea jurídicamente

idóneo para ser objeto de un negocio jurídico, y habrá ilicitud si la cosa o su explotación lo es. c) *Determinación o determinabilidad* del bien usufructuado y del contenido del usufructo. En cuanto al bien, debe quedar correctamente individualizado, tanto en sentido sustantivo cuanto a efectos registrales (principio de especialidad). Por lo que concierne al contenido del usufructo es importante que conste que el goce consiste en los frutos o el rendimiento económico de la cosa, que entregará el nudo propietario (o la persona que la explote por su encargo, también que concretar) en lugar de la entrega de la posesión y goce directo por el usufructuario; y, en su caso, si el goce es parcial o temporal. La determinación del contenido objetivo puede ser *per relationem*, con tal de que sea suficientemente concreta y reúna los requisitos antes dichos; y ser inicial o sucesiva, si quedan sentadas en el título constitutivo las bases y datos bastantes para la determinación futura.

C) Los usufructos legales y nuestro usufructo atípico

El usufructo atípico sin posesión solo puede ser constituido, dada su naturaleza y caracteres, bajo forma voluntaria, por lo que los usufructos legales, cuya causa y nacimiento a la vida jurídica se produce de forma automática una vez concurren los requisitos del supuesto de hecho correspondiente, son poco aptos para tener aquella atipicidad porque al ser «legales» hay que entenderlos como concibe la ley el usufructo, que es el típico (con posesión y administración de su titular). Mas es posible tal constitución, sin duda. El prototipo es aquél en que el testador haya atribuido la legítima del viudo (art. 834 CC) «por cualquier título» *ex* artículo 815 y lo haga en forma de usufructo precisamente como atípico sin posesión –y otros semejantes de los Derechos autonómicos (cfr. art. 255 LDCGallego)–. Otros casos: si los interesados deciden concretar en esa forma usufructuaria el contenido de un derecho sucesorio; o cuando una persona se vea obligada a pedir la constitución formal sobre bienes para la creación del usufructo y ésta se haga por resolución judicial o por acto voluntario. También la autonomía privada permite a nudo propietario y usufructuario pactar la transformación o modificación del usufructo (así, el viudal aragonés, art. 291 CDF Aragón) y en ese marco normativo convertirlo en uno atípico sin posesión.

Aunque no son usufructos legales *stricto sensu*, hay en nuestro sistema jurídico algunos usufructos tipificados como voluntarios universales a favor del cónyuge viudo con función social y jurídica semejante a los legales: el caso más claro es el del usufructo universal

del cónyuge viudo del Código civil, que aun no regulado directamente se da cuando el causante le deja a título de heredero o legatario todos los bienes hereditarios –también el usufructo poderoso (art. 91 y ss. LDCVasco) y el usufructo universal voluntario vasco (art. 57): como voluntarios que son pueden ser constituidos con una estructura y función del usufructo atípico que aquí estudio.

D) **Inscripción en el Registro (para el usufructo de bienes inmuebles)**

La naturaleza de derecho real del usufructo (también del sin posesión) permite su acceso al Registro de la Propiedad (art. 2-2.º LH). En tanto que derecho real limitado y limitativo, debe constar en la inscripción de la finca o derecho sobre que recae (art 13 LH). El título (material) que se inscribe es el de su constitución o su declaración; el título formal será la escritura pública o la resolución judicial pertinente (art. 3 LH), que debe identificar la finca afectada, el acto jurídico de la constitución del usufructo, el contenido del derecho (art. 9-d) LH, y 51-5.ª y 6.ª RH); y en el aspecto subjetivo, que sea otorgado por persona legitimada para ello, o, si el título es judicial, que ese interesado haya sido parte en el proceso correspondiente (arts. 1 y 38 LH).

En cuanto a su práctica, *a)* si se trata de constitución por el propietario por acto *inter vivos* y por vía de *traslatio*, se inscribirá la escritura de enajenación onerosa o gratuita por la que se transfiere el usufructo; idéntica mecánica si el usufructo ya existía y estaba inscrito a nombre de persona distinta del propietario. *b)* Si es por vía de *deductio* –poco hábil, ciertamente, para este usufructo– se inscribirá la transmisión de la nuda propiedad a favor del adquirente con la reserva del usufructo para y a nombre del transmitente: cfr. R. de 25 febrero 1992, sobre donación de la nuda propiedad y reserva del usufructo para el donante y fallecido él, con carácter sucesivo a favor de su esposa, cuya aceptación no constaba; y la R. 3 mayo 1994. *c)* Si la constitución es *mortis causa* el título es el testamento, los capítulos matrimoniales (heredamiento), la declaración judicial o el acta notarial de declaración de herederos (cfr. art. 14 LH, redacc. ley 29/2015), acompañados de certificación de defunción y de últimas voluntades (art. 76 RH).

Esos títulos deberán reunir los requisitos y circunstancias generales (arts. 9 LH y 51 RH); en su caso, con la aceptación del donatario (cfr. R. 23 septiembre 1992). Es necesario en todo caso determinar con claridad quién es el usufructuario (R. de 22 abril 2003). Deberá cuidarse la inscripción del usufructo si hay modalizaciones

que influyan en su contenido o desarrollo (cfr. art. 51-6.^a RH): si es vitalicio o sometido a término o condición, simultáneo o sucesivo, si hay facultad de disposición y en qué condiciones y alcance, etc. Véase STS 6301/2013, de 10 diciembre, y RR. DGSJFP. de 4 mayo 1944 (relativa a un goce usufructuario parcial, que exigió su cumplida concreción) y de 30 junio 2009.

V. ESTRUCTURA DE ESTE USUFRUCTO

Es prácticamente la misma que la del usufructo ordinario. Hay, sin embargo, alguna particularidad que merece atención aquí.

1. ELEMENTOS PERSONALES

Son los mismos que en el usufructo tipificado: usufructuario y nudo propietario, éste aunque no tenga apariencia de tal por conservar la tenencia y posesión de los bienes: lo que le hace «nudo» es el ser gravados los bienes que posee y explota con la carga de la entrega de los frutos a otra persona. Ninguna particularidad por lo que respecta a *nudo propietario* y *usufructuario* en cuanto a su identidad, caracteres, requisitos y función, que no difieren de las del usufructo ordinario –salvo que la imponga el título constitutivo, claro–. En cuanto al usufructuario puede ser individual o plural (marido y mujer, por ejemplo), y en este caso los usufructuarios llamados pueden ser simultáneos (comunidad de tipo romano y germánico) o sucesivos, con problemas y soluciones semejantes a los del usufructo típico ordinario. Aunque de importancia secundaria, es frecuente que el usufructuario sea persona poco apta (por edad, enfermedad u otras limitaciones) para la gestión o explotación de los bienes usufructuados, lo que con este tipo de usufructo se intenta evitarle. Se da también en el ámbito familiar, en que aquella situación es más conocida.

Además de esos sujetos típicos del derecho de usufructo, es interesante para el que ahora estudio –porque no se da en el usufructo ordinario– la presencia de un eventual «gestor» distinto del propietario que se haga cargo de la administración y gestión o explotación de la «cosa» y entregue al titular del derecho el rendimiento económico en lugar de hacerlo el nudo propietario. Me refiero a la persona que asuma institucionalmente en sentido funcional la gestión de los bienes y la entrega de los rendimientos, en sustitución del propietario; no a la persona que colabora puntualmente con el nudo

propietario bajo cualquier forma jurídica, le ayuda en aquella explotación y lo hace también de los bienes usufructuados; o solo entrega los frutos al usufructuario por encargo del propietario en la calidad negocial o de hecho que fuere. La calificación jurídica de aquel «gestor» (frente a este mero colaborador) institucionalizado en esos términos, dependerá de cómo lo designó el constituyente (mandatario, arrendamiento de servicios o de obra, etc.), a cuya calidad habrá de atenerse en su relación con este, además de su papel y función en el usufructo. Tampoco es ese gestor representante del propietario, salvo que lo sea por otro motivo (tutor del propietario menor de edad o discapacitado, apoderado con poder suficiente), sino titular de un rol jurídico independiente de los otros y con autonomía funcional en los términos dichos.

2. ELEMENTOS REALES

Tampoco hay muchas novedades en este orden. Objeto de este usufructo (elementos reales) son (a) los *bienes fructíferos de cualquier clase*, incluidos los derechos, gravados en beneficio de persona distinta del constituyente, y (b) los frutos o *rendimientos económicos* de tales bienes que corresponden al usufructuario, de los que no goza directamente con la tenencia y gestión de la «cosa» sino que le serán entregados por el propietario que conserva la posesión (por definición).

a) De los *bienes objeto del usufructo* –que deben tener los mismos caracteres y requisitos que los del usufructo ordinario– es interesante preguntarse qué ocurrirá en el caso de que todos –cosa distinta si lo son solo en parte– sean improductivos de forma permanente e irreversible, no aptos para generar frutos o rendimiento económico que trasladar luego al usufructuario. ¿Qué hacer en este caso en que no se puede entregar frutos que no hay, que no han producido los bienes gravados? Bastaría inicialmente decir, con visión simplista, que ello no afecta al usufructo: sencillamente que no se puede entregar nada porque no lo producen los bienes gravados. Pero no parece suficiente quedarse en esa solución meramente negativa, que es tanto como hurtar una explicación razonable. ¿Podría reclamar el usufructuario que excepcionalmente (porque es excepcional para su derecho de goce) se le entregue el bien o bienes concretos improductivos para disfrutarlos con su mera tenencia y visión (una escultura u otra obra de arte)?. No creo que ésa sea solución porque contradice *ab initio* el presupuesto (no entrega de la cosa) que da identidad a este usufructo.

Pienso que cabe otro enfoque y solución: está en la propia calidad improductiva de frutos, que por no darlos la cosa provoca la inexistencia de goce, contra su concepto institucional, e impide el principal efecto de este usufructo. Esa ineptitud de la «cosa» para este derecho de goce afecta al acto y título constitutivo: determina su nulidad (por ausencia de objeto válido) y, en consecuencia, la ineficacia del título y del usufructo pretendidamente creado: no lo hay jurídicamente. Queda abierta la vía para que el interesado inste judicialmente la nulidad del título e inexistencia del usufructo.

b) En cuanto a los que vengo llamando *rendimientos económicos* de los bienes, constituyen los frutos propios de este usufructo (bajo esa acepción funcionan) aunque no sean «frutos» en sentido técnico-jurídico, cuya entrega al titular del derecho se hará en la forma que su naturaleza permita. Aunque por principio se entiende que corresponden al usufructuario *todos* los frutos que produzca la cosa usufructuada por mor de la omnicomprensividad de los mismos como regla general de la institución, el título constitutivo puede contener alguna referencia a este elemento, o modularlo: así, puede establecer que el usufructo comprenda todo o parte de los frutos que produzca el bien gravado (cfr. art. 469 CC), los de cierta clase de entre ellos, etc.: esto afecta a lo cuantitativo, no a lo cualitativo (la aludida omnicomprensividad). Esos «frutos» pueden ser muy variados: en lo fáctico, según los que proporcione la cosa gravada; y en lo jurídico, de cosas o de derechos, y naturales, industriales o civiles, entre otras clasificaciones. Por no ofrecer particularidad me remito al tratamiento genérico de esta cuestión para el usufructo, en general.

VI. RÉGIMEN FUNCIONAL DE ESTE USUFRUCTO. CONTENIDO. EFECTOS

Así como para la constitución y estructura de este usufructo remitía *prima facie* al régimen general y normal de ese instituto y destacaba en el usufructo sin posesión aquello en que disienta o se apartaba del esquema general, que era poco, en lo que concierne al *régimen funcional* del ahora cuestionado hay que decir enseguida que los dos extremos que lo caracterizan e identifican frente al usufructo tipificado –la no posesión de los bienes y la entrega de su rendimiento neto al gozante– trastocan casi todos los efectos usufructuarios en mayor o menos medida y obligan a hacer una revisión de todo aquel régimen funcional; cuestión tan compleja que no es posible abordarla aquí cumplidamente sino presentar solo un

resumen, y de lo más relevante. Y ello ocurre porque esos dos elementos trascienden ahora a su régimen funcional de manera enérgica y distinta, casi opuesta al anterior: a) si en el usufructo tipificado casi todo va dirigido al cuidado de la cosa, porque la tendrá que restituir al final del usufructo el usufructuario, protagonista de los problemas que se planteen a ese respecto por ser él el poseedor (conservación, reparaciones, *salva rerum substantia*, mejoras, etc.), en el usufructo atípico su posesión corresponde al propietario, no hay que restituirla y preocupan menos los cuidados en su gestión; todo queda en manos del propietario, protagonista y epicentro de la problemática. b) En cuanto a los frutos que percibir por el usufructuario, si en el usufructo ordinario los producía y percibía directamente él como poseedor y administrador, en el usufructo atípico los gestiona el propietario y entrega solo los netos, lo que genera para él más problemas jurídicos (producción, determinación, qué frutos netos, ...) y un papel y función más complejos que en el usufructo ordinario.

De ahí un rico haz de cuestiones, prácticamente en los mismos terrenos que en el usufructo tipificado (goce y frutos, conservación de la cosa, reparaciones, fianza, frutos, mejoras, etc.) pero con perspectiva opuesta y soluciones diferentes. Examinó ahora el contenido y efectos desde las posiciones del usufructuario y del nudo propietario según los cánones al uso (derechos y obligaciones de uno y otro) no solo desde una perspectiva teórica sino real y práctica: como si ya tuviéramos delante un efectivo usufructo sin posesión correctamente constituido.

1. POSICIÓN JURÍDICA DEL USUFRUCTUARIO

Es una extraña posición la del usufructuario en este caso, demasiado sencilla aparentemente: solo la de recibir los frutos de la cosa, sin contacto con ella, poseída y explotada por el propietario. Pero ello es así solo en apariencia porque aun alejado de la cosa tiene un derecho sobre ella (titular del gravamen), al menos el de control de la gestión que haga el propietario en la producción de frutos, que le corresponden. Esto determina: i) en cuanto al usufructuario, que como titular del derecho le corresponden los frutos netos de la cosa y prácticamente ninguna obligación *stricto sensu*, sino ciertos deberes de colaboración para el mantenimiento del *status quo* inicial (conservación, reparaciones, algunas opciones de intervención); ii) que el propietario, aun actuando en esa calidad, tenga limitaciones en la gestión de la cosa y no pueda introducir a discreción innovaciones, incluso mejoras, que puedan afectar a la producción de frutos en eventual detrimento del usufructuario.

A) Derechos del usufructuario.

a) *Goce usufructuario*. A falta de goce directo por posesión, tiene aquél, como en el usufructo típico ordinario, bajo el nombre genérico de frutos, derecho a la generalidad del goce del objeto de su derecho, de todos los frutos y utilidades no excluidos expresamente¹⁰. Las *utilidades* pueden ser otros rendimientos distintos de los frutos *stricto sensu*, que no siempre lo serán de los productos de los bienes, sino a veces obtenidas como consecuencia de relaciones jurídicas constituidas sobre bienes dentro de lo que pueden ofrecer según su destino económico; la forma de hacerlas llegar al usufructuario variará en función de su entidad económica y jurídica. La regla general de la omnicomprensividad del goce en el usufructo, de que no hace excepción el usufructo sin posesión, no impide que pueda establecerse otra cosa en el título constitutivo siempre que la exclusión de aprovechamiento no desnaturalice el usufructo como derecho de disfrute general; lo que traslada el posible problema al de los límites de ese goce general que se puedan introducir en el título constitutivo. El problema es más de índole cuantitativo que cualitativo.

b) Hablando de *límites del disfrute*, y desde otra perspectiva, interesa ver el sentido y el alcance del *salva rerum substantia* en este tipo de usufructo, si se da. La tipificada exigencia tanto al usufructuario (arts. 467, 487 CC) como al nudo propietario (art. 489) del *salva rerum substantia* en los respectivos ámbitos de actuación y como límite, indica el sentido institucional de garantizar a cada uno de ellos el ejercicio de sus derechos, la integridad física y funcional de la cosa usufructuada, y conjugar y preservar los intereses de ambos durante la vida del usufructo y no solo al final del mismo (STS de 20 julio 2010). En el usufructo atípico hay que referirlo al propietario como tenedor y explotador de la cosa, al igual que con el que lo es en el usufructo ordinario. Pues bien: sin entrar en el debate sobre el sentido y alcance del «conservar su forma y sustancia» del artículo 467 CC relativa al usufructuario que tiene que restituir la cosa, pienso que la conservación de la sustancia de la misma (también aplicable en manos del propietario), es la preservación de su entidad –tanto ontológica (identidad) como económico-funcional–, de

¹⁰ Así lo viene entendiendo la jurisprudencia: la STS de 30 mayo 2000 aludió al «disfrute completo» de la cosa: «[...] el derecho de usufructo –concreta esta sentencia– otorga a su titular, en comparación con otros derechos reales similares, como los de uso y habitación, amplias facultades de goce y disfrute, que puede muy bien compartir, pero el derecho permanece íntegro y no por ello queda restringido o limitado, hasta el punto de que los nudos propietarios quedan prácticamente excluidos del disfrute, [...]»; la S. de 18 julio 1990 [RJ 1990, 5951] le atribuye toda clase de utilidades, aunque no sean frutos, y la STS de 3 noviembre 1988 se refirió a todos los frutos netos que produjera el bien usufructuado.

su naturaleza y esencia. Mas creo igualmente que con hermenéutica finalista y sociológica, hoy inevitable, ha de ser entendida en términos menos exigentes que algunos que fueron clásicos, porque un respeto riguroso del destino y forma inicial de explotación de la cosa puede resultar contrario no solo a un racional aprovechamiento y eficaz explotación económica, sino a los fines pretendidos por el constituyente e incluso a valores sociales y función económica de los bienes desde una perspectiva constitucional (art. 33 C. E.). Este razonamiento, aplicado en general al usufructo típico ordinario, es válido también para el nuestro atípico.

Aceptada la relación inmediata del *salva rerum substantia* con el destino económico del bien usufructuado –regla sin embargo no absoluta–, y aplicada a un usufructo en que la cosa es poseída y explotada por el propietario, resulta que la limitación de no cambiar su destino económico alcanza eminentemente a éste, lo que se traducirá en la de no introducir innovaciones en la cosa, modificaciones materiales que alteren su funcionalidad económica. Mas ese sentido material del deber de conservar la sustancia y el destino económico de la cosa puede llevar a soluciones demasiado rigurosas. El problema aquí es el de sus límites: es decir, hasta dónde llega la prohibición de cambiarlo, y dónde y cómo es posible modificarlo. Pienso a ese respecto que el límite más importante es el de conservar la misma cosa dada en usufructo en su entidad económico-funcional con objeto de mantener al mismo nivel los rendimientos que hacer llegar al usufructuario, no sea que las innovaciones introducidas lo perjudiquen. No veo inconveniente, sin embargo, en que pueda modificarse su forma de aprovechamiento o explotación si el anterior resulta inviable por cambio de circunstancias relevantes o por ineptitud o inadecuación actual de una explotación razonable de la cosa en un contexto económico que ha cambiado: fábrica de zuecos que ha quedado obsoleta e inexplorable porque ya no se usan, desplazados por otro tipo de calzado; edificio auxiliar de mantenimiento en bocamina, inservible una vez cerrada la mina pero convertible en local comercial en alquiler, etc. El cambio de destino sin alteración de aquella entidad puede suponer, además, una mejor adecuación del de ciertas cosas a una nueva realidad socio-económica, al destino objetivo propio de la misma cosa distinto del previsto o asignado subjetivamente. Se puede concluir, pues, que también en el usufructo atípico el propietario poseedor de la «cosa» puede introducir en ésta cambios de explotación que no perjudiquen en exceso a su rendimiento económico, si las circunstancias lo justifican.

c) En cuanto a los *frutos* que reciba el usufructuario no ha lugar a distinguir aquí los naturales, industriales y civiles, ya que todos los gestionará el propietario y los recibirá por su conducto el

usufructuario, y a los que cabe aplicar el régimen del Código civil. Dígase lo mismo en cuanto a los frutos pendientes, para los que no hay motivo para establecer un régimen diferente. (Sobre la diligencia del propietario en la explotación y obtención de «frutos» de la cosa gravada hablaré con ocasión de las obligaciones de aquél). En todo caso los frutos que perciba el gozante serán los *frutos netos*, descontados los gastos de producción (en sentido amplio). No creo que deba computarse como concepto distinto que descontar en esa liquidación «el premio que se le asigne [al nudo propietario] por su administración», que dice el artículo 520 CC para su caso. En mi opinión, el trabajo del propietario en la gestión de la cosa usufructuada iría comprendido en el capítulo de los gastos de producción que detraer de los frutos brutos para calcular los netos. (Con una denominación u otra habrá que pagar al gestor su trabajo para conseguir esos frutos netos). En su cálculo entran dos componentes: los frutos brutos (los de simple producción) y los gastos que haya debido hacerse para producirlos, que descontar. Pues bien: unos y otros, cuya estimación o cálculo hará inicialmente el propietario que los produce, pueden y deben ser controlables por el usufructuario para evitar errores de cálculo o eventual engaño fraudatorio. Apenas hay que justificar ese derecho de control: es semejante al que tiene el nudo propietario en cuanto al trato y gestión material y económica del usufructuario¹¹.

¿Cuándo, desde qué momento adquiere el usufructuario los frutos? Por definición quien posee y explota la cosa usufructuada es el nudo propietario, y por ese motivo es él el que recogerá los frutos naturales e industriales que produzca la cosa gravada, que luego, convertidos en frutos netos, hará llegar al usufructuario. Si el nudo propietario fuera mero instrumento jurídico para hacer llegar los frutos al usufructuario, éste los adquiriría con la sola percepción por aquel. Pero ni el propietario es mero instrumento personal ni van al gozante los frutos percibidos por el nudo propietario, ya que solo le corresponden los netos. Por otro lado este último actúa en la gestión usufructuaria *ut dominus*, y como tal los hace inicialmente propios, con la mera percepción, aunque su destino sea otro. Pero no puede disponer de ellos porque tienen un destino jurídico predeterminado. ¿Qué derecho tiene el usufructuario sobre esos bienes? No es solo acreedor porque ya son para él (afección específica): de ahí la no disponibilidad por el nudo propietario. Tiene aquel un inconcreto derecho sobre esos frutos, que en otro tiempo podría calificarse como un *ius ad rem*, derecho a ellos pero todavía no propietario porque solo le corresponden los frutos

¹¹ Cfr. mi *Usufructo, uso y habitación*, cit., pp. 632 ss.

netos. El usufructuario adquirirá su propiedad con la entrega de estos frutos, no antes.

Los frutos civiles los adquiere el usufructuario a título derivativo, sin necesidad de percepción por medio del nudo propietario, y se entienden percibidos día por día: pertenecen al usufructuario en proporción al tiempo que dure el usufructo. Por ello este tiene derecho a exigir y adquirir estos frutos en el momento en que vencen.

d) Menos relevancia tiene aquí la cuestión de las *mejoras* en la cosa usufructuada que alcance al usufructuario ya que por hallarse ésta en poder del (nudo) propietario solo él puede hacerlas. Teóricamente no podría éste último introducirlas por aquello del *salva rerum substantia* y no modificación de la cosa en cuanto pueda afectar a la producción de frutos. Pero si se trata de mejoras hay motivos para presumir que no perjudiquen, lo que facilitaría una respuesta positiva; aunque no siempre porque vistas desde la perspectiva del propietario, que es quien las va a hacer, pudieran ir dirigidas a una revalorización de la cosa o con perspectivas de futuro más que una mejora de presente (en rendimiento económico). Por ello habrá que atender al tipo de mejoras, que lo sean de verdad para la cosa y el usufructuario, y a las circunstancias del caso. En consecuencia pienso que se puede aplicar aquí (mejoras en el usufructo atípico) el mismo criterio que en la interpretación que he propuesto del *salva rerum substantia* como límite de las innovaciones (lo son las mejoras). A menos que se pongan de acuerdo el propietario y el usufructuario para mejorar la cosa en algún aspecto que a ambos interese, en cuyo caso habrá que atenerse a ese acuerdo.

¿A cargo de quién van las mejoras, y qué relevancia jurídica tienen una vez hechas? En el orden fáctico solo el nudo propietario puede realizarlas pues es él quien tiene la posesión y gestión de la cosa gravada. Pero en la realidad vivencial pudiera haber, detrás de aquella realización, un deseo, una petición, un interés del usufructuario que el nudo propietario ha intentado satisfacer al llevarlas a cabo. Pues bien: en uno y otro caso, a diferencia del complicado tratamiento (y no justo) del Código civil español, el régimen de las mejoras hechas en la cosa sometida a usufructo atípico es más sencillo: van siempre a cargo del nudo propietario porque él las ha hecho y además la cosa es suya, a la que se han incorporado, situación que no cambia si fueron realizadas a petición, sugerencia o interés del usufructuario (la decisión corresponde en todo caso al nudo propietario). Una vez llevadas a cabo no tiene sentido permitir al nudo propietario retirarlas, y si las retira esto se justificará en su propiedad, no como mejoras; ni se entiende la compensación

con los desperfectos, que como tenedor y gestor de la cosa también le son en principio imputables.

e) No cabe duda de que este usufructo es *disponible* por su titular –regla general en el ámbito del Código civil español–, salvo que se haya acordado otra cosa en el título constitutivo. Su ejercicio se articula por medio de negocios jurídicos con eficacia real, si se trata de disposición *stricto sensu*, o con negocios de eficacia obligacional: unos y otros están a disposición del usufructuario en este contexto. Pienso que, aunque con más dificultad práctica y limitaciones que en el usufructo ordinario, no puede impedirse al usufructuario sin posesión la transmisión de facultades concretas por vía de derivación compatibles con la forma de goce típica de este usufructo, de la que el mismo es presupuesto y matriz: se trata de una derivación constitutiva de un derecho específico de menor entidad en la que el usufructo no desaparece, aunque el derecho menor constituido se superpone y lo paraliza o minorra (dificultad, decía: ¿cómo concebir la constitución por el usufructuario de un derecho de uso sobre su propio usufructo?). Funcionan aquí de forma semejante a otros ámbitos y derechos los requisitos (sobre todo, legitimación y disponibilidad del objeto, el usufructo) y los mecanismos jurídicos de disposición-transmisión, en que no procede detenerse ahora. La enajenación del usufructo no comporta una modificación de la consistencia sustancial de ese derecho: el usufructo transmitido se incorpora al patrimonio del cesionario con la misma entidad jurídica (usufructo atípico). Ello trasciende en cuanto a su duración: cualquiera que sea el tiempo por el que se haya transmitido, terminará el goce del cesionario en el momento que corresponda según el título constitutivo del usufructo enajenado –porque en el plano técnico-jurídico se dispone de y se enajena el usufructo, su titularidad, aunque en la práctica lo que percibe y disfruta el cesionario es el goce usufructuario de la cosa gravada, los frutos netos típicos de este usufructo–. El cedente será garante frente al nudo propietario de los perjuicios que para éste resulten, en su caso, de la cesión.

Un caso y ejemplo interesante de disposición por parte del usufructuario puede ser el de hipoteca de usufructo; del usufructo que él tiene, el atípico sin posesión. Como acto de disposición no tiene inicialmente ninguna particularidad: se hipoteca un usufructo, en este caso atípico, como podía ser uno ordinario. Mas ¿qué se hipoteca en este caso, y qué va a enajenarse en el eventual trámite de ejecución de la hipoteca: el *ius fruendi* sobre la finca gravada o los frutos netos a que tiene derecho el usufructuario? La respuesta puede proporcionarla la distinción que acabo de hacer entre transmisión de la titularidad o la del goce usufructuario de la finca, y a partir de ahí cabe

concluir: se ejecuta, se saca a subasta, el *ius fruendi* que tiene el usufructuario; y el rematante obtendrá en la práctica no una abstracta titularidad de ese derecho sino un concreto derecho a percibir los frutos netos de la finca a su vencimiento (que es lo que tenía en la práctica el hipotecante). Nada nuevo, pues, respecto de cómo operan el usufructo y la hipoteca en el usufructo típico ordinario: se ejecuta y subasta aquello que se había hipotecado.

f) *Acciones que protegen al usufructuario*. Además de acciones y pretensiones de tipo obligacional, derivadas unas del título constitutivo, propias otras de la relación usufructuaria, resultante del reparto de obligaciones y cargas entre los dos interesados y en ocasiones (excepcionalmente) contra tercero, ha lugar a otras que defienden directamente el usufructo atípico sin posesión y al usufructuario, del mismo modo (y con idéntica mecánica funcional) que en el usufructo ordinario: a) Una *vindictio usufructus*, que es acción reivindicativa del derecho, que legitima a su titular para hacer valer su derecho contra quien posea indebidamente la cosa usufructuada en detrimento no solo del usufructuario sino del propietario poseedor de la cosa gravada, y para obtenerla o recuperarla, y con ello su derecho de goce. Al lado de esta acción, que es de condena, tiene el usufructuario la *acción declarativa* correspondiente, frente a quien lo niegue o cuestione, sin lesión directa y actual. b) La *acción negatoria*, que va dirigida a obtener un pronunciamiento judicial que deniegue al autor de una perturbación legitimidad para hacerla o derecho a interferir el *ius fruendi* y exigir que no se produzca en el futuro. Esta acción, de condena, protege contra injerencias materiales o jurídicas de una duración mínima determinada, no contra las materiales instantáneas sin otra trascendencia; pretende hacer cesar la perturbación en el disfrute u obtener la abstención de la misma en el futuro, y la reposición en la situación anterior a la injerencia.

En cuanto a la acción del usufructuario para reclamar el pago de los frutos o la cantidad deficitaria en caso de error en su cálculo o de fraude, ¿es acción real o personal?. En general se trata de una acción real, como vinculada a un derecho real, con todas sus consecuencias; no cabe duda a ese respecto si el usufructo que consideramos ahora está inscrito en el Registro de la Propiedad. Como consecuencia de aquella calificación, en la relación jurídico-real la cosa queda afectada más allá de las personas y relación entre los constituyentes; queda gravada jurídicamente con un estatuto o situación jurídica impresa (*qualitas fundi* en los inmuebles) que le va a acompañar en el tráfico jurídico y, publicada que sea (por la posesión o por publicidad registral), no puede ser ignorada por terceros (eficacia *erga omnes*);

puede serles impuesta con efectos distintos según el tipo de cosa y publicidad habida. La posibilidad de inscripción en el Registro de la propiedad va a potenciar su protección y efectos. Con independencia de esa acción real puede disponer el usufructuario de una acción personal para reclamar la entrega de los frutos que le corresponden basada en el título de constitución del usufructo, en su caso.

B) Obligaciones del usufructuario

La posición eminentemente pasiva del usufructuario en la vida y funcionalidad de este usufructo –no es poseedor y administrador del bien gravado y solo tiene derecho a percibir los frutos netos– determina que los deberes jurídicos, si los hay, sean menores que en el usufructo típico y ordinario y que en no pocos casos predominen los interrogantes. ¿Fianza? ¿Custodia, conservación, reparaciones, gastos en cosa que no tiene...? A veces la pregunta se limitará a qué participación deba tener o en qué proporción y forma deba contribuir el usufructuario en la vida del usufructo.

a) INVENTARIO Y FIANZA

Dada la finalidad institucional y justificación del *inventario* –en el usufructo ordinario, dejar constancia de los bienes (cuantitativa y cualitativamente) que haya de restituirse a la extinción del usufructo–, resultaría en principio la no necesidad de practicarlo en nuestro usufructo atípico ya que no habrá lugar a restitución de los bienes afectados porque los retiene el propietario. Además, aparecerán mencionados en el título constitutivo con la identificación correspondiente, lo que normalmente suplirá su reiteración en un inventario formal aparte. Sin embargo, como la calidad y estado de los bienes repercute en su rendimiento económico y frutos que percibir por el usufructuario, un inventario bien hecho puede contribuir a clarificar si ha habido deterioro en la cosa en caso de una alteración (real o interesadamente alegada) de su estado o en su rendimiento. Por tanto, aun no siendo necesaria la realización del inventario, puede ser útil y exigible en algunos casos. Esa exigibilidad, a modo de prueba preconstituída, puede ser objeto de debate judicial, en el que el juzgador atenderá a aquel razonamiento y circunstancias; u objeto de acuerdo entre los interesados por no ser el inventario un elemento de Derecho necesario sino dispensable (cfr. art. 493 CC). El coste de su realización irá a cargo de quien lo solicite.

Por lo que concierne a la *fianza*, cabe un razonamiento semejante al anterior para estimarla inicialmente innecesaria. Su finalidad en el

usufructo ordinario es el aseguramiento de las obligaciones que puedan competir al usufructuario: la de la conservación (objetiva) de la cosa dada en usufructo y la de restituirla a la extinción de este derecho. Por lo que afecta a nuestro caso, dado que la conservación de la cosa no corresponde al usufructuario porque no la posee ni tiene que restituirla, no tendría sentido el exigérsela o prestarla, salvo que como la fianza también garantiza la solvencia del obligado para hacer frente a sus responsabilidades en caso de incumplimiento de cualquiera de sus obligaciones, apareciera justificada la necesidad de asegurarlas si en el curso y vigencia del usufructo surgieran excepcionalmente responsabilidades del usufructuario que arriesgan no poder ser atendidas. En función, pues, de aquella finalidad y estas coordenadas puede dispensarse o exigir al usufructuario el prestarla.

¿Y el nudo propietario?; ¿podría exigírsele que preste fianza? Es él en este usufructo atípico el poseedor de la cosa gravada, pero es también su propietario, y no tendrá que restituirla –principal riesgo que cubrir con esta garantía–, con lo que parece injustificado obligarle a afianzar al inicio del usufructo por riesgos que no le competen. Solo si en la vida del usufructo quedaran acreditados incumplimientos y perjuicios para el usufructuario podría éste exigir que prestara fianza suficiente. Mas esto parece que será excepcional. Pienso, pues, que como regla general –y en la práctica, más que como principio–, no es exigible a ninguno de los dos la prestación de fianza, y únicamente si aparecen irregularidades por parte de nudo propietario o usufructuario generadoras de eventuales perjuicios para el otro, y en especial para el segundo, podría justificarse la exigencia *a posteriori* de afianzarlos de acuerdo con esas nuevas circunstancias. Pero no estoy seguro de que esta tesis triunfara en realidad.

b) CUSTODIA Y CONSERVACIÓN

Como poseedor de la cosa usufructuada es en el usufructo atípico el (nudo) propietario, a él fundamentalmente compete custodiarla y conservarla no tanto por mor de esa tenencia sino además porque tiene la obligación de entregar sus frutos al usufructuario, lo que va a depender del estado de conservación (eficiencia, deterioros) de aquélla. Al usufructuario alcanza solo un deber de colaboración, más que obligación directa y plena, en dicha conservación, adaptada al tipo y circunstancias de la cosa. Aunque a la inversa que respecto del usufructo típico y ordinario en que ese deber compete al gozante, el concepto jurídico es el mismo en uno u otro y en la respectiva calidad: comporta el conjunto de medidas razonables para precaver la alteración material de la cosa y la violación de su

estado jurídico (sobre todo en el usufructo de derechos), y requerirá en algún caso advertir al nudo propietario de la necesidad de reparaciones, incluso de la actividad cuya omisión o inactividad pudiera perjudicar a la cosa usufructuada (no usar una servidumbre, abandono de la posesión de las cosas). La conservación consiste no solo en reparar los deterioros sino también en prevenirlos con la actuación pertinente y evitarlos antes de que se produzcan. Nuestro Código no concreta en qué consista el «cuidado» de las cosas usufructuadas, y ha optado por indicar para el usufructo tipificado un criterio genérico de conducta (la del buen padre de familia), a cuya idea y ámbito desplaza la valoración de aquel parámetro fáctico, individualizable en cada caso. Criterio tan general y abierto es también aplicable al usufructo atípico, a falta de otra referencia normativa, y que ha de ser entendido en el sentido de que la de custodia y conservación y el mantenimiento ordinario de los bienes no es exigible en grado extremo; no va más allá de lo razonable.

c) REPARACIONES

El deber de reparación de la cosa usufructuada se justifica en el de cuidado y conservación diligente; es consecuencia y manifestación del mismo y se integra en la relación usufructuaria, con posiciones jurídicas e intereses diferentes. Aquí se trata no tanto de reparar deterioros en interés del dueño cuanto de asegurar un estado de la cosa que garantice la producción de frutos que irán al usufructuario –sólo así se puede justificar la eventual reparación por éste. Aunque compete inicialmente al propietario, como el de conservación, establécese un régimen concreto de obligaciones y legitimaciones para reparar basado en la concurrencia de intereses sobre la misma cosa, y en la salvaguarda del goce tanto actual como futuro. De ahí la eventual intervención del usufructuario.

En las *reparaciones ordinarias* ese deber jurídico compete al propietario precisamente por ser poseedor de la cosa usufructuada (como en el usufructo ordinario compete a su titular). Apenas solo los papeles están cambiados, invertidos. Su contenido no varía, y con la diferencia de tal inversión de roles jurídicos la mecánica funcional es prácticamente idéntica. El nudo propietario [en lugar del usufructuario] está obligado a hacer las reparaciones ordinarias que necesiten las cosas dadas en usufructo (cfr. art. 500-1.º CC). El concepto de reparaciones ordinarias y su alcance, realización y demás, así como la naturaleza de esa obligación y el mecanismo de hacerla efectiva, son idénticas a las homólogas del usufructo típico ordinario. En el mismo contexto fáctico y jurídico y por la inversión de posiciones, podrá hacerlas el usu-

fructuario si no las hiciere el propietario, obligado, a costa de éste —como prevé el artículo 500-2.º para el usufructo ordinario—. Para su efectividad se precisará que el usufructuario requiera al propietario obligado para que asuma y realice directamente las reparaciones (porque solo tras la inactividad del segundo podrá actuar el primero). Se trata de un requerimiento, no de una notificación: comporta intimación para que actúe. No se dice en qué forma; luego cualquiera en que conste tal requerimiento es apta a ese fin legal; pero deberá dejarse constancia o prueba de haberlo hecho. Parece razonable que al requerimiento aludido acompañe un presupuesto de las obras y coste, para conocimiento y decisión del propietario.

También puede haber lugar a *reparaciones extraordinarias*, que por la gravedad de los daños ponen en riesgo la cosa. Compete hacerlas igualmente al propietario. Pero por interesado el usufructuario en su realización porque el deterioro puede afectar a la producción de frutos, aun no obligado directamente a realizar esas reparaciones, puede el usufructuario hacerlas o no (está legitimado, si quiere). Véase el artículo 502-2.º: Si no las hiciere [aquí, el propietario] cuando fuesen necesarias para la subsistencia de la cosa, podrá hacerlas el usufructuario; pero tendrá derecho a exigir al propietario, al concluir el usufructo, el aumento de valor que tuviese la cosa por efecto de las mismas obras. Si las realiza el propietario tendrá derecho a exigir el interés legal de la cantidad invertida en ellas mientras dure el usufructo (art. 502-1.º CC), lo que podrá hacer efectivo el propietario descontando ese interés legal de lo invertido, de los frutos periódicos que pague el usufructuario. (No veo ningún motivo grave para no aplicar aquí, con los oportunos cambios por la inversión de papeles, el régimen del usufructo ordinario). Así, pues, el derecho del usufructuario que ha realizado las obras se limita al importe del aumento de valor de la cosa por su realización, solo si lo hay a la extinción del usufructo: se trata, pues, de una acción de enriquecimiento, y no parece que el pago en ese concepto tenga otra limitación que el incremento de valor, con tal que se conserve al final del usufructo.

d) CASO DE MAL USO O ABUSO DE LA COSA USUFRUCTUADA.

¿Qué derechos tiene el usufructuario en caso de mal uso o abuso de la cosa usufructuada por el propietario poseedor y gestor, que le perjudique, cuya principal hipótesis es que deje de pagar o pague mal los frutos? ¿Será de aplicación el artículo 520 CC, previsto en el usufructo ordinario para el de (nudo) propietario que lo sufre, frente al usufructuario?

Evidentemente una aplicación directa y literal no es posible porque los papeles de los protagonistas están invertidos en nuestro usufructo atípico, donde solo el propietario puede usar mal o abusar de la cosa usufructuada. Pero con esa salvedad pienso que la hipótesis es próxima –cuando la gestión de la cosa es tan deficiente y grave que pone en serio riesgo su estado físico o funcional en detrimento directo de su rendimiento económico y en perjuicio del usufructuario–, y me pregunto si sería aplicable la segunda parte de aquel precepto («... que se le entregue la cosa, obligándose...»). ¿Puede reclamar el usufructuario que se le entregue, como en idéntica hipótesis del usufructo ordinario? Tengo mis dudas, porque es contrario a la hipótesis fáctica y a la esencia de este usufructo atípico. Diré más: entiendo que no procede esa entrega. Veo más razonable entregar la posesión y administración de la cosa mal usada o abusada a un tercero, nombrado por el juez, que asuma el papel y función del propietario. La desposesión del propietario abusador y entrega de la cosa a un tercero me parece una sanción y un remedio razonable para salvar la finalidad del derecho del usufructuario cuando haya grave riesgo de quedarse sin los frutos debidos.

Presupuestos fácticos. a') El *mal uso* sería de carácter eminentemente material, sea por actos que den lugar a la degradación de la cosa o deterioro por falta de mantenimiento, ya por una utilización inadecuada; es el reverso del «buen uso», el que debe hacerse con la diligencia del buen padre de familia. El *abuso* comportará algo más irregular, una actuación de signo más jurídico que fáctico en la tenencia y gestión de la cosa. Es necesario, en todo caso, que mal uso o abuso sean suficientemente *graves*, dada la trascendencia de la consecuencia a que puede dar lugar (desposesión)¹²; puede producirse por acción (explotación abusiva y dañosa), con actos materiales o jurídicos. b) El «considerable perjuicio» debe ser consecuencia del mal uso o del abuso (en relación de causalidad), y afectar en el usufructo atípico precisamente al usufructuario; el solo perjuicio material en la

¹² Insiste particularmente en la gravedad del abuso la doctrina italiana, tanto para los hechos mencionados en el artículo 1015 CC como para los no contemplados legalmente (PUGLIESE, DE MARTINO). Para estimar esa gravedad algunos autores creen necesario y suficiente que se haya producido un perjuicio de notable entidad a la propiedad en forma de lesión relevante de la integridad del bien que haya determinado una notable reducción de su valor (PLAIA, «Usufrutto, uso, abitazione», en *Digesto delle Discipline Privatistiche*, t. XIX, Torino (UTET), 1999); otros sostienen que la gravedad del abuso debería ser referida a la irreparabilidad más que a la entidad de la lesión causada a la propiedad (PALERMO); y para algunos debería tenerse en cuenta, más que la entidad del perjuicio a la propiedad, el carácter doloso o culposo de la acción del usufructuario (así, BIGLIAZZI GERI, *Usufrutto, uso e abitazione*, p. 70). Véase más ampliamente en CIAN, coment. artículo 1015 CC italiano, *Commentario breve al Codice civile. Complemento giurisprudenziale*, 8.ª ed. a cargo de CIAN, Milano (CEDAM), 2007, p. 967

cosa que no trascienda al usufructuario podrá tener otras consecuencias, pero no a efectos de la desposesión. El «considerable» perjuicio deberá ser valorado en cada caso en función de su entidad objetiva y, sobre todo, de su repercusión para el interés del usufructuario, casi siempre en cuanto a los frutos que percibir. c') Los actos abusivos pueden provenir directamente del propietario o de las personas por quienes él deba responder, y ser imputables dolosa o culposamente; no será responsable en caso de deterioro de la cosa por fuerza mayor o caso fortuito.

Consecuencias del mal uso o abuso. «El usufructo no se extingue por el mal uso de la cosa usufructuada», comienza diciendo el artículo 520, importante pronunciamiento, que lo diferencia de los preceptos homólogos de otros códigos próximos y del tratamiento que el artículo 529 da al uso y habitación en idéntico caso. Las medidas y consecuencias que propone aquel precepto no se producen *ex lege*, sino que requieren la oportuna decisión judicial si no se ponen de acuerdo los interesados («podrá pedir» la entrega de la cosa). El principal efecto de la aplicación del artículo 520 sería la transferencia de la posesión de la cosa al tercero: el usufructo no desaparece sino que queda modificado. Con la transferencia de la posesión (inmediata) compete al tercero la gestión y explotación de la cosa gravada, de quien percibirá el usufructuario los frutos. El usufructo ha quedado transformado, subsiste como atípico, y el cambio de posesión es meramente accidental.

2. POSICIÓN JURÍDICA DEL NUDO PROPIETARIO

Con la constitución del usufructo atípico la situación del propietario y su relación con la cosa gravada cambia poco fácticamente; más en el plano jurídico. En su posición jurídica repercute la del usufructuario, que junto a su derecho a frutos no deja de ser titular del gravamen impone limitaciones al propietario en su gestión de la cosa por mor de aquellos frutos que entregar. A diferencia del usufructo tipificado en el nuestro Código civil, en el atípico. La posición de propietario, aun amputada (pérdida de los frutos), sigue siendo de titularidad dominical efectiva, aunque –dato muy importante– gravada, con limitaciones en el sentido dicho.

Conserva todas las facultades y obligaciones típicas de un *dominus* –por ejemplo, la de disposición de su propio derecho de propiedad, que transmitido a tercero continúa gravado con este mismo usufructo–; algunas mediatizadas por el derecho del usufructuario,

porque aquél no puede actuar sin contar con éste. Y tiene, porque no ha perdido, la energía y fuerza expansiva y absorbente propia del dominio (consolidación de otros derechos reales limitados que se extingan, aumento de la cosa por accesión, adquisición del tesoro oculto, etc.). Esa situación jurídica, esas facultades aparentemente residuales de la nuda propiedad, permitirán constituir sobre ella ciertos derechos reales de goce, como el usufructo de nuda propiedad, o de garantía (hipoteca), porque ella misma tiene un valor actual en el tráfico que proviene del contenido subsistente, que puede hacerse efectivo antes de su consolidación en el dominio pleno.

La nuda propiedad tiene acceso autónomo al Registro: por la forma y medios ordinarios por su relación con el usufructo, y directamente aunque no esté inscrito este último (R. DGSJFP. de 15 marzo 2006).

La posición del propietario de la cosa usufructuada, como se deducirá de cuanto antecede, si en el plano económico es muy parecida a la de su homólogo en el usufructo típico ordinario, es muy distinta en el aspecto jurídico (juego de derechos y obligaciones), trastocado por el doble elemento caracterizador del usufructo atípico. Alrededor de esos dos elementos van a girar las diferencias funcionales entre ambos derechos, típico y atípico. En lo demás cabrá aplicar (por analogía?) a este segundo usufructo cuanto se predica del primero.

A) **El propietario, retentor de la posesión de la cosa. Consecuencias**

a) *La retención por el propietario de la tenencia* de la cosa es una posesión dominical, distinta de la posesión *iure usufructus* que corresponde y ejerce el titular del derecho en el usufructo típico ordinario. Esa posesión del (nudo) propietario es el presupuesto institucional de este usufructo, que lo caracteriza y diferencia del típico ordinario; de no ser así dejaría de ser el usufructo atípico sin posesión que estudio aquí. Por esa razón la posesión del propietario es un derecho de este y a la vez un deber. Puede delegarla en otra persona bajo una forma jurídica hábil (mandato, por ejemplo), pero jurídicamente a efectos de este usufructo poseedor es él. ¿Podría cederla o traspasarla al usufructuario? Poder, poder,... en la práctica y entre interesados, como acto de voluntad, se puede todo, salvo lo ilícito y prohibido –y en este caso no está prohibido–. Pero salvo que sea circunstancial, temporal, no cabe tal cambio dentro de este usufructo: dejaría de ser

el atípico de referencia para convertirlo en un usufructo ordinario –quizá con las modificaciones pertinentes del acuerdo, porque tiene que haberlas (otra atipicidad?).

Aquella posesión del propietario lleva implícito en el atípico la explotación económica de la cosa, que puede ser también tanto una facultad del mismo como un deber ya que el rendimiento económico de tal explotación va a constituir los frutos que entregar al gozante. Pregunta inevitable: ¿podría el propietario dejar de explotar la cosa usufructuada, habida cuenta de esa obligada entrega de los frutos? Si lo hace consciente y maliciosamente para no pagar, eso es conducta ilícita, contraria a lo institucionalmente previsto en un usufructo de esa clase en el que el nudo propietario es tenedor y explotador de la cosa precisamente con esa carga; es evidente que no puede dejar de explotarla. Sin esa intencionalidad es difícil obligarle a hacerlo, con tal de que deje asegurada la entrega de los frutos (objeto principal del usufructo), por más que traslade el problema al ámbito de su determinación, cuestión diferente y probablemente condenada a determinación judicial.

b) En la explotación de la cosa tiene el propietario libertad en la elección de los frutos y procedimiento y medios que emplee a tal efecto. No se olvide que es un poseedor *ut dominus*. Pero como es un *dominus* gravado, tal libertad no es tan plena como pudiera parecer. Estabilizada una forma de explotación –por ejemplo, producción de cereales en la finca–, sobre todo si data de tiempo anterior a la constitución del usufructo atípico, ¿puede cambiarla el propietario a su discreción?; ¿puede cambiar la explotación de la finca de cereales para convertirla en un campo de golf?. Yo creo que no, al menos con plena libertad; salvo que la nueva forma de explotación esté justificada razonablemente y sea igual o más rentable, y pueda garantizar al usufructuario la misma cantidad y calidad de frutos que la que percibía antes, o que lo haya aprobado éste. Pienso que la justificación teórica de esa negativa condicionada, y de la posibilidad razonable, sería del tenor del límite del *salva rerum substantia* y de la introducción de mejoras en la cosa a que hice alusión en su momento.

c) Por lo que respecta a la atención y diligencia que deba poner el propietario en la explotación de la cosa (que va a repercutir en la cuantía de los frutos que entregar) cabe asimilarla a la del deber de cuidado y conservación de la cosa usufructuada por su tenedor y gozante en el usufructo ordinario, que es también la del atípico. A ese respecto el artículo 497 CC español habla de «cuidar las cosas dadas en usufructo como un buen padre de familia». Jurídicamente se trata de una exigencia legal en el marco de una

actividad debida, vinculante para el obligado y relacionada con la función que éste cumple en el esquema relacional de este usufructo. Diligencia del poseedor de la cosa del buen padre de familia en sentido objetivo: en tanto se traduce en una actividad, ha de ser una conducta cuidadosa y diligente en el uso y gestión de los bienes. Por tanto, no es de apreciar según el criterio subjetivo del poseedor-explotador (*quam in suis*), sino valorada atendiendo objetivamente a los bienes que tiene y goza, dentro de esa coordenada normativa o standard jurídico que es la diligencia del buen padre de familia. En términos generales sería, en principio, una diligencia razonable de carácter no profesional, de un no experto, con un grado medio de diligencia a la que no debe ser ajeno un interés por conseguir cuantos frutos puedan obtenerse.

Mas ese modelo de conducta, demasiado abstracto y genérico, es de difícil adaptación a la gran variedad de bienes y patrimonios objeto de usufructos actuales¹³. Pienso, por ello, que, además de inadecuada por su genericidad, esa interpretación de la diligencia del *bonus pater familias* en la explotación de la cosa es hoy insuficiente en muchos casos. Tal diligencia debe ser más exigente porque de su resultado van a depender los frutos que perciba el usufructuario. Debe ser la de un «buen administrador» que proponen otros ordenamientos, incluso técnica. La interpretación que propongo es, sencillamente, una interpretación sociológica y finalista del artículo 497 en cuanto referencia aplicable a nuestro problema, frente a la histórica conocida para otra situación (la del usufructuario en el usufructo típico). Por otra parte, pretende evitar la excesiva generalización y reclamar, junto a la ordinaria (que no excluyo como general), una valoración específica como la recién apuntada para ciertos tipos de bienes en usufructo¹⁴.

d) ¿Sería exigible al propietario poseedor de la cosa el asegurarla, para prevenir el riesgo de su pérdida en detrimento de los frutos a que tiene derecho el usufructuario? Discutida la cuestión en nuestra doctrina para el usufructo ordinario, nada dice el Código

¹³ ¿Qué diligencia debería poner, qué debería hacer una persona prudente, de tipo medio (un *bonus pater familias*), en la gestión de una importante empresa textil, un bloque de apartamentos en alquiler o una compleja cartera de valores mobiliarios dejados en usufructo?; ¿bastaría la diligencia del ciudadano medio, aun prudente y razonable, ajeno al mundo empresarial, inmobiliario o financiero que no busca asesoramiento suficiente?

¹⁴ En los Códigos germánicos se ha sustituido la diligencia de un buen padre de familia por el deber de comportarse «según las reglas de la gestión ordenada [de las cosas]» (§ 1036.2 BGB), o «según las reglas de una buena administración» (art. 755.3 CC suizo). La doctrina alemana interpreta la diligencia exigida por aquel precepto con criterio objetivo, subrayando que puede imponer actuaciones positivas y aun omisivas por parte del usufructuario. Siguiendo esa línea (y por su influencia) el Código civil catalán exige que el usufructuario, en el ejercicio de su derecho, se comporte *de acuerdo con las reglas de una buena administración* (art. 561-2.3).

civil, aunque sí los ordenamientos autonómicos¹⁵. En mi opinión hay que relacionarla con la diligencia en la conservación de la cosa, por el usufructuario (art. 497 CC) o por el propietario (en nuestro caso). Diligencia que comprende la adopción de medidas preventivas en la conservación de la cosa gravada, que unas veces serán para precaver o evitar el riesgo y otras para remediar el daño en caso de siniestro. Por tanto, la conveniencia o necesidad de asegurar vendrá dictada por la dificultad de conservar incólume la cosa y riesgos de su desaparición o deterioro que el propietario no pueda evitar. En esa inteligencia me inclino por seguir en nuestro caso un criterio próximo al de la doctrina alemana y suiza¹⁶, que me parece prudente: aseguramiento de los riesgos más probables y razonables, aunque en ocasiones habrá que estar a lo más verosímil, amén de razonable en cada caso, de acuerdo con la naturaleza de los bienes, riesgo, valor de los mismos y coste del seguro, etc.

B) El propietario, deudor y pagador de los frutos netos

La percepción de los frutos netos por el titular del usufructo atípico es derecho principal del mismo que hace que la relación usufructuaria sea precisamente de esa clase. Los recibirá directamente del propietario, del que es la obligación fundamental, cuyo régimen es sustancial y prácticamente el de las obligaciones contractuales, aunque protegido por una acción real (como dije). Salvo que el título constitutivo del usufructo disponga algo concreto sobre esos frutos y su entrega, la única referencia legal a tal cuestión en el ámbito del usufructo –útil para el razonamiento analógico ya que no aplicable por analogía– es la que hay en el artículo 520 CC, que dice que el propietario deberá pagar al usufructuario «anualmente el producto líquido» de la cosa dada en usufructo. Se trata del rendimiento o frutos de su explotación; frutos naturales, industriales o civiles, según la naturaleza de la cosa y su aprovechamiento.

Todo parece indicar que esos frutos serán, en principio, los producidos por la cosa usufructuada, ya que es la forma específica de su goce. Se trata, sin duda, de *frutos netos*, y en este caso concreta aquella norma las cantidades que detraer del producto bruto: los

¹⁵ Sobre esta cuestión véase ampliamente en mi *Usufructo, uso y habitación*, cit., pp. 536 ss.

¹⁶ En la doctrina alemana cfr. WESTERMANN (H)-WESTERMANN (H. P.)-GURSKY-EICKMANN, *Derechos Reales*, vol. II (7.^a ed.), trad. de Cañizares, Miquel, Rodríguez y Rodríguez-Rosado, Madrid, 2007, pp. 1402 s.; POHLMANN, coment. § 1046 BGB, *Münchener Kommentar zum BGB*, München (Verlag C. H. Beck), 2004, t. 6 (*Sachenrecht*); en la suiza, FARINE FABRO, A., *L'usufruit immobilier*, Friburgo (Ed. Universitaires), 2000, pp. 187 ss.

«gastos» (de producción). Como apunté en su momento, no creo que el «premio» *que se le asigne* por su administración, que puede tener cierta autonomía *ex artículo 520*, sea aplicable en los mismos términos literales al usufructo sin posesión, aunque sí indirectamente como gasto de producción. Los primeros serán los que resulten en cada caso de la explotación –gastos proporcionados a ella; en su caso, discutibles judicialmente–. No parece que el usufructuario tenga derecho a exigir y percibir los frutos o rendimientos *in natura* –el que sean netos puede «desnaturalizarlos», que dejen de ser *in natura*–. Los aludidos, que produzca la cosa, serían el dato básico para el cálculo del producto líquido. En todo caso, queda excluido el pago de una cantidad alzada predeterminada en lugar de esos frutos periódicos así identificados y calculados. No veo inconveniente en que sean otros cuantitativa y cualitativamente equivalentes si lo acepta el usufructuario o lo permitió el título constitutivo. En otro caso habrá que atender a las razones que pretendan justificar el cambio, que el juez valorará.

En cuanto al momento o periodicidad del pago de los frutos, el pago «anual» del artículo 520 CC parece definir más la periodicidad o ciclo de producción que la estricta anualidad cronológica, porque si el ciclo no es anual, sino mayor o menor, a él deberá acomodarse la liquidación, difícilmente calculable de otra forma. Pero salvo este supuesto, o que el constituyente haya dispuesto otra cosa, el pago de los frutos netos se hará en general anualmente, no más tarde; sobre todo, no al final del usufructo.

Si el poseedor y administrador de los bienes usufructuados fuera persona distinta del propietario (el «gestor» de que hablé en su momento), tendrá, en principio, idéntica obligación de pagar al usufructuario los frutos netos y la forma y tiempo de hacerlo, salvo otra previsión en el título constitutivo.

C) **El propietario, centro de responsabilidades en el usufructo atípico**

Dada la complejidad del papel (posición) que juega el propietario de la cosa usufructuada en este usufructo –actividad en la posesión, en la explotación y en la entrega de los frutos–, el abanico de sus deberes jurídicos y responsabilidades es mucho más amplio que las del usufructuario, a cuya pasividad aludí en momento anterior, y que las del nudo propietario en el usufructo ordinario (poco activo también).

Aunque se entrecruzan en su naturaleza y ubicación en el conjunto, cabe distinguir las siguientes *responsabilidades del propietario*: a) Están, en primer lugar, las derivadas directamente del

negocio jurídico constitutivo del usufructo, como sería una carga modal impuesta en testamento o donación, u obligaciones concretas derivadas del acto oneroso pero marginales respecto del usufructo. b) Hay deberes jurídicos: unos son el reverso (situación jurídica pasiva) de posiciones activas del usufructuario y vinculados, en general, al hecho de ir referidas a una misma cosa las de ambos; otros son verdaderas obligaciones autónomas (vinculadas al contenido de ese derecho), que generan derechos de crédito (del usufructuario o de terceros), y entran dentro del aspecto obligacional de su relación (el llamado «contenido conexo» del usufructo); distintas todas ellas de los límites institucionales de su titularidad en el marco de la relación usufructuaria. c) Responsabilidad por incumplimiento de sus obligaciones institucionales o de gestión, que pueden ser amplias (mayores, desde luego, que las del usufructuario) dado su gran juego e intervención personal en la vida de este usufructo. d) Hay luego las propias del usufructo atípico, de las cuales algunas están relacionadas con la posesión y explotación de la cosa, como son las de su conservación y reparaciones, o las implicadas en su diligente explotación para la obtención de frutos para el usufructuario (vistas unas y otras, y justificadas, poco ha). e) Finalmente, como más importante y típica obligación del propietario, la de entregar al usufructuario los frutos (en sentido amplio) de la cosa gravada, también mencionada.

3. EXTINCIÓN DE ESTE USUFRUCTO

A) Causas de extinción

El usufructo atípico sin posesión se extingue por las mismas causas que el típico, tanto las mencionadas en el artículo 513 CC como las omitidas en el mismo (ineficacia del título constitutivo, usucapión liberatoria de la cosa...). De las causas legales *ex* artículo 513 solo ofrecen alguna particularidad la consolidación y la prescripción o no uso. Veamos.

a) *La consolidación.* No son distintos respecto del usufructo del CC esp. los presupuestos subjetivos y objetivos de la consolidación, ni su eficacia *ope legis* (de forma automática sin necesidad de ningún consentimiento: cfr. R. DGRN de 6 junio 2012); mas aquella eficacia es solo respecto de las personas entre las que tiene lugar la sucesión del derecho que la produce, con lo que quedan a salvo ciertos derechos de terceros y los negocios jurídicos celebrados por estos con nudo propietario o usufructuario antes de la consolidación. Tal

mecánica funcional, de tipo general (con sus excepciones también generales) se da cuando la consolidación se produce en la cabeza del nudo propietario, pero no en la misma forma cuando ha lugar en la persona del usufructuario, porque éste podría oponerse, en mi opinión, a la extinción de su derecho si tiene interés en la no extinción (por ejemplo, por su incapacidad para la posesión y explotación de la cosa usufructuada, y preferir enajenar a tercero la nuda propiedad recibida y seguir percibiendo los frutos por vía de usufructo): así lo permite el artículo 561-16.1-c) CCC («... excepto si los usufructuarios tienen interés en la continuidad de su derecho»), y no veo inconveniente que pueda darse también, por su racionalidad, en el marco del CC esp.: sería un «usufructo de propietario», y aquélla una «consolidación no extintiva», como ocurre en el caso del artículo 107-1.º LH (cuya doctrina se le aplica indirectamente).

b) *El no uso y prescripción.* Sean estas causas distintas de extinción o una sola –yo me inclino por la primera tesis, porque no coinciden exactamente–, su funcionamiento es idéntico, bajo el paraguas y régimen de la prescripción. En todo caso se trata de una objetiva falta de ejercicio de las facultades inherentes al usufructo, cualquiera que sea su causa. Pues bien: ¿en qué consistiría en el usufructo atípico esa falta de ejercicio, el no uso del usufructo?; ¿en cuál de sus dos protagonistas debería darse la inactividad que diera lugar al no ejercicio del usufructo? Yo creo que debe ser conjunta, de ambos, porque la inactividad del usufructuario es su pasividad normal en el usufructo atípico (se lo dan todo hecho) y la sola del nudo propietario (no pagar los frutos netos) sería antes un simple incumplimiento de su obligación principal. La citada inactividad conjunta prescriptiva consistirá en ese no cumplimiento del nudo propietario mas la no reclamación por impago por parte del usufructuario durante todo el tiempo apto para la prescripción (arts. 1962 y 1963 CC esp., y 121-2 CCC), porque de ambos resulta el inejercicio pleno de lo que es el usufructo.

B) Efectos de la extinción.

Son en este usufructo prácticamente idénticos a los del típico ordinario: desaparición del mismo como entidad jurídica autónoma, su absorción por la nuda propiedad, sin que ello suponga transmisión del *ius fruendi* al nudo propietario. A veces, junto a esos, que suponen un agotamiento de las (o de ciertas) relaciones concretas usufructuario-nudo propietario y el nacimiento de otras, ha lugar a efectos colaterales asociados a la extinción, no extintivos ni directamente consecuencia de la extinción; mas todo ello según el esquema funcional tipo de la extinción del usufructo, al que remito.

Particularmente interesantes son los efectos de la extinción para tercero, en general, y sobre todo en la extinción por consolidación, en el caso de derechos de terceros nacidos de actos celebrados con el usufructuario o con el nudo propietario antes de la extinción por esa causa, que solo se extinguen si el hecho que produce la consolidación no depende de la voluntad del usufructuario, pero, al modo del artículo 107-1.º LH, no se extingue si concluyeron el usufructo por su voluntad.

BIBLIOGRAFÍA

- BIGLIAZZI GERI, Lina: *Usufrutto, uso e abitazione*, en el *Trattato di Diritto civile e commerciale* (dir. Cicu y Messineo), Giuffrè Ed., Milano, 1979.
- CARBONNIER, Jean: *Droit Civil*, tomo. II, Presses Universitaires de France, París, 1962.
- CIAN, Giorgio: *Commentario breve al Codice civile. Complemento giurisprudenziale*, 8.ª ed., CEDAM, Milano, 2007.
- DE MARTINO, Francesco: *Usufrutto, uso e abitazione*, 4.ª ed., Bologna, 1978.
- DURAND, Sylvain: *L'usufruit successif*, Defrénois, París, 2006.
- FARINE FABRO, Alexandra: *L'usufruit immobilier*, Ed. Universitaires, Friburgo, 2000.
- FRANK, Rainer: *Staudingers Kommentar zum BGB*, vol. III (*Sachenrecht*), Sellier, Berlin, 2002.
- PLAIA, Armando: «Usufrutto, uso, abitazione», en *Digesto delle Discipline Privatistiche*, tomo XIX, UTET, Torino, 1999.
- POHLMANN, Petra: «Comentario §1046 BGB», *Münchener Kommentar zum BGB*, t. 6 (*Sachenrecht*), Verlag C. H. Beck, München, 2004.
- PUGLIESE, Guiseppe: *Usufrutto, uso e abitazione*, Torino, 1972.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: *Usufructo, uso y habitación*, 3.ª ed, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2020.
- *Los derechos reales de goce en cosa ajena*, Cizur Menor, 2019.
- SALVADOR CODERCH, Pablo: «El usufructo vidual intestado en el Derecho catalán», *RJC*, 1986.
- VENEZIAN, Giacomo: *Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione*, 2.ª ed., Napoli-Torino, 1931-1936.
- WESTERMANN, Harm Peter; GURSKY, Karl-Heinz, y EICKMANN, Dieter: *Derechos Reales*, 7.ª ed., (traducción de Cañizares Laso, Miquel González, Rodríguez Tapia y Rodríguez-Rosado), volumen II, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2007.