

USUFRUCTOS DE VIUDEDAD ESPECIALES EN EL DERECHO CIVIL ARAGONÉS

(Foro El Justicia 18-noviembre-2008)

Ponente-Coordinador

JOSÉ-LUIS MERINO HERNÁNDEZ

Notario

Presidente de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación

Coponentes

MARÍA BIESA HERNÁNDEZ

Licenciada en Derecho

y

PABLO ESCUDERO RANERA

Abogado del RI Colegio de Abogados de Zaragoza

PLANTEAMIENTO DE ESTA COMUNICACIÓN

Desde el momento en que se nos encomendó por la organización del Foro la elaboración de esta comunicación acerca de ciertos usufructos especiales regulados hoy por la vigente Ley aragonesa 2/2003, de 12 de febrero, de régimen matrimonial y viudedad (abreviadamente LRMV), concretamente, los de dinero, fondos de inversión y participaciones sociales, los tres compañeros designados para ello, Don Pablo Escudero Ranera, Doña María Biesa Hernández y yo mismo, nos hemos reunido en varias ocasiones para programar el método a seguir en la redacción del texto y en su exposición a los asistentes al Foro.

Y hemos optado por una metodología que, en resumen, es la siguiente:

1º Saliéndonos del esquema tradicional en este tipo de comunicaciones, hemos confeccionado un texto único, en el que cada uno de los intervinientes trata de una materia concreta: por mi parte, los epígrafes sobre naturaleza, estructura, valor y significado del derecho de viudedad (I), extensión subjetiva del derecho (II) y usufructo de dinero (III); María Biesa, usufructo de fondos de inversión (IV); y Pablo Escudero, usufructo de participaciones sociales (V).

2º Elaborada por cada uno su parte correspondiente, nos hemos intercomunicado nuestros respectivos trabajos, con una doble finalidad: la primera, tratar de coordinar ideas y conceptos; la segunda, incorporar en el trabajo de cada uno las opiniones divergentes o complementarias de los otros miembros de la ponencia. Y ello, a través de sucesivas reuniones habidas en los meses previos a esta intervención. Con ello, creo que hemos conseguido ofrecer un estudio uniforme y coherente de las tres principales materias objeto de la ponencia.

3º Lo que no obsta para que, en ciertos puntos, alguno de nosotros pueda mantener un criterio divergente de lo que es el argumento principal de la correspondiente comunicación, y ello se pone de manifiesto en el apartado correspondiente.

4º Por fin, tanto en lo que respecta a la redacción de los textos cuanto en su exposición oral, intentamos dar una orientación práctica a los distintos problemas que estos usufructos especiales plantean en el quehacer cotidiano, habida cuenta, además, de nuestras distintas actividades profesionales:

Doña María Biesa Hernández es Licenciada en Derecho, actualmente está preparando su tesis doctoral y es autora de un trabajo realmente importante sobre fondos de inversión. Su actividad profesional, trabajando en el Departamento de Riesgos de una Caja de Ahorros aragonesa, le permite conocer de cerca la problemática de la materia que nos ocupa en su aplicación práctica en las entidades financieras.

Don Pablo Escudero Ranera es un abogado aragonés joven, un jurista que se mueve espléndidamente en el mundo de las sociedades mercantiles y que conecta directamente con la esencia del Derecho aragonés, como lo tiene ya demostrado en los Manuales que venimos publicando y en los que él colabora.

Y Notario el que les habla, diariamente en contacto con la realidad práctica de las instituciones civiles aragonesas y, en particular, la del usufructo de viudedad y su problemática, especialmente en la materia objeto de esta ponencia.

I. NATURALEZA, ESTRUCTURA, VALOR Y SIGNIFICADO DEL USUFRUCTO DE VIUEDAD ARAGONÉS

A la hora de hablar del usufructo de viudedad aragonés, y más al tratar, como en este caso, de algunos de los llamados “usufructos especiales”, conviene recordar el criterio que tradicionalmente, tanto en la doctrina cuanto en la jurisprudencia y en las leyes - y precisamente por este orden -, se viene teniendo acerca de la naturaleza jurídica de este derecho y, en relación con ello, del valor y significado esenciales que el mismo tiene en el ordenamiento jurídico aragonés.

Como se verá, ello va a resultar de especial importancia a la hora de valorar el criterio seguido por el legislador aragonés al tratar esta materia en la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad (LRMV), y constatar cómo, precisamente en esta clase de usufructos viduales, se desvía notoriamente de ese signi-

ficado y valor tradicional con que la institución ha sido conocida y vivida en el Derecho aragonés.

1. Naturaleza jurídica de la viudedad aragonesa.

En lo que concierne a su **naturaleza jurídica**, el usufructo de viudedad aragonés, a diferencia del resto de derechos viduales en el Derecho español¹, viene configurado como un derecho de familia, y no como un derecho sucesorio. En el ordenamiento civil aragonés, el derecho de viudedad nace como consecuencia del matrimonio y, como enseguida veremos, mantiene una doble estructura según se contemple y actúe durante la vida del mismo o una vez fallecido uno de los cónyuges.

En la vigente LRMV, las disposiciones al respecto son claras: el art. 89, titulado *Origen*, establece que “la celebración del matrimonio atribuye a cada cónyuge el usufructo de viudedad sobre todos los bienes del que primero fallezca” (núm. 1) y que “durante el matrimonio el derecho de viudedad se manifiesta como derecho expectante” (núm. 2). Más adelante, y como cierre de esta singular estructura de la institución foral, el art. 101 LRMV, bajo la denominación de *Comienzo y extensión del usufructo viudal*, determina que “el fallecimiento de un cónyuge atribuye al sobreviviente el derecho de usufructo de todos los bienes del premuerto, así como de los enajenados en vida sobre los que subsista el derecho expectante de viudedad...”

En este último punto es interesante tener en cuenta la importante variación habida con respecto al texto de la Compilación del Derecho civil de Aragón, de 1967. Su art. 79, denominado *Comienzo del usufructo*, referido al efectivo viudal, disponía que “el fallecimiento de un cónyuge atribuye al sobreviviente *con derecho expectante* el de usufructo sobre los bienes afectos y, desde ese momento, su posesión”.

¹ En los distintos ordenamientos civiles que prevén la atribución de derechos económico-patrimoniales a favor del cónyuge sobreviviente en los bienes de su consorte fallecido, se siguen diferentes criterios en lo que concierne a su estructuración jurídica, su extensión, cuantía y causa de la atribución.

Unos, siguiendo una clara tradición romanista (Novelas 53 y 117 de Justiniano), optan por la atribución en propiedad de una parte de los bienes del cónyuge difunto (hoy, entre otros, Alemania, Argentina, Perú, Venezuela, Chile, Rumanía y las Repúblicas ex yugoslavas), otros, con un criterio de clara influencia germánica (*Lex Wisigothorum*, *Lex Baiovariorum* y *Lex Burgundionum*), acuden a la figura jurídica del usufructo como fórmula más adecuada para cubrir las necesidades económicas del cónyuge viudo.

Y, a su vez, dentro de estos últimos - a cuyo sistema responden tradicionalmente los diferentes Derechos civiles españoles - existen importantes diferencias tanto en lo que concierne a su naturaleza jurídica cuanto en lo relativo al *quantum* de la atribución usufructuaria.

Respecto de la primera, todos los Derechos españoles, con excepción del aragonés, son coincidentes en la consideración de que tales derechos viduales tienen un origen y naturaleza sucesorios, ya que la causa de su atribución no es otra que el hecho mismo del fallecimiento de uno de los cónyuges.

Y, dentro del sistema viudal usufructuario, unos ordenamientos establecen un *quantum* limitado a sólo una participación en los bienes del cónyuge difunto, en tanto que otros prevén el llamado usufructo universal, comprensivo de la totalidad del patrimonio hereditario del causante.

El Derecho aragonés, tradicionalmente, se alineó con aquellos ordenamientos que delimitan los derechos del cónyuge viudo al usufructo del patrimonio del premuerto. Este criterio hunde sus raíces en el viejo Fuero *De iure dotium*, de la Compilación de Huesca de 1247, conforme al cual “defuncto viro, uxor vidualicet ab eo filios habuerit, omnia quae simul habuerant possiverit...”

Una temprana regulación que, como puede fácilmente apreciarse, en su origen normativo sólo preveía la atribución usufructuaria a favor de la mujer viuda. Un criterio que se repetirá en otras instituciones forales como, por ejemplo, el llamado “derecho de ventajas”.

En lo que concierne a su naturaleza jurídica, en la práctica totalidad de los ordenamientos civiles, los derechos del cónyuge viudo forman parte de la sucesión hereditaria del difunto, bien sean considerados como parte legitimaria, bien como propia sucesión hereditaria. El Derecho aragonés moderno se apartó de esta concepción, atribuyendo al ahora llamado “derecho de viudedad” el carácter de derecho de familia, nacido como efecto propio del matrimonio.

La doctrina aragonesa, al interpretar esta norma compilada, entendió siempre que sólo podían disfrutar del derecho de usufructo viudal aquellas personas que hubieran tenido y mantenido antes el derecho expectante de viudedad. Y a la inversa, quien al morir su cónyuge, por la razón que fuera, no tenía derecho expectante de viudedad, tampoco podía alcanzar el usufructo efectivo.

Luego, la reforma llevada a cabo en el art. 16 del Código civil, en 1974, se encargaría de desmontar esta teoría, al admitir, como luego veremos, la posibilidad de que haya personas que sin haber tenido constante su matrimonio el derecho expectante, pueden gozar, al fallecimiento de su consorte, del usufructo viudal sobre sus bienes. Con lo que se producía, en este caso, una cierta desnaturalización del derecho de viudedad, desnaturalización que, como luego veremos, se ha ampliado cuantitativamente por consecuencia de la importante cantidad de matrimonios mixtos, aragonés/a-extranjera/o, contraídos bajo cualquier régimen, ya sea el aragonés u otro distinto.

Ahora, el nuevo texto legal, más acorde con esta posibilidad (y otras nacidas del acuerdo entre los cónyuges, que pueden pactar la renuncia a sus respectivos derechos expectantes, pero mantener el posible usufructo viudal), cambia de forma substancial la redacción del antiguo 79, en los términos vistos. Del nuevo texto se deduce claramente que el usufructo de viudedad se tiene en todo caso de matrimonios contraídos bajo régimen aragonés - sea el consorcial o el de separación de bienes -, con independencia de la titularidad previa del derecho expectante; es decir, que puede no haber existido éste - bien por renuncia, bien por disposición de la ley (art. 16 Cc) - y, sin embargo, tener el cónyuge viudo derecho de usufructo sobre los bienes de su premuerto consorte.

Esa especial naturaleza de la viudedad aragonesa provocará, como enseguida veremos, no pocos problemas en las cuestiones relacionadas con el derecho internacional privado o el interterritorial.

2. Estructura del derecho de viudedad.

En lo que concierne a su **estructura**, el derecho de viudedad aragonés despliega su actividad en un doble momento:

- Durante el matrimonio, y desde el instante mismo de su celebración - salvo expresa renuncia por parte de los cónyuges, de uno sólo de ellos o de ambos -, nace, para cada uno de los consortes, el llamado "derecho expectante de viudedad", recayente sobre los bienes del otro. Un derecho que actúa a modo de "control" respecto de los actos de disposición que el titular de los bienes pretenda realizar con ellos. Cada vez que uno de los cónyuges desea disponer - enajenar o gravar - un bien de su propiedad, salvo las excepciones previstas en la ley, la disposición exige la expresa renuncia a su derecho expectante de viudedad de su consorte, pues de lo contrario, el bien se transmite o grava con la carga de la viudedad (que puede llegar a convertirse en usufructo efectivo a la muerte del disponente del bien).

A esto último es a lo que se refiere el inciso final del citado art. 101 LRMV - el usufructo viudal se extiende también a los bienes "enajenados en vida sobre los que subsista el derecho expectante de viudedad" -. La falta de renuncia al derecho expectante (si lo tiene) por parte del cónyuge de quien, sometido a un régimen conyugal aragonés, enajena un bien de su propiedad, conlleva la posibilidad, si el enajenante premuere a su consorte, de que éste pueda consolidar su derecho adquiriendo el usufructo viudal sobre el bien dispuesto sin su renuncia.

Precisamente, esta cuestión plantea un delicado problema en la aplicación del art. 16 Cc.

-Fallecido el cónyuge titular de los bienes, su consorte viudo adquiere el usufructo efectivo sobre los mismos (salvo caso de renuncia previa o simultánea) y, desde ese mismo momento, su posesión (art. 104.4 LRMV). Una posesión calificada por algunos autores de "civilísima", en la medida en que la misma se adquiere y se tiene aunque los bienes o parte de ellos no estén bajo la posesión efectiva del cónyuge viudo. Aunque, en la práctica, este tipo de posesión sólo existirá en aquellos casos en los que, en vida de su titular, los bienes hubieran sido cedidos en uso, arrendamiento o cualquier otro título inferior al dominio, a terceras personas. Y, por supuesto, cuando se trate, como antes se veía, de bienes enajenados por su propietario sin la renuncia de su cónyuge al derecho expectante sobre los mismos. En los demás casos, lo normal será que el cónyuge viudo ya sea poseedor de los bienes que ahora entra a usufructuar.

Repitiendo lo antes dicho, con el texto de la Compilación del 67, sólo adquirirían el usufructo efectivo aquellos cónyuges viudos casados bajo régimen matrimonial aragonés que, constante matrimonio, hubieran ostentado el derecho expectante. Hoy, esta estructura clásica, como vengo apuntando, tiene dos importantes excepciones:

1.La del supuesto contemplado por el art. 16.2 Cc: adquiere el usufructo viudal toda persona, nacional o extranjera, y cualquiera que sea el régimen económico con el que contrajo matrimonio, que enviuda de persona que, a su fallecimiento, ostentaba vecindad civil aragonesa; y

2.El caso del cónyuge viudo casado en régimen matrimonial aragonés - ya sea el consorcial o el de separación de bienes, incluso cualquiera otro pactado voluntariamente - que, al amparo del art. 92.2 LRMV, renunció en su día al derecho expectante sobre los bienes de su consorte, pero no al usufructo viudal.

En particular, ésta es una fórmula que en la práctica suele ser bastante habitual cuando el matrimonio sujeto a Derecho civil aragonés se casa pactando el régimen de separación de bienes, sin renunciar genéricamente a la viudedad, pero con el deseo de que, constante matrimonio, cada uno de los cónyuges tenga plena libertad para disponer de sus bienes, sin tener que contar, en cada caso, con la renuncia al expectante de su consorte. Al respecto, los Notarios utilizamos varias fórmulas:

- Una, la de concederse un poder recíproco, ambos cónyuges, para que el disponente renuncie, en nombre de su consorte, al derecho expectante de viudedad que le corresponde, pero sólo y estrictamente sobre el bien de que disponga;

- Otra, la renuncia anticipada genérica al derecho expectante de viudedad sobre los bienes que su propietario enajene o hipoteque, y condicionada al acto de la disposición;

- Y otra, por fin, la citada de una renuncia genérica al derecho expectante de viudedad, con independencia de que el propietario de los bienes disponga o no de ellos. A esta última es a la que le es aplicable el caso ahora comentado de poder adquirir el usufructo viudal sobre los bienes del consorte difunto sin haber gozado antes del derecho expectante.

3.Valor y significado del derecho aragonés de viudedad.

La civilística aragonesa tradicional es concorde al afirmar que el derecho de viudedad, especialmente en su fase de usufructo viudal, como derecho de familia que es,

viene cumpliendo una función de protección económico-patrimonial familiar, la cual puede desglosarse en los siguientes aspectos:

a) Cuando el matrimonio tiene hijos menores - o, mejor, hijos en período de formación viviendo bajo el amparo de sus padres -, al fallecimiento de uno de uno de los progenitores, el usufructo de los bienes del premuerto - todos, consorciales y privativos, muebles e inmuebles, dinero, valores, fondos y cualesquiera otros -, tiene la virtualidad de poner en manos del cónyuge superviviente el control absoluto de los bienes del fallecido, evitando su dispersión, y poder atender así, con los rendimientos de los mismos, las necesidades familiares, y en especial, las de alimentos y educación de los hijos.

Además, si a ese usufructo universal se le añade la facultad fiduciaria - bastante habitual en la práctica -, el cónyuge viudo redobla su poder patrimonial frente a los hijos y aun frente a terceros.

b) En todo caso, con hijos menores o mayores e independientes o, incluso, no habiendo hijos del matrimonio, el usufructo de viudedad tiende a garantizar al cónyuge sobreviviente un *modus vivendi* económico, si no igual, sí al menos similar al que tenía cuando vivía el cónyuge premuerto.

En este particular aspecto de la viudedad me centraré especialmente al hablar del objeto específico de esta ponencia: los usufructos especiales sobre el dinero, las participaciones sociales y los fondos de inversión, para tratar de averiguar si la actual regulación que de ellos hace la Ley aragonesa cumple o no con ese objetivo principal de la viudedad.

Pero antes llegar a ello, me interesa detenerme en otro aspecto, hoy muy importante, afectante al derecho de viudedad aragonés, cual es el de su extensión subjetiva.

II. EXTENSIÓN SUBJETIVA DEL USUFRUCTO DE VIUEDAD ARAGONÉS.

Traigo a colación aquí esta materia porque me parece muy interesante que los juristas aragoneses, especialmente todos aquellos que diariamente tenemos que atender en nuestros despachos u oficinas asuntos relacionados con el derecho aragonés de viudedad (Notarios, Abogados, Jueces, Registradores) seamos conscientes de la nueva situación creada a raíz de la proliferación de matrimonios mixtos, de aragonés/a con española/o o extranjera/o o no aragoneses, incluso de no aragoneses entre sí, españoles o extranjeros, a los que, por aplicación de las normas sobre Derecho Internacional Privado o Interterritorial, van a serles de aplicación las disposiciones legales aragonesas sobre el derecho de viudedad.

Y lo que es peor, en muchos casos, sin ser conscientes los cónyuges de que ostentan tal derecho, con las consecuencias jurídicas y económicas que de él se derivan. Por ello, las sorpresas indeseadas que en muchas ocasiones se suscitan en la práctica, cuando no manifiestos abusos por quienes utilizan ese derecho en beneficio propio, sin una suficiente justificación familiar y social.

Teniendo a la vista los arts. 9 y 16 del Código civil español, normas de Derecho estatal aplicables a todos los ordenamientos civiles territoriales españoles, además de los matrimonios de dos personas aragonesas, sujetos al régimen legal aragonés, ya sea el consorcial, el de separación de bienes o cualquiera otro pactado voluntariamente, y en los que no haya habido renuncia expresa, el derecho de viudedad, bien en su doble face-

ta de expectante y efectivo usufructo, bien solamente en este último, aparte ellos, pueden gozar también de la viudedad aragonesa:

1. Los viudos o viudas de fallecidos aragoneses, con independencia de su régimen matrimonial, incluso de su propia vecindad civil.

La primera gran alteración del sistema tradicional aragonés acerca del derecho de viudedad en su aplicación subjetiva vino de la mano de la reforma del artículo 16 del Código Civil, llevada a cabo en 1974.

Para entender adecuadamente la norma del artículo 16.2, apartado tercero, del Código Civil (“El usufructo viudal corresponde también al cónyuge superviviente cuando el premuerto tuviese vecindad civil aragonesa en el momento de su muerte”) conviene recordar, aunque sea someramente, el origen de su elaboración y la trayectoria seguida en su interpretación.

Cuando el 8 de abril de 1967 se publicaba la Compilación del Derecho Civil de Aragón, por primera vez en un texto normativo se dejaba claro y manifiesto que el llamado “derecho de viudedad aragonés”, y tanto en su fase de derecho expectante cuanto en la de usufructo viudal, era y es un derecho de familia (y no sucesorio, como el resto de usufructos viudales en España), dimanante del matrimonio, como un efecto característico del mismo.

Entonces, se advirtieron las consecuencias que de ello podrían derivarse en las relaciones interterritoriales, entre el ordenamiento civil aragonés y el resto de los españoles y especialmente el Código Civil. A saber:

a) Si un matrimonio sujeto al Derecho aragonés - por tanto, con derecho de viudedad adquirido al contraerlo - perdía luego la vecindad civil aragonesa y adquiría la común (o cualquiera otra), al fallecimiento de uno de los cónyuges, el superviviente podía tener un doble derecho viudal: el universal aragonés (por ser derecho de familia, efecto del matrimonio) y el limitado de la ley personal sucesoria del causante.

b) Y, al contrario, si un matrimonio de vecindad civil distinta de la aragonesa perdía la suya de origen y adquiría la de esta Comunidad por haberse trasladado a vivir a territorio aragonés, al fallecimiento de uno de los cónyuges, el sobreviviente carecía de todo derecho viudal: no tenía el aragonés por no haberse casado bajo régimen de este Derecho, pero tampoco el de su ley personal anterior por no serle ya de aplicación como ley sucesoria y no contemplar la aragonesa el usufructo como derecho sucesorio.

El legislador español de 1974 (Decreto del Ministerio de Justicia 1836/ 1974, de 31 de mayo, desarrollando la Ley 3/1973, de 17 de marzo, de Bases para la modificación del título preliminar del Código Civil) resolvió el conflicto legal optando por la máxima extensión del usufructo de viudedad aragonés.

Y así, confirmando normativamente el carácter familiar del derecho de viudedad, declaró categóricamente que “el derecho de viudedad regulado en la Compilación aragonesa corresponde a los cónyuges sometidos al régimen económico matrimonial de dicha Compilación, aunque después cambie su vecindad civil, con exclusión en este caso de la legítima que establezca la ley sucesoria” (art. 16.2, apartado primero). Con este texto legal se conseguía resolver el primero de los problemas planteados: las personas que se casan bajo régimen aragonés y, consiguientemente, adquieren recíprocamente el derecho de viudedad, al fallecimiento de uno de los cónyuges, el superviviente mantie-

ne este derecho como usufructo viudal, y no adquiere cualquiera otro que pudiera corresponderle por la ley sucesoria del fallecido.

Fijémonos que en la época de redacción de esta norma, 1974, se está pensando exclusivamente en personas de vecindad civil aragonesa que se casan bajo régimen matrimonial aragonés y pierden luego esa vecindad civil. Hoy, sin embargo, tras la reforma llevada a cabo, en 1990, en el artículo 9 Cc, esa norma es también válida para quienes, aun no siendo aragoneses (a veces, ni siquiera españoles) en el momento de contraer matrimonio, su régimen matrimonial quedó sujeto en su día al ordenamiento civil aragonés.

Y, para el supuesto contrario, “el usufructo viudal corresponde también al cónyuge superviviente cuando el premuerto tuviese vecindad civil aragonesa en el momento de su muerte” (art. 16.2, apartado tercero).

Es interesante la redacción de este texto normativo. Al hablar, en singular, de que uno de los cónyuges, el fallecido, tuviese vecindad civil aragonesa (*a sensu contrario*, el otro no tenía por qué tenerla; aunque tampoco excluye esta posibilidad), no podía estar refiriéndose al matrimonio de dos españoles, pues todavía en aquella época (y hasta 1990) la mujer casada seguía la vecindad civil de su marido. Con esa norma se estaban y se están amparando los supuestos de matrimonios de español que es aragonés a su fallecimiento con persona extranjera que, por serlo, carece de vecindad civil alguna. Precisamente, para algunos casos a los que enseguida me referiré, éste es uno de los supuestos más peligrosos de extensión subjetiva del derecho de viudedad aragonés.

Así pues, conforme al artículo 16 CC, en ambos casos - matrimonios de personas, aragonesas o no, casadas bajo régimen matrimonial aragonés, aunque las aragonesas pierdan después esta vecindad civil, y para las no aragonesas en todo caso, y matrimonios de personas que tras contraerlo alcanzan dicha vecindad -, el derecho de viudedad aplicable al cónyuge superviviente es el usufructo universal del Derecho aragonés, con total independencia de la ley sucesoria (personal) del causante.

He aquí, pues, un singular supuesto en el que un no aragonés (repito, español o extranjero) puede tener derecho de viudedad universal en su fase de usufructo sucesorio sin haber contraído su matrimonio bajo régimen de este ordenamiento y sin haber tenido anteriormente ese derecho en su fase de expectante.

No voy a repetir aquí las críticas que en varias ocasiones he hecho a esta fórmula legal, que altera profundamente la esencia misma del derecho de viudedad aragonés, convirtiéndolo, para un supuesto determinado, en un derecho sucesorio. Solamente convendría pensar cómo en la práctica una persona sin ninguna especial raíz aragonesa (incluso siendo extranjera) puede llegar a tener un derecho de usufructo universal sobre los bienes de su cónyuge si éste, al fallecer, ostenta vecindad civil aragonesa (incluso aunque no sea de origen, sino adquirida por residencia). En estos momentos en los que proliferan los matrimonios de aragoneses/as con extranjeras/os, éstos pueden llegar a adquirir ese derecho incluso sin haber residido nunca en territorio aragonés.

Precisamente, el aragonés que sale a vivir en el extranjero, si mantiene la nacionalidad española, en ningún momento pierde la vecindad civil aragonesa.²

2.Sometimiento voluntario al régimen aragonés.

La extrema movilidad que hoy se produce en la sociedad española, especialmente por razones laborales, conlleva el hecho (más difícil en épocas anteriores) de que dos personas de diferente vecindad civil contraigan entre sí matrimonio.

² En relación con esta materia, hacía tiempo que desde distintos sectores doctrinales se abogaba por una reforma del Código Civil en el sentido de unificar, para todos los ordenamientos civiles españoles, la ley aplicable a los derechos viuales, adoptando el criterio aragonés de considerarlos no como beneficios sucesorios, sino como derechos ligados al régimen matrimonial o derechos de familia (así, por ejemplo, VALLET DE GOYTISOLO, SIMÓ SANTONJA, FRAGUAS MASSIP, MARTÍNEZ GIL y BLANQUER UBEROS).

Es probable que fuera esta corriente doctrinal la que impulsara al legislador español, en la reforma del Código Civil llevada a cabo por Ley 11/1990, de 15 de octubre, a introducir una norma, la del apartado final de número 8 del artículo 9 (dentro del precepto de derecho interterritorial que regula los derechos sucesorios), determinando que “los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge supérstite se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes”.

A partir de ese momento, una gran parte de la doctrina española entendió que el legislador español había dado un giro de ciento ochenta grados en lo concerniente a la naturaleza jurídica de los derechos viuales todos, determinando que, a partir de entonces, dejasen de ser considerados como derechos sucesorios, para pasar a ser tenidos como derechos de familia, como efectos propios del matrimonio, con todas sus consecuencias (BÓRRÁS RODRIGUEZ, ALBACAR, MARTÍN GRANIZO, ZABALO ESCUDERO o CALATAYUD SIERRA, entre otros).

Si ello era así, el problema originado con respecto al derecho de viudedad aragonés quedaba definitivamente superado. Todos los españoles casados tendrían, al fallecimiento de su cónyuge, el usufructo viual que les correspondiese con arreglo a la ley reguladora de su matrimonio. Pero, a su vez, el apartado final del número 2 del artículo 16 Cc debía desaparecer (hay quien llegó a considerarlo, quizá exageradamente, como un precepto nulo): no tenía ningún sentido que nadie alcanzase el derecho de usufructo universal de viudedad aragonés por el solo hecho de que su cónyuge, en el momento del fallecimiento, tuviese vecindad civil aragonesa si, en su origen, el matrimonio regía sus efectos por una ley distinta de la de esta Comunidad. Las críticas hechas en su momento a dicho precepto del Código adquirían ahora mayor sentido.

Sin embargo, cuando parecía que “las aguas estaban calmadas”, surgió en la doctrina española una opinión divergente en la interpretación del nuevo artículo 9.8 Cc. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, en su Derecho de Sucesiones, publicado el año siguiente de esa reforma legislativa, considera que nada sustancial ha cambiado en esta materia, y que lo que este precepto del Código quiere decir en su nueva redacción no es que la naturaleza de los derechos viuales haya variado *ope legis* - que para él siguen teniendo naturaleza de derecho sucesorio y deben regirse por la ley personal del difunto -, sino que la ley reguladora de los efectos del matrimonio de una persona fallecida se aplica también a lo que él denomina *mortis causa capiones*, que tienen su causa inmediata en el matrimonio y no en la muerte del causante, es decir, los derechos *post mortem* que el legislador deriva del propio régimen matrimonial y que no son disponibles por testamento. Y precisamente aduce en apoyo de su tesis el mantenimiento en el Código del artículo 16.2, relativo al derecho de viudedad aragonés.

Y esto, que podía no haber pasado de ser sino una respetable opinión doctrinal, encuentra su reciente corroboración práctica en la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de marzo de 2003, en la que, tras afirmar que en la nueva redacción del artículo 9.8 Cc la “remisión a la ley aplicable no es clara”, se inclina por el criterio doctrinal de ROCA ASTRE MUNCUNILL, sobre la base de considerar que en todo caso de fallecimiento de una persona “debe regir el principio de unidad en la ley sucesoria, de manera que los derechos del cónyuge (viudo) se regirán por la ley sucesoria del causante, debiendo ser interpretada la remisión a la ley que rige los efectos del matrimonio, exclusivamente a los ligados a los efectos personales o estatuto primario patrimonial”. Y cita como ejemplos, entre otros, el ajuar doméstico, las ventajas y las “viudedades forales en su consideración familiar”.

En conclusión, a la vista de esta sorprendente resolución de la DGRN, téngase la opinión que se quiera sobre esta materia, lo cierto es que, en la práctica, y sobre todo si están en juego derechos inscribibles en los Registros de la Propiedad, el nuevo criterio se erige en norma de obligado cumplimiento para los registradores de la propiedad, lo que en buena lógica arrastra la actuación notarial previa.

Volvemos así al principio de la regulación de toda esta materia en el Código Civil: los derechos viuales, en general, se rigen por la ley sucesoria personal del causante, excepto el aragonés, que dependerá de la ley reguladora de los efectos del matrimonio. Así, el artículo 16.2 Cc readquiere todo su valor y, conforme a él, también tienen derecho de usufructo universal de viudedad, aunque su matrimonio no se rigiera por la ley aragonesa (y, por tanto, no hubieran tenido derecho expectante), los viudos o viudas de quienes eran aragonesas o aragoneses en el momento de su fallecimiento.

Reitero el peligro que esta interpretación encierra actualmente en la práctica del Derecho aragonés, a la vista de la gran cantidad de matrimonios entre aragoneses y aragonesas con extranjeras y extranjeros, algunos de ellos de muy corta duración, cuando no de auténtica conveniencia no detectada judicialmente en el momento de su inscripción en el Registro Civil. Si uno de estos matrimonios inconsistentes no se disuelve por vía de divorcio - si los cónyuges se mantienen en una separación de hecho, como en tantos casos sucede ante las dificultades y carestía del proceso de divorcio, máxime cuando el matrimonio se contrajo en país extranjero -, al fallecimiento del cónyuge aragonés, su consorte viudo ostentará el usufructo universal de viudedad sobre la totalidad del patrimonio del fallecido, en perjuicio del resto de la familia, incluso de los hijos propios del cónyuge premuerto, si los tiene.

Lo más probable, además, será que el cónyuge viudo extranjero desconozca totalmente la existencia a su favor de ese derecho. Lo cual no será óbice, desde luego, para que el mismo exista, y cuando los herederos nudo propietarios traten de disponer de algún bien del premuerto, no podrán hacerlo ante la existencia de ese usufructo viual a favor del cónyuge supérstite. En la práctica de mi notaría ya he tenido algún caso de esta índole que ha generado no pocos problemas y conflictos familiares.

Con anterioridad a la reforma llevada a cabo en el Código Civil por la Ley 11/1990, de 15 de octubre (basada en el principio constitucional de igualdad de sexos), esta situación no producía problema alguno, ya que la mujer seguía la condición civil del marido; por tanto, ambos cónyuges tenían, desde el momento de contraer matrimonio, una misma vecindad civil. Y, consecuentemente, los efectos del matrimonio tenían una ley reguladora única, la propia del marido.

Hoy, sin embargo, como quiera que “el matrimonio no altera la vecindad civil” (art. 14.4 CC), para los supuestos de contrayentes con diferentes vecindades civiles se precisa de una regulación específica que resuelva el conflicto normativo que entonces se opera en lo concerniente, en este caso, a los efectos propios del matrimonio, su régimen y los específicos que del mismo se deriven (como es el derecho de viudedad aragonés).

En estos casos, el artículo 9.2 CC determina que los efectos de su matrimonio se regularán por la normativa aragonesa si ambos, de mutuo acuerdo, así lo acuerdan “en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio”. Documento que parece no podrá ser otro que las capitulaciones matrimoniales otorgadas en escritura pública. Por ello es importante que los notarios, al autorizar los capítulos prenupciales de personas con diferente vecindad civil (una de ellas aragonesa), advirtamos a los otorgantes de las posibilidades que la ley les concede para acogerse voluntariamente a la legislación aragonesa.

Y fijémonos que en este supuesto, a diferencia del que sigue, el Código no exige que ninguno de los contrayentes resida en territorio aragonés. Basta con que uno de ellos tenga vecindad civil aragonesa, y el otro lo acepte mediante el oportuno pacto, para que todos los efectos del matrimonio a contraer sean los propios del Derecho aragonés.

En este caso, a diferencia del anterior, el derecho de viudedad nace en toda su extensión, es decir, no sólo como usufructo viudal por fallecimiento, sino también como derecho expectante constante el matrimonio, y desde su celebración.

Pero también, en importante diferencia con el supuesto anterior, aquí los cónyuges han sido conscientes de su voluntario sometimiento, debidamente informados, al Derecho civil aragonés y sus consecuencias de todo orden.

3. Matrimonios que fijan su primera residencia habitual en Aragón.

Seguimos hablando de los supuestos de matrimonios contraídos por españoles de distinta vecindad civil, de aragoneses con extranjeros y aun de extranjeros entre sí cuando cada uno de los cónyuges tiene distinta nacionalidad.

Todos ellos, si no pactan antes del matrimonio el régimen legal por el que se acogerán los efectos de su matrimonio, si “la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración” del matrimonio la establecen en territorio aragonés, su régimen matrimonial será el aragonés legal (consorcial o de separación de bienes) u otro voluntario.

Es el primer punto de conexión que la ley establece, en defecto de pacto. Con arreglo a ello, cualquiera que sea el lugar de celebración del matrimonio, si los cónyuges de diferente vecindad civil, incluso aunque ninguno sea aragonés, o de distinta nacionalidad, tras la boda, establecen un domicilio común en territorio aragonés, la ley civil vigente en Aragón es la determinante de su régimen económico matrimonial, incluso aunque no coincida con ninguna de las respectivas leyes personales de los cónyuges (ejemplos: si un catalán y una castellana, tras la celebración de su matrimonio, establecen un domicilio común en una población aragonesa, su régimen matrimonial, en defec-

to de pacto, será el de consorcio conyugal aragonés; ni el catalán de uno, ni el de gananciales de la otra; o si un peruano y una rumana contraen matrimonio y fijan su primera residencia habitual común en Aragón, también su régimen económico matrimonial será el legal aragonés).

Y, lógicamente, en todos esos casos los cónyuges sometidos al Derecho matrimonial aragonés gozarán, recíprocamente, del derecho de viudedad en su doble faceta de derecho expectante y de usufructo viudal. Un derecho y una institución que para muchos de ellos serán absolutamente desconocidos. Podrán, incluso, haber pactado en capítulos un régimen de separación de bienes, con el deseo de tener cada cónyuge la máxima libertad patrimonial, y si no han renunciado a sus respectivos derechos expectantes de viudedad (como digo, institución normalmente desconocida), a la hora de pretender realizar actos de disposición sobre sus propios bienes inmuebles, se encontrarán con la sorpresa de tener que contar con su cónyuge para que éste renuncie a su derecho expectante de viudedad sobre el bien cuya disposición se pretende.

4. Matrimonios contraídos en territorio aragonés.

Y, a falta de pacto y de residencia común única, si dos personas de diferente vecindad civil o de distinta nacionalidad que carecen de una residencia familiar común (por ejemplo, funcionarios públicos con deber de residencia en diferentes Comunidades españolas, o extranjeros viviendo cada uno en lugares distintos), contraen matrimonio, si el mismo se celebra dentro de la Comunidad Autónoma de Aragón, su régimen matrimonial también será el aragonés, legal o voluntario.

La ausencia de un domicilio o residencia habitual común es cada vez más frecuente, dada la movilidad de las personas por razones laborales. Por ello, el Código Civil, previendo esta posibilidad, establece un nuevo punto de conexión, cual es el del lugar de la celebración del matrimonio.

No me gustaría que de estas afirmaciones se saque la errónea conclusión de que soy opuesto a esa extensión subjetiva del derecho de viudedad. Con independencia del criterio favorable o desfavorable que cualquiera tenga al respecto, ello es lo que la ley determina y a ella hay que atenerse. Sí me gustaría, sin embargo, que cuantos profesionales actuamos en la esfera jurídico-privada de los ciudadanos fuéramos conscientes de la nueva situación generada en esta materia de la extensión subjetiva del derecho de viudedad aragonés, para informar adecuadamente a quienes se acogen a nuestro quehacer jurídico, al objeto de que sean concededores y conscientes de ello en cuanto les afecte, evitando cualquier tipo de esas desagradables sorpresas a que antes me refería.

III. USUFRUCTO DE DINERO.

1. Origen y planteamiento doctrinal.

Como recuerda la mayor parte de los autores que se han ocupado de esta materia, el usufructo del dinero tiene su origen en el llamado “cuasiusufructo” en la legislación romana. El texto al que todos se remiten es el apartado c), del Título IV, del Libro II, de las *Instituta* el cual, literalmente, dice así:

“De usufructu. Ususfructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia...Constituitur autem ususfructus non tantum in fundo et aedibus, verum etiam in

servis et iumentis et ceteris rebus, exceptis iis, quae ipso usu consumuntur. Nam haec res neque naturali ratione, neque civili recipiunt usumfructum: quo numero sunt vinum, oleum, frumentum, vestimenta: quibus proxima est pecunia numerata. Sed utilitatis causa senatus censuit, posse etiam earum rerum usufructum constitui, ut tamen eo nomine heredi utiliter caveatur. Itaque si pecuniae ususfructus legatus sit, ita datur legatario, ut eius fiat, et legatarius satsidet heredi de tanta pecunia restituenda, si morietur aut capite minuetur: ceterae quoque res ita traduntur legatario, ut eius fiant, sed aestimatae his satsidatur, ut, si morietur aut capite minuetur, tanta pecunia restuatur, quanta haec fuerint aestimatae. Ergo senatus non fecit quidem earum rerum usumfructum (nec enim poterat), sed per cautionem quasi usumfructum constituit”.

El texto romano parte de una afirmación categórica, reflejo del criterio jurídico que los jurisconsultos de la primera época tenían: que el usufructo es el derecho de usar y disfrutar de cosas ajenas, “salvando su substancia”. Y pone como ejemplo de ello el usufructo de fundos y heredades, el de siervos y animales, “et ceteris rebus”.

Pero se exceptúa claramente el usufructo de cosas consumibles, las cuales, “neque naturali ratione, neque civil”, pueden ser objeto de usufructo; citando como tales bienes el vino, el aceite, el trigo y los ropajes. Y ello, por lo próxima que su naturaleza se encuentra con la del dinero (“pecunia numerata”). Probablemente, los legistas romanos tenían muy presentes los tiempos en los que algunos de esos bienes consumibles sirvieron precisamente de “moneda de cambio” (el término peculio, en cuanto equivalente a patrimonio, tiene su origen en el “pecus” - ganado - romano).

Está claro, por ello, que el dinero como tal no podía ser objeto de usufructo. Y es que el dinero, en cualquiera de sus modalidades, no es en sí mismo una cosa, sino un instrumento de cambio, representativo de cosas (las que con él se pueden adquirir).

Así, tanto el dinero – calificado hoy de “bien fungible” – cuanto las cosas consumibles no podían ser admitidas como objeto de usufructos (“senatus non fecit quidem earum rerum usumfructum (nec enim poterat)"); no obstante, y como al parecer quiso el Senador Gayo, “causa utilitatis” y “per cautionem” - tratando de evitar que los nudo propietarios salieran perjudicados -, podía constituirse sobre tales bienes un “quasi usumfructum”.

Llegada la época de la promulgación de los diferentes textos legislativos españoles de la Era Medieval, no se encuentra en ellos referencia alguna al usufructo de dinero.

Por ello, como afirma LATOUR BROTONS, probablemente el origen hispano de este tipo de usufructos haya que ir a buscarlo en la costumbre.³ Y, sobre todo, en la práctica sucesoria de los distintos ordenamientos españoles. Cuando la persona que fallece, testada o intestada, deja todo su patrimonio a sus herederos, y su cónyuge viudo adquiere el usufructo vidual sobre el mismo y, especialmente, si ese usufructo tiene carácter universal, en dicho patrimonio y, por ende, en el derecho de usufructo, se comprenden tanto los bienes materiales, muebles e inmuebles, como los inmateriales - derechos de créditos -, incluso el dinero.

Este es el caso, por ejemplo, del llamado “usufructo de regencia” de los viejos “usatges” catalanes⁴, del “usufructo de fidelidad navarro” y, en nuestro caso, del usufructo de viudedad aragonés.

³ *Estudio del usufructo*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1956, pág. 591.

La escasa doctrina que se ha ocupado de esta figura diverge en lo que concierne a su conceptualización jurídica.

Para unos, el usufructo de dinero es un verdadero usufructo, sólo que con la diferencia, con respecto al usufructo ordinario, de que el deber de restitución no recae sobre las mismas cosas dadas en usufructo, sino sobre su equivalente, es decir, se trata de un “usufructo de valor”. Así opinan, por ejemplo, JORDANO BAREA⁵ o MANRESA NAVARRO⁶.

Para otros, sin embargo, la característica de esta figura jurídica reside en el hecho de que el usufructuario adquiere la propiedad de las cosas dadas en usufructo, ya que sobre ellas tiene uno de los elementos esenciales del dominio, cual es el “ius abutendi”, y el nudo propietario no es más que un acreedor de ese valor. En este sentido, entre otros, COLIN Y CAPITANT⁷ y ALBALADEJO⁸.

Alejado aparentemente de estas posturas doctrinales, MUCIUS SCAEVOLA considera que el usufructo de dinero, más que un usufructo propiamente dicho, es un préstamo mutuo, pues nada lo diferencia de éste. Con esa afirmación, sin embargo, este autor lo que hace implícitamente es admitir también la transmisión de la propiedad del dinero al usufructuario, pues ello constituye la característica esencial del préstamo de dinero: conforme al art.1753 CC, “el que recibe en préstamo dinero u otra cosa fungible, adquiere su propiedad, y está obligado a devolver al acreedor otro tanto de la misma especie y calidad”⁹. Tesis, la de este autor, que encuentra su apoyo en la STS de 20 noviembre 1964.

En un sentido muy parecido, en Aragón, POZUELO ANTONI considera que se trata de “un usufructo al que se le ha añadido una figura próxima al préstamo de dinero”¹⁰ (luego veremos las conclusiones a que fiscalmente llega con ello).

2. Sistemas legislativos.

Estas diferencias en la concepción doctrinal de la naturaleza jurídica del usufructo dinerario trascienden también al orden legislativo. Teniendo en cuenta, además, que el tratamiento normativo específico del usufructo de dinero es relativamente reciente.

En general, los Códigos modernos sólo hacen referencia al usufructo de cosas consumibles, dentro de cuyo concepto entienden los intérpretes que se encuentran también las cosas fungibles (como el dinero), como subespecie que son de aquéllas.

Así, por ejemplo, el Código Civil español, en su art. 482 determina que “si el usufructo comprendiera cosas que no se puedan usar sin consumirlas, el usufructuario tendrá derecho a servirse de ellas con obligación de pagar el importe de su avalúo al terminar

⁴ JARDÍ lo define como el “usufructo sobre todos los bienes de la herencia...con una serie de atribuciones conferidas al (viudo) usufructuario como subrogado del jefe de familia y en sustitución o en beneficio del heredero nudo propietario, que permiten mantener la cohesión del patrimonio familiar” (Vid. *El usufructo de regencia*, Edit. Bosch, Barcelona, 1971, pág. 116).

⁵ *El cuasiusufructo como derecho de goce sobre cosa ajena*, en Anuario de Derecho Civil, 1948.

⁶ Ob. cit. Pág. 418.

⁷ *Curso elemental de Derecho civil. Tomo segundo. Volumen I, De los bienes y de los derechos reales principales*, 4ª edición, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1961.

⁸ *Derecho Civil. III. Derecho de bienes. Volumen segundo. Derechos reales en cosa ajena y Registro de la propiedad*, 8ª edición, Edit. Bosch, Barcelona, 1994.

⁹ *Código Civil. Tomo IX. Del usufructo, del Uso y de la Habitación*, Instituto Editorial Reus, Madrid 1948.

¹⁰ *Manual de Derecho Matrimonial Aragonés. Cuestiones fiscales*, Zaragoza, 2007.

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

En los ordenamientos civiles territoriales españoles, la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra sigue un criterio similar al del Código. Su Ley 410, tras establecer que “el usufructo puede constituirse sobre toda clase de bienes, aunque no produzcan frutos, y sobre la totalidad o parte alícuota de un patrimonio”, añade que “cuando el usufructo verse sobre bienes consumibles, el usufructuario adquirirá sobre ellos la plena disposición, pero deberá restituir una cantidad igual del mismo género y calidad”.

La reciente Ley catalana 5/2006, de 10 de mayo, aprobatoria del Libro Quinto del Código Civil de Cataluña, ha sido la primera norma española que regula específicamente el usufructo de dinero; y con similar criterio que el Código Civil español, no considera que en ningún caso el usufructuario adquiera la propiedad del numerario. Con mayores niveles de exigencia que el Código Civil español, el catalán, en su art. 561-33, comienza afirmando que “los usufructuarios de dinero tienen derecho a los intereses”, y solamente si han prestado garantía suficiente “pueden dar al capital el destino que estimen conveniente. En caso contrario, deben poner el capital a interés en condiciones que garanticen su integridad”.

Sin embargo, la tesis de que el usufructuario es propietario del dinero dado en usufructo es la que mantiene el Código Civil alemán (BGB) y, siguiendo al mismo, el moderno Código Civil argentino.

En el primero de ellos, su párrafo 1067 determina que “si el objeto del usufructo son cosas consumibles - entre las que parece debe entenderse comprendido el dinero - el usufructuario se convierte en propietario de las cosas; después del término del usufructo indemnizará al constituyente el valor que las cosas tenían en el momento de la constitución. El constituyente, así como el usufructuario, pueden hacer fijar a su costa el valor por peritos. El constituyente puede exigir prestación de seguridad si la pretensión al reembolso del valor está en peligro”.

Esta norma, prevista, como se ve, para todo tipo de usufructos dinerarios, tanto los convenidos por actos “inter vivos” cuanto los procedentes de sucesión hereditaria, viene completada más adelante por disposiciones específicas referidas al usufructo de patrimonios y al usufructo de herencias (párrafos 1086, 1088 y 1089).

En parecido sentido, pero especificando claramente el mismo criterio con respecto al dinero, el moderno Código Civil argentino, tras definir el *cuasiusufructo* como aquél que recae sobre “las cosas que serían inútiles al usufructuario si no las consumiese, o cambiase su substancia, como los granos, el dinero...” (art. 2808), afirma rotundamente que “el cuasiusufructo transfiere al usufructuario la propiedad de las cosas sujetas a este usufructo, y puede consumirlas, venderlas o disponer de ellas como mejor le parezca” (art. 2810).

Así, pues, tanto para el Derecho alemán cuanto para el argentino, el usufructo de dinero se configura como una suerte de propiedad fiduciaria. En él no cabe hablar, pues, de usufructuario y nudo propietario. Éste, en realidad, no existe o, mejor, no aparece jurídicamente en tanto el usufructo exista. Terminado el mismo, el nudo propietario surge entonces más que como propietario o titular de unos bienes (que, probablemente, ya no existen o sólo en parte), como acreedor de su valor.

3. Derecho aragonés.

En Aragón, hasta la promulgación de la nueva Ley de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad, de 2003, se venía siguiendo en la práctica el criterio que la ley catalana determina en primer lugar: que el usufructuario de dinero sólo tiene derecho a los intereses que el mismo produzca. Cuando un cónyuge viudo adquiría el usufructo de viudedad sobre el dinero de su fallecido consorte, en las notarías advertíamos al usufructuario que debía mantener ese dinero íntegro en su capital, y que sólo podía percibir, mientras durase el usufructo, los intereses que produjera.

Traducido a la práctica bancaria, ello obligaba a las entidades financieras, Bancos y Cajas de Ahorro, a configurar la titularidad de las cuentas donde se encontrase depositado ese dinero de forma tal que en ellas figurasen ambas partes interesadas, cónyuge viudo usufructuario y nudo propietarios, con la especificación de que el primero sólo tenía derecho a los intereses producidos (en la práctica, transferidos a una cuenta distinta a nombre sólo del usufructuario, para evitar la confusión con el capital), y que la disposición del capital exigía una actuación conjunta de todos ellos. Un verdadero “calvario”, por cierto, para las entidades financieras, poco dadas a estas, para ellas, extrañas figuras civiles.

Lo que también sucedía en la práctica notarial era que, a la hora de otorgar testamento mancomunado, los cónyuges aragoneses que deseaban atribuirse en propiedad el máximo de sus respectivos patrimonios hereditarios, aplicado a la parte de libre disposición de cada uno de ellos, se legaban recíprocamente todo o parte del dinero que existiese, en metálico o en cuentas bancarias o de ahorro, del que el cónyuge viudo llegaría a ser así pleno propietario. La vivienda habitual y el dinero ahorrado han sido siempre los dos elementos patrimoniales más apetecidos, como medios de sustento del cónyuge viudo.

Ello, cuando se trataba de patrimonios pequeños (que, en realidad, representan una gran mayoría de las familias aragonesas), integrados exclusivamente por la vivienda habitual y algunos ahorros depositados en bancos o cajas, tenía el grave inconveniente de que no permitía a los cónyuges atribuirse recíprocamente la plena titularidad de ambos elementos patrimoniales, sin violar la legítima.

Hoy, la Ley aragonesa de 2003 cambia el rumbo de las cosas y, adhiriéndose a la tesis del “cuasiusufructo”, en su art. 117 determina que “el viudo tendrá derecho a los intereses que produzca el dinero. También podrá disponer de todo o parte del mismo. En este caso el viudo o sus herederos habrán de restituir, al tiempo de extinguirse el usufructo, el valor actualizado del dinero dispuesto”.

Una fórmula con la que el legislador aragonés, como digo, se aproxima al concepto del “cuasiusufructo” (como lo reconoce en la Exposición de Motivos de la Ley), rechazando implícitamente las tesis, doctrinales y legislativas, que atribuyen al usufructuario la propiedad del dinero.

Esta nueva regulación de la ley aragonesa obliga a considerar los siguientes aspectos importantes en su aplicación práctica, teniendo en cuenta los tres diferentes momentos en el *iter* de esta materia: antes del fallecimiento del cónyuge causante, durante la vigencia del usufructo viudal sobre el dinero y a la extinción del usufructo de viudedad sobre el mismo.

3.1. *Atribuciones entre cónyuges.*

3.1.1. *La viudedad sobre el dinero y el cómputo legitimario.*

Decía antes que a la hora de otorgar testamento mancomunado, los cónyuges aragoneses, en un deseo de recíproca protección para caso de viudez, sobre todo en la ancianidad, en la medida en que la parte de libre disposición de sus respectivos patrimonios hereditarios lo permitiera, solían atribuirse, a modo de legados, la vivienda habitual y el dinero metálico o depositado en cuentas bancarias o de ahorro.

En muchas ocasiones, al Notario le era imposible satisfacer ese deseo de los testadores, si el patrimonio familiar era escaso y la suma de ambos valores, el de la vivienda y el del dinero, superaba la parte de libre disposición no legitimaria.

Ahora, la nueva formulación de la Ley aragonesa de 2003 permite jugar con un margen mayor, al no ser necesario computar en la parte libre el valor del dinero, pues de él, en circunstancias normales, va a poder disponer libremente el cónyuge viudo.

Es más, hay muchos casos en los que el único patrimonio familiar está constituido por esos dos elementos, la vivienda y el ahorro dinerario. Si sumados ambos, dan una cifra dentro de cuyo 75% en caso de bienes consorciales, o del 50% si se trata de bienes privativos, quepa el valor de la vivienda, los cónyuges verán satisfechos sus deseos (y necesidades) atribuyéndose solamente ésta y respetando el usufructo viudal sólo sobre el numerario. Del cual, insisto, va a poder disponer con entera libertad el cónyuge viudo.

La nueva normativa aragonesa obliga así a quien asesora en la formalización de un testamento mancomunado (normalmente, los Notarios) a cambiar de orientación en aquellos casos - que son la mayoría - en los que los cónyuges desean atribuirse, el uno al otro, por vía sucesoria, lo más posible de sus respectivos patrimonios (la expresión "todo lo del uno para el otro" sigue siendo habitual en la práctica).

Como he explicado muchas veces, en mi Notaría vengo acudiendo a diferentes procedimientos:

- Uno, el que menos complicaciones plantea, el pacto sucesorio familiar en el que los hijos de los instituyentes renuncian a su cualidad de legitimarios y, a partir de ahí, los cónyuges se instituyen, mutua y recíprocamente, herederos universales en pleno dominio y libre disposición.

- Cuando ello no es posible (por imposibilidad de contar con los hijos para celebrar el pacto o porque los padres no quieren implicarles en él), propongo a los testadores que se leguen recíprocamente bienes por un valor que no exceda de la parte de libre disposición. Hasta ahora, en estos legados solía incluir el dinero de los testadores (que, junto con la vivienda habitual, como antes decía, suele ser lo más "apetecido" de su patrimonio). A partir de la nueva Ley, aconsejo que cubran la parte libre con otros bienes (si los tienen), y con respecto al dinero, simplemente mantengan el usufructo viudal, ya que el cónyuge supérstite va a poder disponer de él libremente. Lo cual, incrementa las posibilidades de atribución recíproca; sobre todo, en aquellos casos - que cuantitativamente son muchos en Aragón - en los que el matrimonio no tiene más propiedad que la vivienda habitual y unos pocos ahorros.

(No les voy a ocultar a vdes. que, también, cuando los cónyuges quieren atribuirse recíprocamente la propiedad de la vivienda, y ésta es el único bien de que son titulares, no dejo de informarles de que si dicha atribución la hacen mediante un legado de cosa específica, la vigente normativa aragonesa autoriza al supérstite, fallecido su cónyuge, a aceptar por sí el legado, tomar posesión del mismo e inscribir la propiedad del inmueble.

ble a su favor en el Registro de la Propiedad. Y ello, aun cuando no queden más bienes en el patrimonio del causante. Y que si con ello se produce una lesión a la legítima, ni el Notario ni el Registrador estamos facultados para oponernos a dicha atribución, y que habrán de ser los legitimarios que se consideren perjudicados los que, conforme al art. 178 LS, en el plazo máximo de cinco años desde que se produzca la delación de la herencia, habrán de impugnar judicialmente dicha atribución - algo normalmente impensable en el seno de la familia media aragonesa.)

3.1.2. Norma no dispositiva.

La determinación de si una norma es o no dispositiva depende, en primer lugar, de lo que la propia ley determine. En su defecto, ha de ser la propia naturaleza del instituto en el que la norma en cuestión se encuentra inserta la que oriente al intérprete para esa determinación.

La materia toda de la viudedad no parece que pueda sufrir importantes alteraciones por la voluntad de los implicados en ella - esencialmente, los cónyuges casados en régimen conyugal aragonés -, más allá de lo que la propia Ley determina. El *favor viduitatis* preside, desde siempre, la regulación normativa de esta institución (cfr. ahora el art. 90.3 LRMV).

Así, por ejemplo, salvo el supuesto del art. 101.3 LRMV, por el que un cónyuge puede restringir a la mitad el usufructo viudal de su cónyuge sobre los bienes de su herencia que recaigan en descendientes no comunes, cualquiera otra limitación exige el pacto entre ambos consortes (art. 90.1 LRMV), o la renuncia voluntaria del titular del derecho (art. 92.1 LRMV). La privación total sólo puede determinarla quien, no siendo ascendiente del beneficiario, transmita a éste bienes a título gratuito con prohibición de viudedad (art. 95 LRMV), o el propio cónyuge propietario de los bienes cuando en su consorte se den causas de desheredación (art. 93.1 LRMV).

Como se aprecia, cualquier alteración negativa, en perjuicio del cónyuge viudo, queda estrictamente tasada en la Ley.

Por ello, en lo concerniente al usufructo del dinero, que nos ocupa, el causante no podría, sin consentimiento de su cónyuge, prohibir o limitar la disposición del numerario a usufructuar, ni tampoco predeterminar el destino concreto que haya de darse a los actos de disposición del viudo. Ni siquiera, según creo, establecer la subrogación real de los bienes adquiridos por el supérstite a cambio del dinero usufructuado, invertido en ellos (luego me extenderé en esta materia).

3.2. Durante la vigencia del usufructo.

3.2.1. Usufructo sin fianza.

Como se acaba de ver, en el Derecho catalán, el contenido del usufructo dinerario, para el usufructuario, es notablemente distinto según que haya constituido o no fianza en beneficio de los nudos propietarios. En el primer caso, el usufructuario puede dar al dinero el destino que considere conveniente, por tanto, conservarlo, gastarlo o invertirlo, siempre con la obligación de restituirlo ("la cantidad de dinero equivalente a este capital"), al extinguirse el usufructo. Si no está obligado a constituir la fianza o no puede constituir la fianza, deberá poner el capital a interés, de acuerdo con el nudo propietario o con autorización judicial; y, lógicamente, no podrá disponer del capital y sólo percibirá los intereses que éste produzca.

En el Derecho aragonés, y para cualquier supuesto de usufructo viudal (por tanto, también el dinerario) el principio general es la no obligatoriedad para el usufructuario de constituir fianza (art. 103 LRMV); y sólo en determinados supuestos - que la haya impuesto el propio causante, que la exijan los nudo propietarios (salvo disposición contraria del premuerto) o que la determine la Autoridad judicial - la fianza será obligatoria.

Además, el derecho del usufructuario de poder disponer libremente del dinero es absolutamente independiente de la existencia o no de fianza. Con o sin ella, el cónyuge viudo no tiene, en principio, obligación alguna para con los herederos nudo propietarios; por tanto, puede poner el capital a interés, en la forma y con los instrumentos financieros que considere convenientes (incluso, fondos de inversión que quedarán al margen de la regulación del art. 118 LRMV), gastarlo, invertirlo o darle el destino que considere conveniente (prestarlo, donarlo, etc.).

3.2.2. *Pérdida fortuita del dinero.*

Aceptar o no que el usufructuario de dinero deviene propietario del mismo no es una cuestión meramente doctrinal.

Para los autores y ordenamientos jurídicos que mantienen la posición de que el usufructuario de dinero adquiere su propiedad, si el objeto del usufructo se pierde por caso fortuito, el riesgo de la pérdida corre para el usufructuario (*genera non pereunt*), a diferencia del usufructo ordinario en el que la pérdida fortuita de la cosa usufructuada es de cuenta del nudo propietario (*res perit domino*).

Por el contrario, si el usufructuario no es propietario - como creo que sucede en los distintos ordenamientos españoles, incluido el aragonés -, la pérdida fortuita del dinero usufructuado, como cualquier otro supuesto de usufructo, corre de cuenta y riesgo del nudo propietario.

El propio art. 117 de la Ley aragonesa apoya esta tesis al determinar que el usufructuario o sus herederos deben restituir el dinero "dispuesto", pero no el "perdido" fortuitamente.

Desde el punto de vista práctico, imaginemos que el viudo usufructuario, tras retirar de la cuenta bancaria donde se encontraba depositado el dinero, una cierta cantidad, sufre un atraco o un incendio en la vivienda donde guarda provisionalmente ese dinero. En esos casos, y otros de parecida índole, comprobada que sea esa pérdida sin culpa alguna del usufructuario, éste no vendrá obligado a la restitución del metálico perdido. El nudo propietario correrá con el riesgo de la pérdida, y llegado el momento de la restitución de lo gastado por el viudo, éste no vendrá obligado a reintegrar la cantidad sustraída o destruida.

3.2.3. *Aspectos fiscales.*

Una cuestión muy importante en el caso del usufructo viudal de dinero es de la liquidación fiscal del mismo.

El Real Decreto 1629/1991, que aprueba el Reglamento del Impuesto de Sucesiones, Donaciones y Actos Jurídicos Documentados, en su art. 52.1, tras determinar aplicables las normas fiscales del usufructo ordinario a aquellos usufructos nacidos "como consecuencia de las disposiciones del causante o de la aplicación de las normas civiles reguladoras de la sucesión", excepciona el supuesto de que "el adquirente tuviese derecho a disponer de los bienes", en cuyo caso "se le liquidará el Impuesto por el pleno dominio,

sin perjuicio de la devolución que proceda de la porción de Impuesto que corresponda a la nuda propiedad si se justificara la transmisión de los mismos bienes a la persona indicada por el testador o por la normativa aplicable”.

En una primera lectura de ese precepto podría llegarse a la conclusión de que en el usufructo de dinero nos encontramos ante un supuesto perfectamente encuadrable en esa norma fiscal.

Sin embargo, como antes ya apuntaba, el Director General de Tributos del Gobierno de Aragón, Francisco de Asís Pozuelo Antoni, cuando se plantea la fiscalidad aplicable a este tipo de usufructos interpretando el art. 117 LRMV, excluye expresamente que se trate del conocido como “usufructo con facultad de disposición o sustento”, al que es de aplicación el citado art. 52.2 RISD. En el supuesto del art.117 LRMV, dice, “en ningún caso va a hacer suyo el usufructuario el valor del bien dispuesto”; por ello, “hacer tributar al usufructuario por el valor total del dinero, cuando no siempre existirá disposición del mismo y cuando siempre va a tener que restituir, no puede justificarse, ni siquiera por medidas cautelares, en la actual regulación del impuesto”, la aplicación del citado art. 52.1 RISD. Y concluye afirmando que, a su juicio, se trata de “un usufructo al que se le ha añadido una figura próxima al préstamo de dinero: ...un usufructo (gravable como tal) y un préstamo (sujeto y exento en ITP y AJD)”.

A mí me parece muy plausible la solución final a que llega mi amigo y colaborador POZUELO ANTONI. Sin embargo, no creo que el argumento que esgrime sea el más adecuado. Yo no veo por ningún sitio la existencia de un préstamo; no es bajo el concepto de préstamo mutuo con el que el cónyuge viudo puede hacer uso del dinero usufructuado. El préstamo es un contrato específico celebrado entre dos partes, prestamista y prestatario, ninguno de los cuales se halla en el supuesto del “cuasiusufructo” dinerario.

El derecho del cónyuge viudo a disponer del dinero no le viene dado por razón de ningún contrato celebrado con el nudo propietario, sino a virtud de una específica disposición legal.

Creo, sin embargo, que existen otros argumentos más ajustados jurídicamente, con base en los cuales es defendible el no cobro del Impuesto de Sucesiones, como propietario del dinero, al usufructuario de viudedad del mismo. A saber:

1º El principal argumento deriva, a mi juicio, de la propia naturaleza del usufructo viudal aragonés, que no es un derecho sucesorio, sino un derecho de naturaleza familiar, derivado, como efecto específico, del matrimonio. El art. 52.1 RISD está contemplando el supuesto de los usufructos adquiridos por vía sucesoria, sean los expresamente transmitidos por el causante, sean los previstos en las diferentes leyes (las legítimas viudales de los distintos ordenamientos civiles españoles). Por tanto, en modo alguno puede aplicarse a un usufructo que, reitero, es de origen familiar, efecto propio del matrimonio.

2º Un segundo argumento nace también de la propia norma fiscal. En ella, al obligar al pago del Impuesto al usufructuario como si fuera propietario, se parte de la idea implícita de que las cosas dispuestas no van a ser restituidas al nudo propietario; porque si lo son, se produce una devolución del Impuesto en la parte de esos bienes que sean restituidos al nudo propietario, porque de ellos no se ha dispuesto.

El llamado “usufructo con facultad de disposición”, que precisamente es la figura que contempla el art. 52.1 RISD, no está pensado para el dinero, sino para cosas no fun-

gibles ni consumibles. Su finalidad económico-fiscal no es otra que permitir al usufructuario disponer, de entre todos los bienes que el usufructo abarque, de aquellos que efectivamente necesite. Los no dispuestos – “los mismos bienes” precisa la norma fiscal – serán recibidos por el nudo propietario, quien sólo pagará así, a la postre, el impuesto que corresponda a lo efectivamente percibido.

Se evita de esta manera transmitir la propiedad de todos esos bienes al primer llamado (aquí, el usufructuario), como sucede en la sustitución fideicomisaria de residuo, la cual, cuando se configura, produce una doble imposición fiscal: una primera, por el pleno dominio de todos los bienes fideicomitados, con cargo al heredero fiduciario; y una segunda, por los bienes transmitidos al heredero fideicomisario, cuando los bienes restantes pasen a su favor.

3º Y en tercer lugar, queda claro, tanto en la Ley aragonesa cuanto en el Código civil, que el llamado “cuasiusufructo” dinerario es en realidad un usufructo. Si la norma positiva hubiera querido atribuir la propiedad del dinero al usufructuario, lo habría hecho (como sucede en el BGB o en el Código Civil argentino).

Por ello, también, sobra toda referencia al préstamo mutuo, el cual se diferencia precisamente del usufructo en esa transmisión de propiedad del dinero que se produce en el préstamo a favor del prestatario, por disposición legal, y en la no transmisión en el usufructo, también por disposición de la ley.

3.2.4. La práctica bancaria.

En lo que concierne a la práctica bancaria, a partir de la nueva Ley aragonesa, la actuación de los agentes de Bancos y Cajas de Ahorro tiene que cambiar radicalmente. Tal como yo aconsejo a mis clientes, creo que desde el momento en que un cónyuge viudo adquiere el usufructo del dinero del difunto (sea consorcial o privativo), las cuentas donde se encuentre depositado deben figurar bajo titularidad exclusiva del usufructuario.

Éste se convierte así en un titular formal único, ya que él solo va a poder disponer a su entera discrecionalidad de las cuentas, sin que para nada puedan intervenir los nudo propietarios mientras el usufructo exista.

Y cuando el usufructo se extinga, previa su justificación, los herederos nudo propietarios tendrán derecho a que las cuentas bancarias se titularicen a su favor.

Por eso mismo, me parece que es una mala práctica bancaria, contraria a la actual normativa aragonesa, el hecho de poner las cuentas bajo titularidad conjunta del cónyuge viudo usufructuario y de los herederos nudo propietarios. Esa cotitularidad, además de no responder en modo alguno a la vigente norma aragonesa, genera una presunción de copropiedad del dinero (que no es cierta) y ello, a su vez, el derecho a la libre disponibilidad del mismo también por los nudo propietarios, igualmente contrario a la Ley. Además de los problemas fiscales que esa presunción puede acarrear precisamente para los nudo propietarios.

3.3. A la extinción del usufructo.

3.3.1. La devolución del dinero dispuesto.

Determina el art. 117 de la Ley aragonesa que el viudo usufructuario debe proceder a la devolución del dinero gastado, en su valor actualizado, a la extinción del usufructo.

Esa extinción puede suceder por diferentes causas: renuncia del propio usufructuario, contraer el mismo nuevo matrimonio (salvo pacto en sentido contrario) o por su fallecimiento. En los dos primeros casos, inevitablemente, el viudo que haya gastado dinero usufructuado deberá proceder a su devolución con su valor actualizado. En el supuesto de fallecimiento, lo que se producirá normalmente será una confusión de derechos para los nudo propietarios que, por testamento o por ley, tengan derecho a ese dinero.

Por ello, las previsiones que hace la Ley - que los herederos del cónyuge viudo deben restituir lo gastado por éste, al tiempo de extinguirse el usufructo - sólo tendrá sentido, al fallecimiento del usufructuario, cuando tales herederos no sean hijos comunes del causante y del cónyuge viudo (por ejemplo, hijos propios del causante habidos de una relación anterior), o cuando el dinero lo haya atribuido el causante, por herencia o legado, sólo a alguno de sus hijos. En el primer caso, serán esos hijos propios del premuerto quienes tendrán derecho a reclamar de los herederos del cónyuge viudo el dinero gastado por éste. En el segundo, los herederos o legatarios del dinero, fallecido el cónyuge supérstite, tendrán derecho a reclamar del conjunto de todos los herederos el dinero dispuesto por el viudo.

Pero tratándose de matrimonio de únicas nupcias con hijos comunes, esta nueva disposición legal pone en manos del cónyuge viudo unas atribuciones que, en algunos casos, pueden resultar excesivas y dar lugar a situaciones verdaderamente injustas o, al menos, contrarias a la propia normativa aragonesa, especialmente en materia de legítimas.

En efecto, si el cónyuge viudo puede gastar todo el dinero procedente de la herencia de su difunto consorte, cuando los herederos nudo propietarios sean los propios hijos comunes de ambos, éstos podrán ver disipados sus derechos legitimarios, al menos con respecto al dinero del causante (que, en muchos casos, constituye o puede constituir todo el patrimonio hereditario).

Hablaba al comienzo de esta ponencia del valor y significado del derecho de viudedad aragonés, anticipando que en estos casos de los llamados usufructos especiales no siempre se ven aquéllos plenamente identificados con la actual normativa legal en la materia. En este caso, a diferencia de los que trataremos seguidamente, esa falta de identificación o acomodación a la estructura clásica de la viudedad se produce en beneficio (como digo, en algunos casos excesivo) del cónyuge viudo.

Un beneficio que, además, puede alterar también el propio sistema legitimario aragonés. Por la vía del usufructo del dinero puede obviarse fácilmente las atribuciones legitimarias, si la mayor parte del patrimonio hereditario está constituido por numerario y el cónyuge supérstite dispone de él libremente.

Porque piénsese, además, que la Ley aragonesa no pone limitación alguna al cónyuge viudo en lo que se refiere al acto de disposición del dinero usufructuado. Es decir, que tan válido será el gasto que el cónyuge supérstite haga, de ese dinero, para sufragar sus necesidades ordinarias - por ejemplo, alimentarse, cubrir el costo de una ayuda doméstica o el pago de una residencia -, como extraordinarias - viajar. Pero también podrá hacer uso del dinero para atenciones no personales - donaciones a otros hijos o a otras personas; incluso para adquirir bienes - inmuebles, valores, obras de arte, joyas, fondos de inversión. En estos casos, los bienes así adquiridos pasarán al patrimonio propio del cónyuge viudo, quien podrá disponer de ellos libremente (por ejemplo, por vía testa-

mentaria, a favor de sólo alguno de sus hijos o, incluso, de personas ajenas; supuesto en el que los demás hijos podrán ver burlados sus derechos legitimarios en la herencia del primer causante).

3.3.2. Actualización del valor del dinero.

El art. 117 LRMV determina que el dinero dispuesto deberá ser restituido en su valor actualizado. Una fórmula similar a la de la Ley catalana cuando habla de “devolver la cantidad de dinero *equivalente*”.

Sin embargo, ni una ni otra ley determinan con qué modulo se realizará la actualización. Lo normal es que se aplique el Índice Ponderado de Precios al Consumo (IPC). Sin embargo, ante la falta de acuerdo entre el usufructuario (o sus herederos) y los nudo propietarios, habrá de ser la Autoridad judicial quien resuelva, llenando así el vacío normativo en esta materia.

3.3.3 ¿Subrogación real?

En el usufructo con facultad de disposición, un amplio sector doctrinal afirma la entrada en funcionamiento del mecanismo de la subrogación real, por virtud del cual los bienes que el usufructuario adquiere a cambio de los usufructuados enajenados entran a sustituir a éstos. Así, por ejemplo, FONT BOIX (citado por REPRESA POLO), quien curiosamente califica a esta clase de derecho real de “cuasiusufructo sobre cosas no consumibles”.¹¹ ROCA SASTRE¹², CARRASCO PERERA¹³ y GARCÍA-BERNARDO LANDETA¹⁴, entre otros, llegan a afirmar que la subrogación real es en este tipo de usufructos un elemento natural de los mismos. Y como apostilla REPRESA POLO, “así entendida la facultad de disposición sería más bien una facultad de transformación de los bienes usufructuados y en estos términos concebida es lo que permite que pueda seguirse hablando de derecho real de usufructo”¹⁵.

Para mí tengo que la subrogación real es un mecanismo jurídico que sólo entra en juego en los casos en los que una norma positiva expresamente lo prevea. Así ocurre, por ejemplo, en el Derecho aragonés vigente en el supuesto de disposición de bienes en fiducia: conforme establece el art. 138.2 LS, en caso de enajenación de bienes sujetos a ella, “la contraprestación obtenida quedará subrogada en lugar de los bienes enajenados”.

No es el caso, desde luego, del supuesto del usufructo de dinero: ni la Ley prevé en este caso la subrogación real, ni hay términos hábiles en la norma para intentar aplicarla, puesto que, conforme dispone el propio art. 117 LRMV, en caso de que el supérstite haya dispuesto de todo o parte del dinero usufructuado, “el viudo o sus herederos habrán de restituir, al tiempo de extinguirse el usufructo, el *valor actualizado del dinero dispuesto*”; es decir, otro tanto, actualizado, del montante gastado o dispuesto.

Y, sin embargo, si, de *lege ferenda*, se introdujera en estos supuestos el mecanismo de la subrogación real, si no todos, sí al menos muchos de los problemas antes apuntados

¹¹ REPRESA POLO, M^a Patricia, *El usufructo con facultad de disposición*, Revista de Derecho Privado, Julio-Agosto, 2008, pág. 46.

¹² ROCA SASTRE, Ramón María, *El usufructo de disposición, sucedáneo del fideicomiso de residuo*, La Notaría, 1969, pág. 73

¹³ CARRASCO PERERA, Angel, *Usufructo de disposición en caso de necesidad exenta de justificación*, PJ, septiembre, 1987, 131.

¹⁴ GARCIA-BERNARDO LANDETA, Alfredo, *La subrogación real en el derecho común español*, Colegios Notariales de España, Madrid, 2000, pág. 232.

¹⁵ Ob. cit., pág. 63.

podrían quedar resueltos. Como antes señalaba, en su origen y por su propia naturaleza, el usufructo de viudedad trata de conseguir, entre otros efectos, que el cónyuge viudo disponga de unos medios económicos para su subsistencia en términos similares a cuando vivía su consorte. El llamado por algunos autores “usufructo de subsistencia”, referido al dinero del causante, no tiene otro significado que ese: que el cónyuge superviviente pueda gastar todo o parte de ese dinero para atender a sus propias necesidades.

Fuera de ello, cualquiera otra disposición que el viudo usufructuario pueda hacer del dinero, no sólo alterará la esencia y naturaleza del derecho de viudedad, sino incluso, como antes decía, el propio sistema legitimario aragonés. Si el cónyuge viudo se dedica a gastar el dinero en usufructo para, por ejemplo, adquirir bienes, incluso desviando la atribución, *inter vivos* o *mortis causa*, de los mismos en beneficio de personas distintas de los herederos nudo propietarios, con ello no está sino burlando la legítima de éstos.

Como digo, una posible fórmula que tratara de conciliar todos los intereses en juego sería la inclusión legal, para estos supuestos, de la subrogación real. Con ello, los bienes que el cónyuge usufructuario llegase a adquirir con el dinero usufructuado se subrogarían en el lugar del numerario, integrándose los mismos en el patrimonio hereditario del cónyuge premuerto.

IV.- USUFRUCTO DE FONDOS DE INVERSIÓN

1.- Introducción.

El Preámbulo de la Ley aragonesa 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad (en adelante, Lremv.) comienza afirmando que su objetivo es “desarrollar y poner al día la regulación de las relaciones patrimoniales en la familia, incluida la institución de la viudedad”.

Sin embargo, a pesar de ser un medio de ahorro muy común -especialmente en las dos últimas décadas- en los patrimonios de las personas físicas, la regulación del usufructo de los fondos de inversión supone una auténtica innovación en el Derecho aragonés pues no existe con anterioridad ninguna norma que lo haya tratado expresamente.

Antes de la promulgación de la Lremv., la confluencia de tres factores de distinta naturaleza podía hacer particularmente problemático este especial usufructo:

1.- La ausencia de regulación específica tanto aragonesa como en el Código Civil que, en su caso, pudiera aplicarse con carácter supletorio.

2.- Las características y naturaleza de los fondos de inversión acumulativos que precisan inevitablemente de su reembolso para el cobro de las plusvalías.

3.- Los criterios interpretativos contenidos en una resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado (DGRN)¹⁶ adoptados también en el ámbito fiscal en virtud de los cuales se viene atribuyendo ininterrumpidamente desde entonces solamente al nudo propietario la facultad para reembolsar.

¹⁶ Informe de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 1 de septiembre de 1995 relativo al contenido jurídico de los derechos de la nuda propiedad y usufructo en las participaciones de los fondos de inversión mobiliaria de tipo acumulativo.

Ante el vacío legal expuesto, aplicando las pautas de la DGRN, se podía llegar fácilmente a un resultado absolutamente injusto para el viudo si su derecho se extinguía antes de que el nudo propietario hiciera uso de su -exclusiva- facultad de reembolso: la inoperancia del usufructo, con independencia de que, incluso, hubiera llegado a producir plusvalías.

El legislador aragonés, consciente de esta situación, establece una normativa específica que acaba con este panorama de inseguridad jurídica y ofrece la protección que precisaba en estos casos el viudo usufructuario. La regulación se recoge en la Lremv. en su art. 118, ubicado en el Título V (“De la viudedad”), Capítulo 3º (“Usufructo viudal”). Este precepto contiene reglas que intentan conciliar al máximo los intereses concurrentes y, en muchos casos, contrapuestos de nudo propietario y usufructuario, ofreciendo soluciones equitativas que tienen como finalidad última impedir que la figura quede vacía de contenido.

El interés principal de esta exposición es el estudio y análisis de este artículo 118 Lremv. Realizaremos previamente un acercamiento a la naturaleza y características de estos productos financieros, para pasar después al examen concreto del precepto y concluir con unas consideraciones finales acerca de su aplicación y alcance práctico.

Paralelamente, se pretende también ofrecer una respuesta al interrogante de si la regulación resulta adecuada y suficiente para conseguir de modo efectivo la armonización de los intereses concurrentes y la protección del usufructuario que informan su *ratio legis* o si, por el contrario, resulta inevitable acudir para ello, con mayor o menor amplitud, a la autonomía de la voluntad.

2.- Normativa, concepto y clases de fondos de inversión.

La regulación de la materia relativa a los fondos de inversión es muy amplia y está dispersa en normas de variada jerarquía pero, básicamente, y por lo que respecta al tema que nos ocupa, deberemos tener presente la Ley 35/2003 de 4 de noviembre de Instituciones de Inversión Colectiva (LIIC) y el Real Decreto 1309/2005 de 4 de noviembre (RIIC) que la desarrolla y complementa.

El artículo 3 de la LIIC contiene el concepto de fondos de inversión a los que define como “Instituciones de Inversión Colectiva (IIC) configuradas como patrimonios separados sin personalidad jurídica pertenecientes a una pluralidad de inversores, incluidos entre ellos otras IIC, cuya gestión y representación corresponde a una sociedad gestora, que ejerce las facultades de dominio sin ser propietaria del fondo, con el concurso de un depositario, y cuyo objeto es la captación de fondos, bienes o derechos del público para gestionarlos e invertirlos en bienes, derechos, valores u otros instrumentos, financieros o no, siempre que el rendimiento del inversor se establezca en función de los resultados colectivos”¹⁷.

¹⁷ En igual sentido vid. art 2.1 RIIC.

Los fondos de inversión deben de incluir por ley, en sus reglamentos, tanto la política de inversión que van a seguir como la estrategia a utilizar, es decir, no sólo deben concretar el mercado/s en los que puede invertir el fondo entre todos aquellos permitidos por la normativa sobre IIC sino que también debe definir una serie de límites tanto de liquidez y diversificación del riesgo acompañados de transparencia en la información (art. 23 LIIC). La finalidad de estas restricciones es permitir que el partícipe conozca de antemano la composición de la cartera de sus fondos, para que sepa de este modo cómo se va a gestionar su inversión y los factores de riesgo a los que va a estar sometida.

La manera de entrar en un fondo es comprar una participación. Las participaciones son las partes alícuotas en las que se divide el patrimonio de los fondos (art. 7.1 LIIC). El valor oficial de la participación se denomina valor liquidativo y lo calcula la Sociedad Gestora, normalmente, con periodicidad diaria. Consiste en el resultado del cociente entre el valor patrimonial total y el número de participaciones en circulación (art. 7.2 LICC). Este valor liquidativo sube y baja, por lo que el inversor gana -o pierde temporalmente- en función de la aportación realizada según la rentabilidad que se vaya adquiriendo, yendo esta última directamente vinculada al comportamiento de los activos de la cartera en los que el fondo invierta.

La Sociedad Gestora es quien administra el fondo y decide la política de inversiones. Está controlada por la Entidad Depositaria que custodia, además, los activos de la cartera. La actuación de ambas deberá ajustarse siempre a lo estipulado en el reglamento del fondo, que contendrá las normas de gestión del patrimonio de éste integrado básicamente por valores mobiliarios, activos financieros y efectivo.

La constitución del fondo se hará mediante la efectiva puesta en común de los bienes que integren dicho patrimonio, y podrá formalizarse en escritura pública en la que, junto al reglamento, aparecerán características y denominación, objeto, y nombre y domicilio de Gestora y Depositario (arts. 4 LIIC y 9 RIIC).

Existen diferentes clasificaciones de fondos¹⁸. La Lremv. hace referencia en el art. 118 Lremv. a los *acumulativos*. Estos fondos, también denominados de capitalización o crecimiento, son aquellos en los que el valor de la participación va oscilando diariamente recogiendo el incremento o la reducción, en su caso, de la rentabilidad. Por oposición a ellos, los fondos *de reparto* son los que distribuyen dividendos o beneficios con cierta periodicidad (diaria, mensual, etc.)

En nuestro país, la inmensa mayoría de los fondos acumulan beneficios pues los de reparto tienen peor tratamiento fiscal. Los fondos acumulativos no generan propiamente rendimientos o intereses sino que, simplemente, alteran su valor, con lo que no es posible otra interpretación distinta a considerar que el usufructuario tiene derecho al aumento de valor de la participación durante el período que dure el usufructo en tanto que no existe en nuestro ordenamiento el concepto de fruto negativo.

El hecho imponible se produce con el reembolso total o parcial del fondo ya que solamente en ese momento se ponen efectivamente de manifiesto las plusvalías. Tributarán, una vez reembolsadas, como incremento o disminución patrimonial, calculándose el beneficio o pérdida por la diferencia entre el precio de venta y el de compra¹⁹.

En los fondos de reparto, los dividendos periódicos distribuidos a los partícipes se incorporan al impuesto en el mismo ejercicio en que se hayan producido, tributando como rendimientos del capital mobiliario.

¹⁸ Sobre los elementos básicos de un fondo de inversión y las diferentes clasificaciones de éstos vid., en extenso, BIESA HERNANDEZ, M., "Usufructo de fondos de inversión en la Ley aragonesa 2/2003 de 12 de febrero de régimen económico matrimonial y viudedad", RDCA, IX-X, 2003-2004, pp. 63 a 66; consultable igualmente en *Cuadernos Lacruz Berdejo*, nº 1, 2004, <http://www.derecho-aragonés.net/cuadernos/document.php?id=162>.

¹⁹ Así se establece en el artículo 94 de la ley 35/2006 del I.R.P.F vigente. Sobre las repercusiones fiscales del usufructo de fondos consúltese apartado número 6.

"*Usufructus est ius alienis rebus utendi et fruendi salva rerum substantia*", es la definición del Derecho romano, atribuida a Paulo y contenida en el Digesto (D. 7, 1, 1), cfr. Iglesias, J., *Derecho romano. Instituciones de Derecho Privado*, Editorial Ariel, Barcelona, 1987, p. 355.

3.- Panorama anterior a la promulgación de la Ley de Régimen matrimonial y viudedad.

3.1.- La regulación del usufructo en el Código Civil y los fondos de inversión acumulativos.

El derecho de usufructo está regulado con carácter general en el Código Civil (en adelante, CC.) en sus artículos 467 a 470. El art. 467 lo configura como un derecho real en cosa ajena que faculta al usufructuario a usar (*ius utendi*) y disfrutar (*ius fruendi*) de la cosa usufructuada, con la obligación de conservar su forma y sustancia (*salva rerum substantia*), a no ser que el título de constitución o la ley autoricen otra cosa. Estamos, por tanto, ante una regulación de carácter no imperativo que entrará en juego en defecto o insuficiencia de dicho título²⁰.

No existe en el CC. normativa alguna que descienda a regular todas las especificidades que puede presentar un usufructo de fondos de inversión. Si extrapolamos el régimen general del Código a los fondos de inversión acumulativos, el usufructo de sus participaciones será una situación en la que la plena propiedad se desdobra, por un lado, en nuda propiedad, conllevando el control sobre el destino de la inversión y, por otro, en usufructo, dando derecho a los beneficios obtenidos por el fondo durante el tiempo que aquél exista.

Se da, en consecuencia, un entramado de derechos, facultades y obligaciones de carácter básicamente económico que vincula a los dos protagonistas de la relación de usufructo y que recae sobre el montante acumulado en la participación del fondo en el momento de su constitución.

Lo que es inherente y consustancial al usufructo es la posibilidad real del disfrute del bien ajeno. Sin embargo, el problema básico que se puede plantear si se constituye un usufructo sobre fondos acumulativos en este contexto legal es que ese *ius fruendi* sobre los intereses acumulativos del capital invertido (fruto) que, por propia definición, va implícito en los derechos de cualquier usufructuario, puede quedar absolutamente vacío de contenido si no existe reembolso del fondo en un momento anterior a la extinción del usufructo. Este resultado no solamente obedece a que al tratarse de intereses acumulativos no pueden hacer efectivos hasta que se produzca la desinversión sino también a que el reembolso únicamente puede ser solicitado por el nudo propietario, al pertenecerle el control de la colocación del dinero objeto del usufructo.

3.2.- El informe de 1 de septiembre de 1995 de la DGRN en la resolución de la Dirección General de Tributos 1628/96, de 16 de mayo de 1996 y la Ley catalana 13/2000, de 20 de noviembre reguladora de los derechos de usufructo, uso y habitación.

Este peculiar usufructo ha carecido de regulación sustantiva específica hasta el año 2000, cuando se aprueba la Ley catalana 13/2000, de 20 de noviembre de regulación de los derechos de usufructo, uso y habitación, derogada posteriormente por Ley 5/2006,

²⁰ Así se deduce igualmente de los artículos 468 y 470 CC.:

Art. 468.- El usufructo se constituye por la ley, por la voluntad de los particulares manifestada en actos entre vivos o en última voluntad y por prescripción.

Art. 470.- Los derechos y las obligaciones del usufructuario serán los que determine el título constitutivo del usufructo; en su defecto, o por insuficiencia de éste, se observarán las disposiciones contenidas en las dos secciones siguientes.

de 10 de mayo del Libro Quinto del Código Civil de Cataluña relativo a los derechos reales, hoy vigente²¹.

Hasta ese momento, debe destacarse en relación con este tema una resolución de la Dirección General de Tributos (DGT) de 16 de mayo de 1996 que recoge como base jurídica de la solución fiscal que adopta en relación a la consideración de las plusvalías obtenidas por un usufructuario de fondos de inversión acumulativos un revelador informe emitido por la DGRN a instancia de aquel Centro directivo en el cual, partiendo de la inexistencia de regulación específica, trataba de ajustar al usufructo de fondos de inversión acumulativos principios que consideraba extrapolables de algunas normas especiales del usufructo del Cc.

Tanto en el citado informe como en la ley catalana se llega a la misma conclusión respecto a la facultad del reembolso: el único que puede solicitarlo es el nudo propietario en tanto que sólo él ostenta la condición de partícipe. Ni uno ni otra dan una solución a la posibilidad de que el usufructuario pueda permanecer a lo largo de toda la duración del usufructo sin percibir cantidad alguna por su derecho sobre las participaciones en estos fondos.

Siguiendo las líneas del informe de la DGRN a que venimos aludiendo, la DGT entiende que el usufructo de participaciones en fondos acumulativos no atribuye a su titular derechos económicos inmediatos, ni constante el usufructo ni siquiera con la extinción del mismo sino que solamente surgirán al reembolsarlos²².

²¹ La regulación del usufructo de fondos se encuentra en los artículos 561-34, 561-35, 561-36 y 561-37 del Cc. catalán.

En igual sentido, ver, entre otras, resolución 1626/98 de 8 de octubre de 1998, 1924/00 de 30 de octubre de 2000 y 990/01 de 24 de mayo de 2001.

²² Como apunta AGUSTÍN TORRES, este usufructo sin contenido económico inmediato puede estimarse establecido bajo la condición suspensiva del reembolso de las participaciones sobre que recae, cfr. AGUSTÍN TORRES, C., "Transmisiones mortis causa del derecho de usufructo sobre acciones y participaciones sociales y de fondos de inversión mobiliaria de carácter acumulativo. Su alcance sustantivo y fiscal", *RJC*, 2000, nº 2, p. 52.

Cfr. AGUSTÍN TORRES, C., "Transmisiones mortis causa del derecho de usufructo sobre acciones y participaciones sociales y de fondos de inversión mobiliaria de carácter acumulativo...", op. cit., p. 43. Ver igualmente del mismo autor "Usufructo sobre participaciones en fondos de inversión. Ley catalana 13/2000 de 20 de noviembre", *RJC*, 2002, nº 1, p. 16.

La posibilidad de esperar a la extinción del usufructo o al reembolso, si es anterior a aquél, aparecía regulada en el art. 30 de la Ley 13/2000, apartados 1º y 2º:

Art. 30.- Derechos del usufructuario

1.- En el usufructo de participaciones de fondos de inversión de carácter acumulativo, el usufructuario tiene derecho a los rendimientos positivos que produzcan aquéllas, entendidos como la diferencia positiva de valor entre las participaciones en la fecha en que se constituye el usufructo y el valor de las mismas participaciones en la fecha de extinción del usufructo o la fecha de reembolso si éste se produce antes de la extinción del usufructo.

2.- El usufructuario debe percibir los rendimientos a que tiene derecho, en pleno dominio y como frutos civiles, el día del reembolso. El mero hecho de extinguirse el usufructo no determina el derecho a reclamar el pago de los rendimientos.

En el Cc. catalán hoy vigente, esta opción aparece en el art. 561-36, apartados 1º y 2º, con una redacción muy similar:

Art. 561-36.- Derechos de los usufructuarios.

1.- Los usufructuarios de participaciones en fondos de inversión de carácter acumulativo tienen derecho a las eventuales plusvalías producidas entre la fecha de constitución del derecho y la fecha de extinción o la de reembolso si éste se solicita antes de la extinción del usufructo.

2.- Los usufructuarios tienen derecho a las eventuales plusvalías en el momento en que se extingue el usufructo pero sólo podrán solicitar su pago cuando se produzca el reembolso.

La regulación de este rendimiento presunto estaba contenida en el art. 30.5º de la Ley 13/2000:

Art. 30.- Derechos del usufructuario

La consecuencia inevitable que se deriva de la aplicación de esta interpretación es que si el nudo propietario difiere a su conveniencia el reembolso hasta después de la extinción del usufructo, vitalicio o temporal, habrá podido eludir e incluso eliminar todos los derechos económicos del usufructuario.

La Ley catalana 13/2000 busca superar este problema de graves consecuencias, siendo la primera en España que intenta reconocer y regular los derechos del usufructuario olvidados tanto por la DGT como por la DGRN.

Esta norma presentaba una regulación exhaustiva y muy detallada que daba una doble opción al usufructuario: esperar a la extinción del usufructo o al reembolso, en su caso, si éste fuera anterior a aquél, para cobrarse esas eventuales plusvalías que pueda producir el fondo -con lo cual se seguía dejando abierta la posibilidad de que el usufructuario no disfrutara de su derecho- u optar por lo que la ley denominaba "*rendimiento presunto*", calculado sobre el valor que tuviesen las participaciones en la fecha de constitución del usufructo, aplicándosele el interés legal del dinero incrementado en dos puntos, y sin derecho, en ese caso, a las plusvalías.

Con este régimen especial del "*rendimiento presunto*" se concedía una importante protección al usufructuario puesto que, de optar por él, resultaba irrelevante que el nudo propietario solicitara o no el reembolso para asegurarse por este cauce un fruto, al menos, mínimo.

Sin embargo, este sistema tenía como grave inconveniente el que podía volverse en contra del nudo propietario si por circunstancias económicas descendía el valor de las participaciones, pues tenía que seguir satisfaciendo al usufructuario esos rendimientos establecidos con anterioridad calculados en base a un valor superior del fondo.

Este problema queda suavizado, en parte, con la regulación actual del CC. catalán cuyo art. 561-36.5º sustituye el mencionado "*rendimiento presunto*" por un rendimiento equivalente al de un usufructo de dinero por un capital igual al valor del fondo en el momento de optar por él, para lo cual concede un plazo de seis meses a contar desde la aceptación de la herencia²³.

Aunque el fondo pierda valor, el rendimiento de un usufructo de dinero será el interés que dé el depositado en libretas y cuentas de ahorro a la vista que, en cualquier caso,

²² 5.- Salvo disposición contraria del testador, el usufructuario puede optar por percibir los rendimientos del usufructo de acuerdo con lo establecido en los apartados 1 y 2 o por renunciar a dichos rendimientos a cambio de obtener del nudo propietario un rendimiento presunto equivalente al interés legal del dinero incrementado en dos puntos sobre el valor de las participaciones en la fecha de constitución del usufructo.

AGUSTÍN TORRES opinaba que esta posibilidad del rendimiento presunto era una importante ventaja a favor del usufructuario que simplificaba problemas pero que tal vez resultaba excesiva al poder convertir el usufructuario, con su sola decisión, la participación usufructuada en un valor de renta fija cuando la esencia de las participaciones de los fondos de inversión acumulativos parece centrada en la renta variable. Por ello se decantaba por eliminar esta facultad para el usufructuario o bien modalizarla o limitarla concretándola al interés legal del dinero, cfr. AGUSTÍN TORRES, C., "Usufructo sobre participaciones en fondos de inversión. Ley catalana 13/2000 de 20 de noviembre", op. cit, pp. 23 y 33. En igual sentido se pronunciaba PIÑEL LOPEZ quien, aunque reconocía que era una solución ingeniosa para evitar que el usufructo quedase vacío de contenido, la encontraba carente de rigor técnico, identificándola con una especie de "contenido a la carta" del usufructo. Vid. al respecto PIÑEL LOPEZ, E., "El usufructo de participaciones de fondos de inversión mobiliaria", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo XLII, año 2004, pp. 168, 169 y 177.

²³ El tenor literal del art. 561-36.5º del Cc. catalán es el siguiente:

Los usufructuarios que lo son por disposición testamentaria, salvo disposición contraria de los testadores, y los que lo son por sucesión intestada pueden optar por percibir las plusvalías del usufructo de acuerdo con lo establecido en los apartados 1 y 2 o por exigir a los nudo propietarios que les garanticen un rendimiento equivalente al de un usufructo de dinero por un capital igual al valor del fondo en el momento de ejercer la opción. Los usufructuarios deben notificar su opción a los nudo propietarios en el plazo de seis meses desde la aceptación de la herencia. Si no lo hacen, se aplican las reglas generales de los apartados 1 y 2.

siempre resultará inferior al legal incrementado en dos puntos de la anterior regulación²⁴.

4.- El usufructo vidual sobre fondos de inversión en la Lremv.

4.1.- El carácter civil de la Ley. Prelación de fuentes.

La Lremv. es una ley sobre Derecho privado aragonés dictada por las Cortes de Aragón en ejercicio de las competencias reconocidas en el 149.1.8º de la Constitución y del art. 35.1.4º del Estatuto de Autonomía entonces vigente. En consecuencia, y por lo que respecta a nuestra materia, se trata de una regulación que aborda exclusivamente cuestiones civiles y estrictamente relacionadas con las *relaciones internas* entre nudo propietario y usufructuario.

Todo lo relativo a las Sociedades Gestora y Depositaria y a las *relaciones externas* entre partícipes y estas últimas se regirá por la normativa legal estatal de los fondos de inversión y por los reglamentos específicos de éstos.

Por último, en lo relativo a tributación, deberá tenerse en cuenta la normativa fiscal.

Deberá tenerse presente, por tanto, que nos movemos en diferentes esferas normativas cuya aplicación no vendrá determinada por criterios de jerarquía sino por razón de la materia y cuyos criterios no serán siempre coincidentes.

Cuando estemos ante un usufructo de fondos de inversión regido por norma aragonesa, el orden de prelación de fuentes civiles aplicable como consecuencia de la interacción de los artículos 3 (*Principio de libertad de regulación*) y 90.1 (*Pactos*) Lremv. será el siguiente:

1.- Voluntad de las partes.

Regulación establecida por título constitutivo o por pacto entre usufructuario y nudo propietario y posteriores modificaciones, en su caso.

²⁴ Nótese que el usufructuario no lo es de un usufructo de dinero sino un acreedor de un rendimiento equivalente a aquél que debe garantizar el nudo propietario. No obstante, como advierte AGUSTIN TORRES, la falta de precisión de esta norma podrá hacer surgir conflictos de valoración que, a falta de acuerdo entre las partes, deberán resolverse judicialmente, cfr. AGUSTIN TORRES, C., "El usufructo de dinero y de participaciones en fondos de inversión y en otros instrumentos de inversión colectiva", *La codificación de los derechos reales en Cataluña*, Materiales de las decimocuartas jornadas de Derecho catalán en Tossa, 21 y 22 de septiembre de 2006, Universidad de Gerona, Gerona, 2007, pp. 203, 206, 207 y 210.

Debe tenerse en cuenta, tal y como se refleja en el apartado I de la Exposición de Motivos, que la voluntad del legislador de la Lremv. ha sido construir normas propias junto con un sistema cuyos principios sean siempre preferentes a los del Cc., de tal modo que sólo se tenga que recurrir a él en el sentido del art. 1.1 Comp. aragonesa es decir, en defecto de normas aragonesas y de acuerdo con los principios que las informan.

Como apunta BAYOD LOPEZ al analizar esta cuestión, el Cc. se deberá aplicar cuando la institución esté prevista en el ordenamiento jurídico aragonés y su regulación presente deficiencias. Será preciso previamente constatar la existencia de una laguna en nuestro ordenamiento, de manera que ensayando previamente la autointegración de la misma a través del recurso a la analogía y a los principios generales que lo informan no encontremos solución al caso, cfr. BAYOD LOPEZ, C., "Aplicación del Código Civil como Derecho supletorio al régimen económico matrimonial aragonés", *Actas de los octavos encuentros del foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1999, p. 78 e, igualmente, en "El art. 149.3 CE: la supletoriedad del Código Civil como derecho estatal respecto de los derechos civiles autonómicos (en particular, el Derecho Civil Aragonés)", *RDCA*, V, nº 2, 1999, p. 124.

De cualquier modo, la aplicación en esta materia del Cc. será escasa, ante la ausencia de normas concretas que contemplen las peculiaridades del usufructo que nos ocupa, centrándose en aspectos tangenciales. Y así, por ejemplo, ante la ausencia de regulación expresa en la Lremv., resultaría de aplicación, salvo previsión en contrario, el plazo de prescripción de 5 años que el artículo 1966.3º establece para el ejercicio de las acciones para exigir el cumplimiento de las obligaciones que deban hacerse por años o por plazos más breves a la solicitud por parte del usufructuario al nudo propietario del cobro de las plusvalías que le corresponden tras el reembolso total del fondo.

2.- Normativa de la Lremv.

Serán aplicables tanto el art. 118 relativo al usufructo de fondos como el 117 relativo al usufructo de dinero por remisión específica del apartado 3º del 118, así como toda la normativa general de la viudedad del título V.

3.- Código Civil.

Por último, será de aplicación el Código Civil en tanto que Derecho supletorio del Estado.

Estamos, en consecuencia, ante una regulación de carácter dispositivo, siendo posible una regulación voluntaria con los límites del *standum est chartae* (art. 3.1 Lremv.) y los derivados del sistema legitimario²⁵ en los supuestos en los que se establezca mediante testamento o pacto sucesorio.

Por último, en relación a la interpretación tanto de las cláusulas contractuales como testamentarias relativas a la viudedad deberá tenerse presente el principio aragonés del *favor viduitatis* (art. 90.3 Lremv.), en virtud del cual, en caso de duda, se entenderán siempre en sentido favorable a la misma, dando preferencia al derecho del viudo. En cualquier caso, en los supuestos de disposición no paccionada, la regulación adoptada no podrá ser más restrictiva para el viudo que el propio régimen legal.

4.2.- Examen del artículo 118 Lremv.

El artículo 118 Lremv. dispone:

Usufructo de fondos de inversión

1.- En los productos financieros cuya rentabilidad consiste en la plusvalía obtenida al tiempo de su reembolso, como los fondos de inversión acumulativos, corresponde al viudo la diferencia positiva entre el importe actualizado de su valor al comienzo del usufructo y el que tengan al producirse el reembolso o extinguirse el usufructo.

2.- La facultad de exigir el reembolso corresponde al nudo propietario. No obstante, el usufructuario podrá disponer con periodicidad anual de aquellas participaciones del fondo que sean equivalentes al importe que le corresponde conforme el apartado anterior, haciendo suya definitivamente la cantidad obtenida.

3.- Obtenido el reembolso por el nudo propietario y a falta de acuerdo con el usufructuario para la reinversión, se aplicarán, desde ese momento, las reglas del usufructo de dinero a la parte del importe obtenido que no corresponda al viudo.

Será de aplicación inmediata, en virtud de la Disposición Transitoria 1ª, “*cualquiera que fuere la fecha de celebración del matrimonio o de inicio del usufructo viudal*”. Por tanto, regulará, desde la fecha de la entrada en vigor de la Lremv. (23 de abril del 2003, según

²⁵ Cfr. MERINO HERNANDEZ, J. L., “Usufructo viudal”, *Manual de Derecho matrimonial aragonés*, coordinado por José Luis Merino Hernández, Los Fueros, Zaragoza, 2007, p. 380.

El apartado 3º del art. 90 Lremv. establece, a estos efectos, lo siguiente:

Art. 90.- Pactos

3.- Las cláusulas contractuales y testamentarias relativas a la viudedad se entenderán siempre en el sentido más favorable a la misma.

Con igual redacción aparecía en el derogado 75.2º de la Comp. aragonesa. Sobre su contenido y alcance interpretativo vid. SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., “Comentario al art. 75 Comp. aragonesa”, *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, T. II, dirigidos por Jose Luis Lacruz Berdejo y Jesús Delgado Echeverría, Diputación General de Aragón, Zaragoza, 1993, pp. 697 a 701; LATORRE MARTINEZ DE BAROJA, E., “Comentario al art. 75 Comp. aragonesa”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Manuel Albadalejo, Tomo XXXIII, volumen 2º, Edersa, Madrid, pp. 316 y 317.

la Disposición Final 3ª), tanto los usufructos ya causados con anterioridad como los que se constituyan a partir de dicha fecha.

Seguidamente, se va a analizar el contenido de cada párrafo.

4.2.1.- Objeto de la regulación.

El párrafo 1º del art. 118 Lremv. comienza haciendo referencia a *“los productos financieros cuya rentabilidad consiste en una plusvalía obtenida al tiempo del reembolso, como los fondos de inversión acumulativos (...)”*.

Atendiendo a la redacción literal del precepto podemos afirmar que, al menos en apariencia, existe una discordancia entre el título del art. 118, que reza con carácter general *“Usufructo de fondos de inversión”*, y su apartado primero, pues este último hace referencia a los *“productos financieros cuya rentabilidad consiste en una plusvalía obtenida al tiempo de reembolso, como los fondos de inversión acumulativos”*. Inicialmente, parece como si estuviera destinado a todos los fondos de inversión para luego quedar limitado a los acumulativos como ejemplo representativo de productos financieros en los que la rentabilidad se identifica con la plusvalía obtenida al reembolso.

La *voluntas legislatoris* fue contemplar, exclusivamente, productos financieros con una rentabilidad como la descrita a la que, actualmente, los fondos de inversión acumulativos responden perfectamente.

Ahora bien, el legislador aragonés, con una sensata visión de futuro consecuente con la rapidez de los cambios en el sector bancario, rehúye premeditadamente de regulaciones detalladas que puedan dejar fuera del ámbito de aplicación del precepto posteriores formas de inversión que participen igualmente de dicha rentabilidad.

El objetivo es dotarle de una cierta vocación de permanencia que pueda dar cobijo a productos financieros venideros que cumplan también con este requisito²⁶. Así lo recoge expresamente el apartado XIII del Preámbulo al señalar que el precepto contiene *“reglas de suficiente amplitud con la intención de que puedan ser aplicables flexiblemente a productos que evolucionan con gran rapidez”*.

Dentro del amplísimo abanico actual de productos financieros, si nos centramos en los que su rentabilidad sea como la mencionada, deberemos referirnos a fondos de inversión acumulativos²⁷. Pero no habrá que perder de vista que existen otros productos en los que, al menos en parte, su rentabilidad es igualmente una plusvalía al tiempo del

²⁶ En la fase de elaboración del precepto, esta cuestión fue objeto de un amplio debate entre los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil. Aunque hubo acuerdo en limitar la regulación a los fondos de inversión de carácter acumulativo se discutieron dos fórmulas distintas de redacción: una, más rígida, propuesta por José García Almanzor, que consistía en no hablar de productos financieros como los fondos de inversión sino directamente de éstos y dejar que, en su caso, pudiera operar la aplicación analógica; y otra, más amplia, defendida por José Luis Batalla Carilla y Jesús Martínez-Cortés, que se decantaba por la conveniencia de mencionar los productos financieros como los fondos de inversión, siempre que su rentabilidad consistiera en la plusvalía, para no dejar fuera a productos muy similares.

Tras someterse a votación ambas propuestas, la segunda salió por mayoría y fue la que, finalmente, pasó a la versión definitiva del artículo, cfr. *“Acta de la sesión de veinte de febrero de 2002 (Acta 148)”*, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil*, Diputación General de Aragón, pp. 3 y 4.

²⁷ Vid., en igual sentido, SANCHEZ GARCÍA: *“Si unimos esa inclinación de la norma por una fórmula abierta con su propio contenido, nos resulta preferible entender como intencionadamente dirigido a los fondos de inversión (por el título del precepto, por la referencia a la remuneración por reembolso, por la alusión a fondos acumulativos) pero con posibilidad de extensión a aquéllas fórmulas financieras que el genio creador propio de estos mercados pueda inventar en el futuro, antes que interpretar la norma como aplicable a cualquier activo financiero y de modo inequívoco a los fondos de inversión”* (el subrayado es mío), SANCHEZ GARCÍA, Mº del C., *“Usufructo de fondos de inversión en la ley de régimen económico matrimonial y viudedad”*, RDCA, XI-XII, 2005-2006, p. 177 (=Cuadernos Lacruz Berdejo, nº 2, 2005, [http://www.derecho-aragonés.net/cuadernos /document.php?id=323](http://www.derecho-aragonés.net/cuadernos/document.php?id=323))

reembolso así como que nos encontramos en un campo con una fortísima competencia y en constante evolución.

En cualquier caso, aunque el legislador haya optado por una fórmula amplia, el elemento decisivo para la aplicación del precepto será que la rentabilidad del producto consista única o principalmente en una plusvalía obtenida al reembolso²⁷, de la que se pueda derivar un potencial perjuicio para el viudo si el usufructo se extingue antes de que el nudo propietario efectúe aquél. Solamente así la norma resulta coherente con la posibilidad otorgada al usufructuario en su apartado 2º de disponer anualmente de las participaciones equivalentes a la rentabilidad que legalmente le corresponde.

En situaciones dudosas, será importante la aplicación del principio aragonés del “*favor viduitatis*” (art. 90.3 Lremv.) de cara a nuevos productos financieros que, a buen seguro, irán surgiendo en un futuro no muy lejano. En mi opinión, bastaría con que una parte mayoritaria de los mismos produjera rendimientos que se fueran reinvertiendo sucesivamente, acumulándose a los anteriores, y fuera posible algún tipo de reembolso, para que pudieran aplicarse sin problemas las reglas del 118.

4.2.2.- *Atribución de las plusvalías al viudo.*

El art. 118.1 Lremv., *in fine*, atribuye directamente al viudo las diferencias positivas que puedan generarse entre el importe actualizado del valor del fondo al inicio del usu-

²⁷ En los debates de la Comisión Aragonesa, Ricardo Giménez Martín recordó expresamente que hay fondos de inversión mixtos en los que la plusvalía no es la única rentabilidad. El apartado 5 de su propuesta de 9 de febrero de 2002 -que finalmente se adoptaría como texto de la ponencia sobre el que se centrarían las deliberaciones posteriores de los miembros de la Comisión- delimitaba el ámbito de aplicación de la regulación refiriéndola a los “fondos y productos financieros cuyos beneficios se difieran al momento de su disposición”.

En esta misma línea, Adolfo Calatayud Sierra, en la enmienda que redactó al texto inicial de dicha ponencia, proponía directamente limitar el precepto a aquéllos “productos financieros cuya *única* rentabilidad consiste en la plusvalía que se obtiene en el momento de la transmisión, como los fondos de inversión (...)”.

Se debatió sobre la conveniencia de añadir que la plusvalía había de ser la rentabilidad *única o principal* de los fondos o productos financieros. Calatayud estimaba también conveniente introducir exclusiones expresas, como las acciones.

Sin embargo, finalmente, la técnica de las exclusiones se estimó peligrosa considerándose que, excluidos unos, los demás pueden interpretarse incluidos y la variedad de productos es enorme. Se llega a la conclusión de que sería como abrir excesivamente la fórmula aprobada, lo cual no se desea. José Antonio Serrano García y Javier Sancho-Arroyo y López Rioboo defienden dejar el texto como está, sin añadir nada sobre la rentabilidad ni exclusiones expresas, decisión que, tras ser votada, saldría refrendada por mayoría, cfr. “Acta de la sesión de veinte de febrero de 2002 (Acta 148)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil*, op. cit., pp. 3 y 8.

²⁸ En el seno de la Comisión Aragonesa se insiste en que los productos financieros son cada día más sofisticados y cambiantes (acciones, fondos de inversión, seguros, planes de ahorro, fondos de pensiones, obligaciones, opciones, etc.) por lo que no se pretende abarcar toda la realidad financiera actual y futura. Pensar que la regulación pueda ser aplicable a acciones, obligaciones, opciones y otros productos financieros parece claramente desproporcionado. Hay acuerdo en que hay que limitar la regulación sólo a algunos casos, los más típicos y evidentes en los que *la plusvalía es la característica única o principal de su rentabilidad* (el subrayado es mío), cfr. “Acta de la sesión de veinte de febrero de 2002 (Acta 148)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil*, op. cit., pp. 3 y 4.

Obsérvese que aunque finalmente se decidió no añadir ninguna puntualización sobre la rentabilidad en aras de la futura permanencia del precepto, el deseo del legislador fue centrar la regulación en productos en los que la obtención de su principal plusvalía pasa, inexcusablemente, por una operación de reembolso.

Así ocurre igualmente en el artículo 561-34 del Cc. catalán:

Art. 561-34.- *El usufructo en participaciones en fondos de inversión.*

1.- Los usufructuarios, en el usufructo de participaciones en fondos de inversión, tienen derecho a las plusvalías eventuales desde que se constituye el derecho hasta que se extingue.

Sin embargo, a diferencia de la Lremv., recoge expresamente en el apartado 2º de este mismo precepto, la exclusión de cualquier responsabilidad del usufructuario para con el nudo propietario respecto a posibles valores negativos que se puedan producir:

2.- Las minusvalías eventuales no generan obligaciones de los usufructuarios hacia los nudos propietarios.

fructo y el que tenga en el momento de su extinción o en el reembolso de aquél, en su caso: “(...) corresponde al viudo la diferencia positiva entre el importe actualizado de su valor al comienzo del usufructo y el que tengan al producirse el reembolso o extinguirse el usufructo”.

Cuantifica, por tanto, la revalorización que corresponde al usufructuario durante el período de permanencia en el fondo e indica el modo de efectuar su cálculo

Adviértase que se mencionan sólo diferencias *positivas*. Quedan descartados para el viudo los eventuales valores negativos que se pudieran producir, teniéndolos que asumir, en consecuencia, el nudo propietario²⁹.

4.2.3.- La facultad de reembolso.

El párrafo 2º regula la legitimación para efectuar el reembolso del fondo objeto del usufructo.

Primeramente, este apartado dispone que la facultad de exigirlo es del nudo propietario (“La facultad de exigir el reembolso corresponde al nudo propietario”)

En consecuencia, y siempre salvo pacto en contrario, pues no debe olvidarse el carácter dispositivo de la norma, solamente el nudo propietario podrá exigir el reembolso, ya sea total o parcial.

Hasta aquí, el precepto coincide con los criterios de la DGRN asumidos en el ámbito fiscal descritos *supra* así como con la regulación catalana.

La nota diferenciadora de la legislación aragonesa radica en la frase siguiente de este mismo párrafo: “No obstante, el usufructuario podrá disponer con periodicidad anual de aquellas participaciones del fondo que sean equivalentes al importe que le corresponde conforme al apartado anterior, haciendo suya definitivamente la cantidad así obtenida”.

Para evitar que el usufructuario se quede sin percibir rendimientos en el hipotético caso de una extinción del usufructo previa al reembolso, el legislador aragonés le concede la facultad de disponer aquellas participaciones del fondo equivalentes a su revalorización calculada según se establece en el apartado 1º del precepto. Es decir, con independencia de que la facultad de reembolso sea del nudo propietario, se le da la posibilidad al usufructuario de cobrarse las plusvalías que le correspondan en las participaciones del fondo³⁰.

²⁹ Varios de los textos propuestos en los debates de la Comisión Aragonesa determinaban expresamente la asunción de los resultados negativos del fondo por parte del nudo propietario, proponiéndose incluso en algunos de ellos la compensación de resultados negativos y positivos para los casos en los que el usufructo recaiga sobre varios fondos. Finalmente, la mayoría es partidaria de no decir nada en esta cuestión porque al haber atribuido al nudo propietario la disposición del fondo esa facultad le compensa de su obligación de soportar los resultados negativos. El riesgo de pérdidas se compensa con la facultad de disponer cuando lo juzgue más oportuno y parece que así la situación queda bastante equilibrada, cfr. “Acta de la sesión de trece de febrero de 2002 (Acta 147)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil*, op. cit., pp. 8 y 9 y “Acta de la sesión de veinte de febrero de 2002 (Acta 148)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil*, op. cit., pp. 2 y 9.

A favor de la compensación se muestra, no obstante, SANCHEZ GARCÍA para quien, partiendo de la premisa de que no está expresamente prohibida, no tiene sentido que el resultado del usufructo sea distinto según se invierta a través de uno o varios fondos, si bien estima conveniente limitarla a los supuestos de extinción del usufructo y a la necesidad de hacerse formando grupos homogéneos de participaciones, cfr. SANCHEZ GARCÍA, M^o del C., “Usufructo de fondos de inversión en la ley de régimen económico matrimonial y viudedad”, op. cit., pp. 185 y 186.

A estos efectos, el Código Civil Catalán dispone lo siguiente:

Art. 561-34.- *El usufructo de participaciones de fondos de inversión.*

3.- Los nudo propietarios gozan, a título exclusivo, de la condición de partícipes al efecto de exigir el reembolso total o parcial de las participaciones

De la propia redacción literal del artículo se desprende que se trata de algo potestativo para el viudo pero obligatorio para el nudo propietario si aquél lo demanda. Estamos, por tanto, ante una opción del usufructuario a la que el nudo propietario no podrá, en su caso, oponerse.

Este carácter voluntario implica, además, de modo indirecto, la ventaja adicional para el viudo de poder soslayar eventuales pérdidas reales o futuras que, en función de las condiciones financieras, pueda tener el fondo, simplemente no haciendo uso de la misma a la espera de una posible recuperación o reembolso, en su caso, por el nudo propietario³¹.

Lo que resulta incuestionable, y probablemente constituye una de las mayores bondades del precepto, es que, a través de la posibilidad de efectuar reembolsos parciales, queda notablemente reducido el riesgo de que se extinga el usufructo sin que el usufructuario pueda hacer efectivo su derecho³².

³⁰ La idea inicial de la posibilidad de que el viudo pueda reembolsar participaciones del fondo para cobrarse las plusvalías que le correspondan proviene de una primera enmienda presentada por José García Almanzor al apartado 2 del texto inicial de la ponencia de Ricardo Giménez Martín. Los textos de una y otra eran del siguiente tenor:

Texto de la ponencia (Ricardo Giménez Martín)

2.- La disposición de participaciones, vigente el usufructo viudal, corresponde al nudo propietario. El importe obtenido se destinará primero a liquidar los derechos del viudo, consistentes en la diferencia positiva entre el valor de las participaciones a fecha de constitución del usufructo de viudedad y el de la fecha de disposición. El resto del dinero obtenido será del nudo propietario y quedará sujeto al usufructo viudal hasta que éste se extinga.

Enmienda de José García Almanzor

La facultad de transmisión corresponde al nudo propietario, no obstante el usufructuario podrá disponer (cuantas veces quiera) de la parte del producto financiero que sea equivalente al aumento de valor experimentado por el producto en el momento de la transmisión, haciendo suyo el valor obtenido que le corresponda según lo dispuesto en los apartados anteriores, cfr. "Acta de la sesión de trece de febrero de 2002 (Acta 147)", *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil*, op. cit., pp. 8 a 12.

Posteriormente hubo otras dos enmiendas de José Luis Batalla Carilla y José García Almanzor que toman como referente en esta cuestión la citada de este último, si bien con ligeras variantes en cuanto a redacción:

Enmienda de José Luis Batalla Carilla

La disposición de estos productos financieros corresponde conjuntamente a nudo propietario y usufructuario, si bien éste podrá disponer por sí sólo de participaciones de producto por un valor igual a la plusvalía existente en la fecha de la transmisión, haciendo suyo el importe obtenido.

Enmienda de José García Almanzor

La facultad de exigir el reembolso de participaciones en fondos de inversión corresponde al nudo propietario, no obstante el usufructuario podrá disponer (cuantas veces quiera) de aquellas participaciones del fondo que sean equivalentes al aumento de valor experimentado por el producto en el momento del reembolso, haciendo suyo en pleno dominio el valor así obtenido.

Como puede observarse, la posibilidad de disposición del viudo para cobrarse las plusvalías aparece en ambos textos. Existe acuerdo entre los miembros de la Comisión en que debía incluirse en la redacción final del precepto aunque, siguiendo una observación de Adolfo Calatayud, se decide limitarla a una periodicidad anual para evitar distorsiones. Consúltense las deliberaciones al respecto en "Acta de la sesión de veinte de febrero de 2002 (Acta 148)", *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil*, op. cit., pp. 2, 6 y 8.

³¹ Cfr. SANCHEZ GARCÍA, M^a del C., "Usufructo de fondos de inversión en la ley de régimen económico matrimonial y viudedad", op. cit., p. 186.

³² Como apunta MERINO HERNANDEZ, la extinción del usufructo no implica la obligación de reembolso para el nudo propietario pero sí supondría un derecho de crédito a favor del usufructuario o de sus herederos, en su caso, si la extinción se ha producido por fallecimiento de aquél *ex art. 119.1.a) Lremv.*, cfr. MERINO HERNANDEZ, J. L., "Usufructo viudal", *Manual de Derecho matrimonial aragonés*, op. cit., p. 381.

Siendo la más habitual esta última clase de extinción, se producirá una confusión de derechos si coinciden los nudo propietarios con los beneficiarios del viudo. Para cuando no se dé esta identidad (por ser personas diferentes al existir, por ejemplo, hijos no comunes) o bien, aún existiendo, sea en distinta medida, o cuando la extinción se produzca por causa ajena al fallecimiento (por ejemplo, por contraer el viudo nuevas nupcias o llevar vida marital estable en defecto

4.2.4.- El desacuerdo en la reinversión tras el reembolso. La remisión al usufructo de dinero del art. 117 Lremv.

El tercer párrafo del art. 118 Lremv. parte de la premisa de un reembolso por parte del nudo propietario y un posterior desacuerdo en la reinversión con el usufructuario, del montante obtenido, estableciendo una remisión específica a la regulación del usufructo de dinero del art. 117 Lremv., en relación con la parte del importe efectivamente desinvertido que no corresponda al viudo (*“Obtenido el reembolso por el nudo propietario y a falta de acuerdo con el usufructuario para la reinversión, se aplicarán, desde ese momento, las reglas del usufructo de dinero a la parte del importe obtenido que no corresponda al viudo”*).

El reembolso podrá ser total o parcial pero no supondrá en ningún caso la extinción del usufructo de fondos. En consecuencia, en ambos supuestos se podría optar, en principio, por la continuidad del usufructo sobre la parte reembolsada.

de pacto o disposición contraria del premuerto, según lo dispuesto en el art. 119.1.c Lremv.) SANCHEZ GARCÍA entiende, en mi opinión acertadamente, que lo equilibrado sería que la facultad del reembolso parcial anual del 118.2 Lremv. la “heredasen” los causahabientes del usufructuario, de modo que también ellos pudieran ejercitarla, cfr. SANCHEZ GARCÍA, M^a del C., “Usufructo de fondos de inversión en la ley de régimen económico matrimonial y viudedad”, op. cit., p. 191. Aceptando esta última interpretación, se produce una continuidad en la finalidad básica del precepto, pues se evita supeditar el cobro de las plusvalías al momento en el que el nudo propietario quiera efectuar el reembolso. En el Cc. catalán, ésta es la única solución regulada para estos supuestos, tal y como dispone el art. 561.34:

2.- Los usufructuarios tienen derecho a las eventuales plusvalías en el momento en que se extingue el usufructo, pero sólo podrán solicitar su pago cuando se produzca el reembolso.

Para evitar abusos, AGUSTIN TORRES propone establecer en el título constitutivo que el usufructuario o sus causahabientes puedan exigir tras la extinción del usufructo al nudo propietario hasta el momento del pago que les satisfaga o garanticen un rendimiento de su importe equivalente al interés legal del dinero, cfr. AGUSTIN TORRES, C., “El usufructo de dinero y de participaciones en fondos de inversión y en otros instrumentos de inversión colectiva”, op. cit., p. 211.

Esta es la solución adoptada también por el Cc. catalán ante la falta de acuerdo nudo propietario-usufructuario:

Artículo 561-34.- El usufructo de fondos de inversión.

4.- El capital obtenido, en caso de reembolso de participaciones antes de la extinción del usufructo, debe reinvertirse de acuerdo con lo establecido por el título de constitución o según el acuerdo de las personas interesadas. En defecto de título o acuerdo, se aplican las reglas del usufructo de dinero.

Pero, a diferencia con la norma aragonesa, en el usufructo catalán la elección del destino del dinero va a estar marcada por la constitución de fianza por parte del usufructuario:

Art. 561-33.- El usufructo de dinero.

1.- Los usufructuarios de dinero tienen derecho a los intereses y a los demás rendimientos que produce el capital.

2.- Los usufructuarios que han prestado garantía suficiente, pueden dar al capital el destino que estimen conveniente. En caso contrario, deben poner el capital a interés en condiciones que garanticen su integridad.

En contra tanto de la fianza como del bloqueo del capital alternativo a la misma igualmente exigido en el art. 26.3^o de la hoy derogada Ley catalana 13/2000 de uso, usufructo y habitación se manifestaba PINTO RUIZ, considerando que el artículo “esterilizaba la finalidad institucional del usufructo”. Consúltese al respecto PINTO RUIZ, J. J., “El usufructo en Cataluña”, *Noticias jurídicas. Artículos doctrinales: Derecho*, <http://www.noticias.juridicas.com/articulos>, p. 8.

De igual manera, el legislador de la Lremv., al regular el consorcio conyugal y enumerar los bienes comunes, utiliza en el art. 28.2.h) similares términos, pero tampoco hace mención alguna al modo de realizar la actualización:

Art. 28.- Bienes comunes

2.- Durante el consorcio, ingresan en el patrimonio común los bienes enumerados en los apartados siguientes:

h) La diferencia positiva entre el *importe actualizado* del valor al ingresar en el patrimonio privativo y el que tengan al producirse el reembolso o disolverse el consorcio conyugal de los productos financieros cuya rentabilidad consiste en la plusvalía obtenida al tiempo de su reembolso, como los fondos de inversión acumulativos.

A favor de esta solución se muestra igualmente POZUELO ANTONI para quien, actualizando el valor de adquisición en función del IPC, la diferencia hasta alcanzar el valor de reembolso representa la ganancia que corresponde a esas participaciones por el paso del tiempo descontado el efecto de la inflación, siempre que dicho valor sea mayor que el actualizado, cfr. POZUELO ANTONI, F., “De la viudedad. Cuestiones fiscales”, *Manual de Derecho matrimonial aragonés*, op. cit., p. 410.

Sin embargo, aquí el sentido del artículo no es éste puesto que parte de una ausencia de concordancia de voluntades usufructuario-nudo propietario en el destino siguiente de la inversión.

En aplicación de este apartado 3º del precepto y de las reglas del usufructo de dinero del art. 117a las que se remite de modo expreso, el viudo se quedará con las plusvalías que le correspondieran desde el inicio del usufructo -o desde el último reembolso parcial anual *ex* art. 118.2 Lremv., en su caso- hasta el reembolso efectuado por el nudo propietario y, por lo que respecta a la parte de este último, podría disponer de ella con tal de que, al tiempo de extinguirse el usufructo, repusiera él o, en su caso, los herederos, el valor actualizado del dinero utilizado.

Esta aplicación del régimen del usufructo de dinero, en defecto de acuerdo, a lo obtenido tras el reembolso junto con la posibilidad de reembolso parcial anual del párrafo 2º para el cobro de la revalorización de las participaciones, compensan la facultad de reembolso inherente a la nuda propiedad.

Constante la inversión, el viudo siempre tendrá la facultad de cobrarse las plusvalías. Y cuando el nudo propietario venda y no le interese el destino que le propone para el capital, a usufructuar el dinero obtenido.

5.- Reflexiones prácticas.

La introducción de la regulación del usufructo de fondos de inversión en la legislación aragonesa supone una aportación de trascendental importancia al abordarse, por vez primera, una cuestión que venía planteando problemas desde hacía tiempo. El afán de búsqueda de seguridad jurídica y la protección del cónyuge viudo están, sin ninguna duda, presentes en las reglas contenidas en el art. 118 Lremv.

Sin embargo, quedan aspectos relevantes, más prácticos que teóricos, que esta norma no define con total precisión o bien, directamente, no ha entrado a regular, que podrían crear problemas en su aplicación:

5.1.- El índice de actualización.

El art. 118.1 Lremv. atribuye al viudo la diferencia positiva entre el importe *actualizado* del valor del fondo al comienzo del usufructo y el del momento del reembolso o extinción del usufructo.

Para efectuar, por tanto, el cálculo de las plusvalías, debemos partir de un importe *actualizado*. Pero nada menciona el artículo acerca del modo de realizar dicha actualización.

En el ámbito fiscal se toma normalmente como índice de referencia en estos casos el I. P.C., mientras que en el jurídico se usa cotidianamente el tipo del interés legal del dinero. Problema añadido supone, además, que el segundo es siempre superior al primero, con lo que de la aplicación de uno u otro los resultados obtenidos pueden variar significativamente.

A la vista de lo expuesto, el loable deseo inicial del legislador aragonés de actualización del valor queda un tanto desdibujado al no determinar expresamente la vía concreta para verificarla.

No obstante, podemos encontrar una solución realizando una aplicación analógica del artículo 102.3º Lremv. sobre usufructo de explotaciones económicas, que contiene la

única mención que se hace en toda la norma sobre actualización y, siguiendo lo dispuesto en este precepto, aplicar el I.P.C..

En cualquier caso, esta necesidad de actualización presentará siempre como serio inconveniente que la revalorización del fondo quede por debajo del valor actualizado, especialmente cuando existan diferencias sustanciales en función del índice concreto que se escoja³³.

5.2.- Comisiones.

Nada se señala en la Lremv. acerca de quien se hace cargo de las comisiones del fondo. Las comisiones pueden ser de suscripción, reembolso, gestión y depósito, y deberán figurar en su reglamento.

Las comisiones de suscripción y reembolso se cobran directamente al partícipe de forma individual cuando compra o vende sus participaciones. Las de gestión y depósi-

³³ Como señala acertadamente en esta cuestión SANCHEZ GARCÍA, la necesidad de esta actualización puede afectar al carácter en principio neutral de la norma aragonesa inclinándolo hacia el nudo propietario si el tipo de actualización escogido crece a un ritmo superior a la rentabilidad del fondo usufructuado, cfr. SANCHEZ GARCÍA, M^a del C., "Usufructo de fondos de inversión en la ley de régimen económico matrimonial y viudedad", op. cit., p. 189.

Estamos ante una cuestión de vital importancia para el partícipe pues constituye un criterio fundamental para optar por un fondo u otro. A mayor abundamiento, como la legislación fiscal permite desde el año 2003 el cambio de un fondo a otro sin tributar, los gastos han cobrado desde entonces todavía mayor relevancia a la hora de elegir. Ahora bien, una baja comisión solamente será ventajosa si se traduce en una mayor rentabilidad del fondo; si no es así, a un partícipe le puede interesar pagar más si el gestor logra batir al mercado.

Todos los fondos tienen obligación de publicar periódicamente sus comisiones de gestión y depositaría, cuyo importe se periodifica y va deducido del valor liquidativo diario del fondo. Sin embargo, existen otros costes como los gastos de auditoría, comisiones por operaciones bancarias, tasas, etc. que también deben ser pagados por el fondo con cargo a su patrimonio, repercutiendo, en consecuencia, sobre su rentabilidad final y que habitualmente pasan desapercibidos para el inversor.

A partir de la entrada en vigor de la actual LIIC, para aportar a los partícipes una mejor información sobre los costes de cada fondo y facilitar una comparación en términos reales entre ellos, todas las gestoras deben informar en el folleto simplificado y en los informes trimestrales del coste que representan los gastos totales pagados por el fondo expresados de igual modo que el resto de las comisiones, es decir, en tanto por ciento sobre el patrimonio (art. 17.6 LICC y 24.h RIIC). Este porcentaje se conoce por TER (en inglés, *total expense ratio* o ratio de gastos totales) y muestra notables diferencias entre fondos.

De igual modo, en el informe de la DGRN de 1995 acerca del régimen jurídico del usufructo de participaciones de fondos de inversión utilizado por la DGT se afirma, con base en los artículos 356, 452, 472, 510 y 512 Cc., que corresponde al usufructuario el abono de los gastos, quebrantos o comisiones que sean necesarios o simplemente útiles para la percepción de beneficios pero no los iniciales en el momento de la constitución del usufructo.

En la misma línea, el Cc. catalán establece expresamente en su art. 561-37 que las comisiones de suscripción (apartado 1º) y reembolso por extinción del fondo o por reembolso anticipado (apartado 3º) son a cargo del nudo propietario, a excepción del ejercicio por parte del usufructuario de la opción contemplada art. 561-36.5º (consistente en un rendimiento equivalente al del usufructo de dinero por un capital igual al del valor del fondo) en cuyo caso son a su cargo.

Vid. en contra MERINO HERNANDEZ para quien, dado el carácter familiar del usufructo viudal aragonés, distinto del usufructo ordinario regulado en el Cc. catalán, todas las comisiones han de ser de cargo del usufructuario por aplicación analógica del 112.1 Lremv., máxime cuando los nudo propietarios sean hijos comunes pues, a su parecer, tales comisiones no dejan de ser gastos de conservación del fondo, MERINO HERNANDEZ, J. L., "Usufructo viudal", *Manual de Derecho matrimonial aragonés*, op. cit., p. 382.

Ciertamente, para la regulación del art. 112 Lremv. la Comisión Aragonesa, a propuesta de José Antonio Serrano García, tomó como referente el art. 7 de la hoy derogada Ley 13/2000 catalana, el cual regulaba el usufructo con carácter general y atribuía los gastos de conservación al usufructuario, cfr. "Acta de la sesión de treinta de enero de 2002 (Acta 145)", *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil*, Diputación General de Aragón., p. 4.

Sin embargo, en mi opinión, en el supuesto específico de un usufructo de fondos de inversión, encuentro difícilmente compatible la asunción de las comisiones por reembolso -entendido éste como desinversión, no el relativo al cobro anual de plusvalías- por el usufructuario con que la legitimación para hacerlo la tenga, en exclusiva, el nudo propietario (art. 118.2 Lremv.). Tampoco creo que puedan subsumirse dentro de los gastos de conservación del fondo pues precisamente su finalidad es salir de él. Considerándolos igualmente fuera de dicha categoría vid. SANCHEZ GARCÍA, M^a del C., "Usufructo de fondos de inversión en la ley de régimen económico matrimonial y viudedad", op. cit., p. 193.

to son las que cobran las Entidades Gestora y Depositaria por sus labores de control y custodia respectivamente, calculándose diariamente según los porcentajes que consten en el folleto explicativo y con cargo al propio fondo, disminuyendo su rentabilidad (arts. 8 y 17.7 LIIC y 5 RIIC).

La Lremv. regula con carácter general en su artículo 112 los *gastos y mejoras* en el usufructo viudal. El apartado 1º de este precepto establece que deberán ser con cargo al usufructuario los gastos de producción, conservación, mantenimiento y reparaciones ordinarias.

Extrapolando dicho artículo al usufructo de fondos, y ante la ausencia de regulación más específica, puede interpretarse que el viudo soportaría las comisiones de gestión y depósito, es decir, las relativas a la obtención de plusvalías, pero no las de suscripción y reembolso definitivo vinculadas a la puesta en marcha y finalización de la inversión, respectivamente.

No obstante, no debe olvidarse que el viudo puede optar por la vía del 118.2 Lremv. y solicitar reembolsos parciales para cobrarse las plusvalías que le correspondan. Las comisiones derivadas de los mismos son producto de decisiones que benefician al usufructuario exclusivamente con lo que, de producirse, deberían ir a su cargo.

En la práctica, la comisión de suscripción habrá afectado en su momento al cónyuge fallecido pues la Gestora se la habrá descontado de la cantidad solicitada, ocurriendo lo mismo respecto al nudo propietario con la de reembolso³⁴, si bien ambas incidirán, indirectamente, de modo evidente en la cantidad definitiva que perciba el viudo en el momento de la liquidación. Respecto a las soportadas por el fondo (gestión y depósito), en tanto que pueden considerarse como gastos de producción, deberán tenerse en cuenta para el cálculo de la cantidad definitiva que perciba el viudo³⁵.

³⁴ Estas comisiones no afectan al valor liquidativo de las participaciones porque éstas se reciben o reembolsan netas. No procede, por tanto, imputarlas al valor inicial o al final de la liquidación. Vid. al respecto CUMELLA GAMINDE, A. y TORMO SANTONJA, M., "Comentario al artículo 32 de la Ley catalana 13/2000 de 20 de noviembre de usufructo, uso y habitación", *Comentarios de Derecho Patrimonial catalán*, dirigidos por Antonio Cumella Gaminde y Mercedes Tormo Santonja y coordinados por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Bosch, Barcelona, 2005, pp. 356, 357 y 360.

³⁵ La imputación de las comisiones de gestión de los fondos al usufructuario apareció de manera reiterada en los diferentes textos que se presentaron en los debates de la Comisión Aragonesa para la elaboración del precepto. Sin embargo, finalmente, no pareció necesario decir nada por considerar que son un gasto a descontar para hallar la plusvalía que corresponde al usufructuario. Consúltense "Acta de la sesión de trece de febrero de 2002 (Acta 147)", *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil*, op. cit., pp. 8 y 9; igualmente en "Acta de la sesión de veinte de febrero de 2002 (Acta 148)", *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil*, op. cit., pp. 2 y 9.

El Cc. catalán vigente sí la imputa expresamente al usufructuario en su art. 561.37.2º.

Como afirma RICO ARÉVALO no existe propiamente un uso de las participaciones porque no es algo material susceptible de una utilización que reporte algún servicio, ni tampoco son susceptibles de la posesión en sentido clásico por su titular. Vid. al respecto RICO ARÉVALO, B., "Procedimiento de suscripción y reembolso de las participaciones (II): La cotitularidad en las participaciones de fondos de inversión", *Actualidad financiera*, n.º 37, octubre 1995, p. 1.450.

Su papel sería el de garante y protector de los derechos del usufructuario ante los nudo propietarios pero no solventar las divergencias que, entre ellos, pudieran surgir, que habrán de ser resueltas por los órganos jurisdiccionales en su caso. Lo más apropiado por parte de Gestora y Depositaria será efectuar el bloqueo de las participaciones en tanto que se resuelva el asunto y, una vez que se dispongan los correspondientes documentos acreditativos, reembolsar las participaciones a quien figure como titular cfr. RICO ARÉVALO, B., "Procedimiento de suscripción y reembolso de las participaciones...", op. cit., pp. 1.445 y 1.456.

AGUSTÍN TORRES propone como opciones pactar que el fondo soporte absolutamente todas las comisiones, o bien que las de gestión y depósito las soporte el fondo y las de suscripción y reembolso el nudo propietario o, por último, hacerlo como se estime conveniente pero haciendo constar que las liquidaciones entre propietario y usufructuario serán calculadas, compensadas y abonadas en efectivo al tiempo del reembolso, cfr. AGUSTÍN TORRES, C., "Usufructo sobre participaciones en de fondos de inversión. Ley catalana 13/2000 de 20 de noviembre", op. cit., p. 33; igualmente, en "El

No obstante la interpretación expuesta, cabría plantearse qué pasaría si, al tiempo de la liquidación del usufructo, el viudo no está conforme con el montante percibido y entiende que ha soportado comisiones que no le corresponden. El apartado 2º del art. 112 Lremv. faculta al usufructuario para solicitar que se le abonen “*los gastos necesarios y útiles que no sean de su cargo*”, pudiendo optar el nudo propietario por “*satisfacer el importe de los gastos o por abonar el aumento de valor que por ellos haya adquirido la cosa*”.

El problema de la aplicación de dicho artículo al usufructo de fondos es que da al usufructuario, como medida cautelar, la posibilidad de “*retener la cosa hasta que se satisfagan*”, puesto que, en materia de fondos de inversión acumulativos, el *ius possidendi* propio del usufructo está, cuando menos, confuso: primero, porque no existe la *traditio* o entrega de la cosa usufructuada; segundo, porque la idea clásica de posesión como tal no se da tampoco, ya que las facultades inherentes a nuda propiedad y usufructo no recaen sobre la participación del fondo entendida como algo material y susceptible de uso sino que recaen sobre su valor acumulado y son de contenido meramente económico.

Por este motivo y también porque la administración y gestión corresponden a las Entidades Gestora y Depositaria, podría pensarse que estas últimas estarían facultadas para intervenir de algún modo en estos supuestos. Pero ambas velan, exclusivamente, por el ejercicio formal y externo de los reembolsos. Y aquí nos encontramos ante una cuestión estrictamente civil, perteneciente a esa esfera interna usufructuario-nudo propietario a la que, por el contrario, aquéllas son totalmente ajenas.

usufructo de dinero y de participaciones en fondos de inversión y en otros instrumentos de inversión colectiva”, op. cit., p. 210.

Me inclino hacia esta última posibilidad como más equitativa y fácil de aplicar en Aragón sobre todo de cara a los reembolsos parciales y a una mayor protección del viudo en los supuestos más arriba mencionados de discrepancia en la liquidación.

La DGRN, en el informe mencionado de 1995 sobre el régimen jurídico del usufructo de fondos, entiende que el derecho de usufructo sobre la participación se extiende a todo rendimiento -fruto civil- que produzca el objeto usufructuado desde el día en que nace el derecho de usufructo hasta el momento de su extinción, con base en los artículos 354 a 357, 471, 472 y 475 del Cc. y, por analogía, en los artículos 67 Lsra. y 36 Lsrl.

El art. 355 Cc. establece una clasificación tripartita de los frutos: naturales, industriales o civiles. Estaríamos, por exclusión, ante estos últimos y es el Cc. en su artículo 474 el que señala que se entienden percibidos día a día, en proporción al tiempo que dure el usufructo, a efectos de su distribución. Por este motivo, tal y como apunta la DGRN, no parece aplicable la regla civil del fruto pendiente del 472.3 Cc. que conduciría a la atribución al nudo propietario de la totalidad del rendimiento al fin del usufructo, en cuanto implica un enriquecimiento no justificado. Aquí, el principio de acceso al disfrute se sustituye por un derecho de crédito contra el efectivo perceptor.

Por su parte, el art. 561-35 del Código Civil catalán establece igualmente que se aplican a los rendimientos y a las eventuales plusvalías las reglas de los frutos civiles.

Este criterio es el mantenido por la DGRN en el informe que venimos citando. Estaríamos ante una acción para exigir el cumplimiento de una obligación de pago cuyo plazo de prescripción empezará a correr desde el día en que pueda ejercitarse (art. 1969 Cc.), en nuestro caso, desde el día del reembolso.

El derogado art. 30.3 de la Ley 13/2000 catalana establecía igualmente el plazo de 5 años a partir del reembolso. Sin embargo, el art. 561-36.3º del vigente Cc. catalán lo ha duplicado, ampliándolo a 10 años.

Como apunta MARTINEZ NADAL, la firma conjunta supondrá la necesidad de la firma de todos y cada uno de los titulares para cualquier acto de disposición, suponiendo un funcionamiento menos ágil pero más controlado. Por su parte, la modalidad indistinta es mucho más operativa pero también supone mucho mayor riesgo pues las órdenes de cualquier cotitular, dentro de los límites del contrato, deben ser cumplimentadas por el Banco y son plenamente vinculantes para los restantes cotitulares. Por eso, la apertura de estas últimas supone tener como base una mutua y recíproca confianza entre todos los titulares, cfr. MARTINEZ NADAL, A., “Cuentas bancarias indistintas de titularidad conyugal”, *RDBB*, nº 59, julio-septiembre 1995, p. 722.

Cuando esa confianza desaparece, o existen divergencias entre los titulares de una cuenta o entre los herederos de un titular muerto y el/los titulares supervivientes, la autora entiende que cae también la justificación de la gestión solidaria de la cuenta y que es posible el paso a la gestión mancomunada con una simple comunicación al Banco de cualquiera de las partes, cfr. MARTINEZ NADAL, A., *Ídem*, pp. 746 y 747.

Lo más prudente sería, puesto que estamos ante una materia dispositiva, una regulación detallada por parte de los interesados que zanjara de antemano eventuales problemas futuros que bien podrían plantearse al tiempo de la liquidación.

5.3.- *Cómputo del tiempo*

Otra omisión de la Lremv. es la referida al tema del cómputo del tiempo tanto por lo que respecta a los reembolsos parciales del 118.2 para el cobro de las plusvalías como para la exigencia del pago por parte del usufructuario una vez realizado el reembolso final.

5.3.1.- *Reembolsos parciales.*

El 118.2 Lremv. faculta al usufructuario a disponer con *periodicidad anual* de aquellas participaciones del fondo que fueran equivalentes a las plusvalías que le corresponden pero nada dice acerca de cómo debe realizarse el cálculo del año, si de fecha a fecha, o bien considerarlo como año natural.

Sin embargo, el art. 111 Lremv. al regular la liquidación de frutos naturales, industriales y civiles del usufructo vidual durante el correspondiente período productivo, señala que se hará en proporción a la duración en él del respectivo derecho.

Dado su contenido económico, puede afirmarse que las plusvalías o aumentos de valor patrimoniales son asimilables a los frutos civiles y percibidas, por tanto, en aplicación de las reglas del Cc. propias de aquéllos, día a día.

En consecuencia, el cómputo de la primera anualidad comienza en la fecha del fallecimiento del causante y finaliza 365 días después. En los reembolsos posteriores, la fecha del inicio del usufructo quedaría sustituida por la del último reembolso realizado.

Este derecho al cobro de los frutos civiles supone para el viudo la obtención, por medio de anualidades vencidas, de las plusvalías que le correspondan en pleno dominio -“*haciendo suya la cantidad así obtenida*”, reza el 118.2 Lremv.- hasta el momento del reembolso definitivo o de la extinción del usufructo, en su caso.

5.3.2.- *Cobro tras reembolso total.*

Entiendo que en este punto estaríamos, siempre en defecto de pacto, ante uno de los escasos ejemplos de aplicación supletoria del CC. en esta materia, en concreto del plazo de prescripción de 5 años que el artículo 1966.3º establece para el ejercicio de las acciones para exigir el cumplimiento de las obligaciones que deban hacerse por años o por plazos más breves.

5.4.- *Procedimiento de cobro anual de plusvalías.*

5.4.1.- *El ejercicio de la facultad de reembolso parcial del art. 118.2 Lremv.*

En una misma cuenta de un fondo de inversión podrá haber tantos titulares como se desee y, salvo que medie documento en contra, se entenderá que la titularidad es compartida a partes iguales. Cuestión absolutamente independiente de la titularidad es la forma de disposición, que podrá ser indistinta o conjunta.

La Lremv. no establece nada acerca del modo por el que, en dicha cuenta, el usufructuario debe hacer efectivas las anualidades que le corresponden *ex art. 118.2º Lremv.* El precepto se limita a atribuir expresamente al viudo la facultad de disponer anualmente (“el usufructuario *podrá disponer* con periodicidad anual...”, establece textualmente) de

las participaciones equivalentes a las plusvalías que le corresponden según el apartado 1 del mismo artículo, haciendo suya definitivamente la cantidad así obtenida.

A mi juicio, para esta clase concreta de reembolso, la legitimación del viudo para reembolsar por sí sólo es defendible y coherente con el resto del precepto, con independencia de la evidente contradicción que presenta con los criterios fiscales y administrativos que legitiman exclusivamente para los reembolsos, tal y como se ha explicado en líneas precedentes, al nudo propietario, identificándolo como partícipe único del fondo. Por su parte, la normativa de las IIC concede solamente a este último la facultad de reembolso.

La interpretación literal del 118.2 Lremv. es clara. Tras regular que “la facultad de exigir el reembolso corresponde al nudo propietario”, señala seguidamente que “*no obstante, el usufructuario podrá disponer...*” para el cobro de las plusvalías. Es decir, la facultad de reembolsar es del nudo propietario; pero también el usufructuario puede, si quiere, disponer de las participaciones con la finalidad antedicha lo que, en este producto financiero, corresponde igualmente a su reembolso.

Sin embargo, esta legitimación directa del viudo ante la Gestora colisiona con el art. 5 LIIC regulador del concepto y derechos de los partícipes, pues dispone que tal condición se adquiere mediante la realización de la aportación al patrimonio común (apartado 1º), confiriéndole, entre otros, el derecho mínimo a solicitar y obtener el reembolso del valor de sus participaciones (apartado 3º, letra a)³⁶.

En esta misma línea, pero en el ámbito administrativo, resulta igualmente muy difícil de armonizar con el informe de la DGRN de 1 de septiembre de 1995 -base jurídica de la DGT en sus resoluciones sobre el tratamiento fiscal de las plusvalías percibidas por un usufructo de fondos de inversión acumulativos- comentado *supra* (apartado 3.2) en el cual se afirma, con apoyo en el art. 475. sobre usufructo de créditos, que el Código Civil “consagra el usufructo sobre créditos o derechos partiendo, excepcionalmente, del traspaso por parte del titular al usufructuario de parte de las facultades que posee -derecho a la percepción- *encontrando el sólo límite de la facultad de transmisibilidad del propio derecho, la cual corresponde, exclusivamente, al nudo propietario*”.

Ahora bien, en ningún momento la Lremv. se adentra a regular nada acerca de la condición de partícipe ni de la titularidad de las participaciones, cuestiones éstas que, al estar referidas a las relaciones con las Sociedades Gestora y Depositaria, excederían de modo evidente su ámbito estrictamente civil.

La legitimación individual del usufructuario para reembolsar puede hallar fundamento considerando que, aunque quien suscribe las participaciones inicialmente es el

³⁶ En igual sentido, el art. 7 LICC es claro al disponer en su apartado 3º:

Art. 7.3.- Participaciones

Las participaciones se emitirán y reembolsarán por la sociedad gestora a solicitud de cualquier partícipe en los términos que se establezcan reglamentariamente.

A mayor abundamiento en relación con la atribución en exclusiva al partícipe de la facultad de reembolso, el art. 8 la reciente Orden EHA/596/2008 de 5 de marzo por la que se regulan determinados aspectos del régimen jurídico del Depositario de IIC y se concreta el contenido de los estados de posición establece en su apartado 3º:

Art. 8.- Liquidación de la suscripción y reembolso de participaciones

3.- El reembolso será efectuado por el depositario previa orden remitida, expresamente, por la sociedad gestora. El reembolso podrá llevarse a cabo mediante cheque nominativo librado a favor del partícipe, transferencia a una cuenta del titular de las participaciones o entrega en efectivo directamente al partícipe. Para reembolsar a un tercero distinto del titular de las participaciones, la sociedad gestora deberá contar con los documentos que acrediten suficientemente que el partícipe faculta al tercero para actuar en su nombre y recibir el reembolso correspondiente.

premuerto y él es el que adquiere, por ello, en origen, la condición de partícipe *ex art.* 5.1 LICC, tras su fallecimiento, nudo propietario y usufructuario quedarían subrogados en la posición que aquél ostentaba, adquiriendo vía *mortis causa* nuda propiedad y disfrute respectivamente.

No obstante, aún admitiendo esta premisa, debe matizarse que el reembolso parcial anual que permite realizar al viudo el 118.2 Lremv. en ningún caso podría asimilarse al reembolso inherente a la nuda propiedad al que, sin duda, hace mención la DGRN en el informe citado. Se trata, simplemente, de un cauce restringido habilitado por el legislador aragonés afecto al cobro de las plusvalías del fondo que encuentra su justificación en la peculiar naturaleza de este último. Por su parte, la facultad de reembolso del nudo propietario es mucho más amplia y se identifica con el control directo y global de la inversión.

En mi opinión, aceptando, según se ha expuesto, que el usufructuario puede disponer puntualmente por sí mismo, la normativa aragonesa ofrece una solución idónea que le dota de la independencia del nudo propietario que resulta indispensable para hacer efectivas sin problemas las plusvalías que le corresponden³⁷.

Las Entidades Gestoras precisan solamente saber quién y en qué condiciones está legitimado ante ellas para disponer³⁸. La documentación exigida para la tramitación

³⁷ Sobre esta cuestión, el artículo 561-34 del Cc. catalán vigente es tajante al atribuir solamente al nudo propietario la condición de partícipe y la facultad de reembolso:

Art. 561-34.- Usufructo de participaciones en fondos de inversión

3.- Los nudo propietarios gozan, a título exclusivo, de la condición de partícipes a los efectos de exigir el reembolso total o parcial de las participaciones.

Para AGUSTIN TORRES, con independencia del carácter dispositivo de este precepto (art. 561-32 Cc. catalán), no es posible admitir la facultad de reembolso del usufructuario pues considera que se trata de una materia ajena al ámbito civil vinculada a las relaciones externas con la Gestora que no admite pacto en contrario, cfr. AGUSTIN TORRES, C., "El usufructo de dinero y de participaciones en fondos de inversión y en otros instrumentos de inversión colectiva", *La codificación de los derechos reales en Cataluña*, op. cit, pp. 199 y 200; en igual sentido, pero en relación con la regulación anterior de la derogada Ley catalana 13/2000 de usufructo, uso y habitación consúltese AGUSTIN TORRES, C., "Usufructo sobre participaciones en fondos de inversión. Ley catalana 13/2000 de 20 de noviembre", op. cit, p. 18 y CUMELLA GAMINDE, A. y TORMO SANTONJA, M., "Comentario al artículo 27 de la Ley catalana 13/2000 de 20 de noviembre de usufructo, uso y habitación", *Comentarios de Derecho Patrimonial catalán*, op. cit., p. 327. Para estos últimos autores, la condición de partícipe que ostentaba el nudo propietario *ex art.* 27 (semejante a la atribuida por el art. 561-34 del vigente Cc. catalán) no sólo le concedía la exclusividad para la exigencia del reembolso sino que implicaba la atribución en exclusiva de legitimidad en las relaciones con la Sociedad Gestora del fondo. El usufructuario no podía, en consecuencia, pretender adelantar el pago de su rendimiento pues carecía de la facultad de exigir el reembolso del contenido de su derecho, todo ello sin perjuicio de los medios correctores (rendimiento presunto del art. 30.5) que la norma establecía. Por este motivo consideraban igualmente que era un límite a la autonomía de la voluntad considerar al nudo propietario como partícipe.

A mi juicio, la protección al usufructuario para impedir que se quede con un usufructo vacío de contenido pasa inevitablemente por flexibilizar alguno de los rígidos parámetros en los que se mueve este usufructo especial en los ámbitos administrativo y fiscal. En la regulación catalana, dicha protección viene representada por la posibilidad recogida en el artículo 561-36.5º de optar por un rendimiento equivalente al de un usufructo de dinero por un capital igual al valor del fondo en el momento de ejercitar la opción (=rendimiento presunto del art. 30.5 de la derogada Ley 13/2000) suponiendo, a mi parecer, una verdadera alteración en la sustancia de este usufructo que, por definición, no puede ser de renta fija. En la regulación aragonesa, la defensa del viudo se materializa suavizando la rígida concepción de la facultad de reembolso de la catalana, habilitando la acción anual del 118.2 Lremv. para el cobro directo de las plusvalías que le corresponden.

³⁸ Sobre esta cuestión, MARTINEZ DE BEDOYA afirma que tanto las Gestoras como las Entidades financieras son inmunes a los problemas de Derecho privado que puedan surgir entre los titulares de las participaciones de los fondos (como, por ejemplo, en nuestro caso, los que se puedan derivar de la división de las facultades propias del dominio entre un nudo propietario y un usufructuario) que habrán de ser resultados por los órganos jurisdiccionales, pero sí deben tener constancia de la legitimidad ante ellas, cfr. MARTINEZ DE BEDOYA, C., "Estudio teórico y práctico del usufructo de participaciones de fondos de inversión acumulativos", op. cit., p. 674.

En esta misma línea, señala RICO AREVALO como "se encuentran directamente imbuídas por la necesidad de conocer *quién y en qué condiciones puede disponer de los fondos invertidos*" (el subrayado es mío), RICO AREVALO, B., "Procedimiento de suscripción y reembolso de participaciones de fondos de inversión (I): La titularidad en las participaciones", op. cit., p. F-310.

habitual de una herencia en el ámbito bancario debería ser entonces suficiente para que, en principio, permitieran al usufructuario reembolsar anualmente las plusvalías que le correspondieran.

Sin embargo, como se ha mencionado más arriba, esta conclusión choca con la realidad fáctica administrativa y fiscal vigente. Con independencia de que los programas informáticos de muchas Gestoras contemplen no ya especialidades forales aragonesas sino siquiera una régimen de propiedad desdoblado como el usufructo, si admiten, no obstante, este reembolso anual a los usufructuarios, el problema viene después.

En efecto, el conflicto surge porque son aquéllas quienes practican las retenciones correspondientes y facilitan la información fiscal. Y hasta la fecha, Hacienda no va a admitir un reembolso realizado por persona distinta al nudo propietario³⁹. Se llega así a un resultado perturbador en la aplicación práctica del precepto provocado por un factor absolutamente ajeno al ámbito civil.

Obviamente, una solución sencilla es que el usufructuario se dirija al nudo propietario para que haga las disposiciones anuales oportunas⁴⁰. Pero, de este modo, aunque la vía para el cobro de las plusvalías sin necesidad de esperar al reembolso del nudo propietario permanecería abierta, se produce, en mi opinión, la quiebra de la autonomía para el viudo que informa la *ratio legis* del precepto y equilibra su contenido con la facultad de reembolso del nudo propietario.

Ahora bien, resulta evidente que la extrema rigidez del criterio fiscal complica sobremanera la interpretación propuesta. Su armonización con el reembolso parcial del 118.2 Lremv. implica inevitablemente que el viudo se dirija al nudo propietario para solicitarlo. En consecuencia, pasa por considerar que las plusvalías las percibe de éste último y no del fondo, a semejanza de los casos de reembolso para la desinversión en los cuales el nudo propietario soporta inicialmente retenciones por la totalidad del reembolso aunque una parte de la plusvalía corresponda civilmente al usufructuario.

Por el contrario, admitiendo la legitimación individual en estos supuestos, no solamente se estaría al -estimamos- verdadero sentido de la norma civil sino que, además, se evitaría que el nudo propietario soportara retenciones que no le conciernen, máxime cuando aquí absolutamente toda la plusvalía le corresponde al viudo, a diferencia del

³⁹ Vid. resolución de la DGT 1372/07 de 25 de junio de 2007 en la que se reiteran, una vez más, los criterios expuestos con idéntica base jurídica: el informe de la DGRN de 1 de septiembre de 1995.

⁴⁰ Para SANCHEZ GARCIA, aunque lo directo sería -como aquí sostenemos- que el usufructuario pudiera plantear su derecho ante la Entidad Gestora, considera que la exclusiva posición de partícipe del nudo propietario no sólo le llevaría a tener que desplegar ante la institución financiera la carga probatoria necesaria para identificarse como titular de un derecho sobre esas participaciones, sino que, dada la firme posición de aquél como único legitimado para ordenar a la Entidad Depositaria de los fondos la venta de las participaciones, su pretensión se vería siempre desestimada. En coherencia con este argumento, la única salida que admite para que el usufructuario haga efectivo su derecho es solicitar al nudo propietario que ordene el reembolso pertinente, identificando la obligación de este último con un *facere*. No obstante, también encuentra admisible, en mejor protección del viudo y en consonancia con el funcionamiento de los fondos de inversión, considerar que el nudo propietario estaría obligado a un *dare* consistente en entregar el dinero correspondiente al usufructuario. Vid. al respecto SANCHEZ GARCIA, M^a del C., "Usufructo de fondos de inversión en la ley de régimen económico matrimonial y viudedad", op. cit., p. 198.

En parecidos términos se pronuncia en el ámbito del Derecho estatal PIÑEL LOPEZ, quien considera que la solución que más se ajusta a la naturaleza jurídica del usufructo y de las participaciones en fondos de inversión es que el usufructuario pueda exigir al nudo propietario el pago de las plusvalías. Sin embargo, reconoce que es difícilmente defendible a la vista de los criterios administrativos y fiscales vigentes y concluye destacando la necesidad de una reforma legislativa que regule adecuadamente la cuestión, cfr. PIÑEL LOPEZ, E., "El usufructo de participaciones de fondos de inversión mobiliaria", cfr. pp. 177 y 178.

reembolso realizado por el nudo propietario en el que, al menos, le corresponde a éste la parte de aquella equivalente al valor actualizado del fondo al inicio del usufructo⁴¹.

Dadas las dificultades prácticas que plantea fiscalmente esta interpretación literal del 118.2 Lremv. -y mientras se mantenga por Hacienda la imposibilidad de que el usufructuario perciba directamente las plusvalías- podría encontrarse una solución realizando una interpretación finalista del precepto consistente en admitir la atribución anual al viudo en pleno dominio de las participaciones equivalentes a la revalorización que le correspondiera como paso previo a su reembolso posterior. Aceptando la solución propuesta, el viudo seguiría gozando de la independencia del nudo propietario que informa el precepto a la par que se evitarían complicaciones fiscales.

Mi compañero JOSE LUIS MERINO parte de la base de que el término “disponer” del párrafo 2 del art. 118 de la Ley es lo suficientemente amplio como para interpretarlo también en el sentido de que cónyuge viudo, y como método para el cobro de las plus valías anuales, tenga el derecho de que le sean adjudicadas, en plena titularidad, esas participaciones del fondo equivalentes al beneficio anual, sin necesidad de su reembolso. “El usufructuario podrá disponer...de aquellas participaciones” dice literalmente el precepto. Y “disponer”, en términos amplios - dice -, no sólo es desprenderse de ellas, sino también mantenerlas (que puede ser lo que el cónyuge viudo desea, incluso por una razón de afecto hacia el premuerto que contrató el fondo).

Porque, además - añade - ese término “disponer” está referido al cónyuge viudo, por lo que si se entendiera, en sentido más estricto, que el cobro de la plus valía debe efectuarse mediante el reembolso de las participaciones que la representen, el mismo habrá de ser efectuado por el cónyuge viudo: es verdad que el art. 118.2 de la Ley comienza afirmando que “la facultad de exigir el reembolso corresponde al nudo propietario”, pero seguidamente, al atribuir el derecho a la plus valía al usufructuario, expresa un “no obstante” que no es otra cosa que una excepción a la determinación anterior, es decir, que el derecho a exigir el reembolso, en este caso no corresponde al nudo propietario, sino al usufructuario.

En mi opinión, aunque resulta especialmente beneficiosa para el viudo, con la solución propuesta por MERINO se produce una alteración del objeto del usufructo pues recae, en puridad, sobre las plus valías y no sobre las participaciones.

Por otro lado, la fiscalidad en el IRPF será diferente si el viudo permanece en el fondo pues el hecho imponible se produce exclusivamente en el momento del reembolso (artículo 94 de la Ley 35/2006 de I.R.P.F.).

En cualquier caso, como toda la regulación de la viudedad (Título V), el art. 118 Lremv. no tiene carácter imperativo⁴². Cabrían, por tanto, otras alternativas que, con los

⁴¹ Con independencia de que se ejerza o no la facultad de reembolso parcial, la atribución de la facultad de reembolso al nudo propietario en exclusiva le perjudica indudablemente pues deberá soportar en un primer momento las retenciones correspondientes por el importe total de toda la operación. Vid. sobre esta cuestión apartado número 6.

⁴² Vid. enumeración expresa de las normas imperativas de la Lremv. en el artículo 3.2: 1,2, 4 a 8 y 12.

El reembolso parcial es una posibilidad ofrecida al usufructuario cuya realización es decisión exclusiva suya. Cuestión distinta es un cambio en la inversión. Aquí lo recomendable sería la firma conjunta porque se trata de una decisión de mayor envergadura que afecta a las dos partes.

No obstante, creo también otras cuestiones a considerar el montante de la inversión y la calidad de las relaciones entre las partes, y si fueran cifras importantes o, aunque no fuera éste el caso, las relaciones no fueran fluidas o estuvieran deterioradas, considero que la firma conjunta sería inexcusable siempre. En todo caso, si vale con la firma de uno sólo, sería cuando menos aconsejable un trámite previo de notificación por cualquier cauce seguro al otro.

únicos límites del *standum est chartae* y los derivados del sistema legitimario, en los supuestos de disposición *mortis causa* prevalecerían. Teniendo en cuenta, como antes decía, que en los supuestos de disposición no paccionada, no podrían ser más restrictivas para el viudo que el propio régimen legal.

Lo más adecuado a la finalidad y esencia del usufructo de fondos regulado por la Lremv. sería, probablemente, la exigencia de firma conjunta para el cambio de inversión cuando resultara aconsejable por circunstancias económicas o personales pero no para que el usufructuario pudiera reembolsarse anualmente las plusvalías que le correspondieran. Pero serían perfectamente posibles cualesquiera otras variantes, incluso la atribución íntegra al usufructuario de cualquier facultad de reembolso, siempre que su ejercicio respetase los límites mencionados.

Con independencia del origen legal o voluntario de la legitimación del usufructuario para cobrarse directamente las plusvalías y de las dificultades que supone en el ámbito fiscal, resulta indudable que, para materializarse en la práctica, implica además un considerable esfuerzo conjunto de las Entidades Gestoras y Depositarias, inevitablemente orientado hacia la vigilancia y control de la periodicidad y cuantía correcta de dichos reembolsos.

Por un lado, parece necesario que ambas tengan constancia de quién puede reembolsar y en qué condiciones, manteniendo un control directo mientras la inversión sea un depósito vivo; por otro, deviene imprescindible que el usufructuario tenga siempre acceso a una información directa acerca del fondo y su evolución⁴³, lo que dependerá, en última instancia, de la Gestora.

⁴³ Considerando necesario el derecho de información en el usufructo de una cuenta bancaria vid. AZAUSTRE FERNANDEZ, M. J., "El secreto bancario en el ordenamiento jurídico español. Especiales consideraciones del mismo en las relaciones económicas matrimoniales y en el Derecho de sucesiones", *RJN*, n° 42, abril-junio 2002, p. 84.

En cumplimiento de sus obligaciones generales de información (artículos 17 LIIC y 21 RIIC) las IIC deberán facilitar a cada partícipe, antes de la suscripción de sus participaciones, un ejemplar del folleto explicativo con el reglamento del fondo, junto con la última memoria anual y el último informe trimestral publicados. Asimismo, deberán remitir al domicilio indicado por el partícipe los sucesivos informes trimestrales y memorias anuales que se publiquen con respecto al fondo, con carácter gratuito para el partícipe y hasta que éste pierda la condición de tal. Estos documentos se pueden solicitar a la Gestora y a la Entidad Depositaria y pueden ser consultados en los registros de la Comisión Nacional del Mercado de Valores donde se encuentran inscritos.

Además de esta información inicial, la Gestora o el Depositario deben remitir al partícipe, con una periodicidad no superior a los tres meses en los FIM y a un mes en los FIAMM, un estado de posición del fondo.

Vemos pues que, en principio, la Gestora solamente tiene obligación de facilitar información acerca del fondo al partícipe. Y lo cierto es que aunque el usufructuario figure como interviniente en las cuentas y, en línea con la interpretación que defendemos, pueda disponer anualmente considerando que se ha subrogado en la posición de partícipe por lo que al disfrute respecta, su identificación como tal no aparece recogida expresamente en ninguna normativa con lo que puede, en principio, ser discutible.

El Cc. catalán sí que prevé expresamente que el usufructuario pueda solicitar información al nudo propietario en relación con sus participaciones para el caso de que no se le enviara directamente:

Art. 561-36.-Derechos de los usufructuarios.

4.- Los usufructuarios, si la entidad gestora del fondo no se la facilita directamente, pueden exigir a los nudo propietarios toda la información que la entidad gestora le facilite relativa al fondo y a las participaciones usufructuadas.

Debe tenerse presente que toda la operatoria de un fondo va asociada de manera ineludible a una cuenta corriente o libreta de la Entidad comercializadora, donde se anotarán o adeudarán los reembolsos o suscripciones que se realicen. Como afirma RICO ARÉVALO, su titularidad, para evitar problemas, deberá coincidir con la de la cuenta del fondo, variando exclusivamente cuando se produzcan transmisiones en relación a la posición dominical de las participaciones para evitar desviaciones que quedasen al margen del Derecho sucesorio o supusieran una donación encubierta con las implicaciones fiscales que eso conlleva, cfr. RICO ARÉVALO, B., "Procedimiento de suscripción y reembolso de participaciones de fondos de inversión (I): La titularidad en las participaciones", *Actualidad financiera*, n° 12, marzo 1995, pp. F-310, 316 y 317. En igual sentido favorable a la necesidad de que en la cuenta vinculada figuren nudo propietario y usufructuario vid. CHIRIVELLA VILA, J. R., "Tributación del usufructo de participaciones de fondos de inversión", *Revista internauta de práctica jurídica*, n° 16, 2005, <http://www.ripj.com>.

5.4.2.- Titularidad y facultad de disposición de la cuenta de ahorro vinculada al fondo.

Una vez efectuado el reembolso de la cuenta del fondo para el cobro de las plusvalías, el líquido resultante se funde con el efectivo preexistente de la cuenta vinculada y queda sometido al régimen de titularidad y disposición de ésta.

Una práctica bancaria correcta exige una identidad entre ambas, tanto por lo que respecta a los titulares como al sistema de disposición.

Si interpretamos que, en virtud del art. 118.2 Lremv., el usufructuario puede disponer anualmente por sí sólo de la cuenta del fondo de las plusvalías que le corresponden, lo coherente es que también pueda hacerlo de igual modo en la cuenta de ahorro que, necesariamente, irá vinculada a la del fondo y a través de la cual se materializará, en definitiva, el cobro de aquéllas⁴⁴.

Cuando las relaciones entre nudo propietario y usufructuario sean buenas, el régimen de disposición que defendemos no debería plantear problemas⁴⁵.

Por el contrario, si existieran discrepancias posteriores al reembolso, deberá partirse de la premisa de que una titularidad indistinta en una cuenta bancaria significa que cualquiera de los titulares puede disponer de la cuenta por sí y ante sí, esto es, con su sola firma y sin contar con los demás.

Por lo tanto, el nudo propietario también podría disponer, en principio, de las plusvalías del viudo una vez figurasen en dicha cuenta⁴⁶, y quedaría a salvo la responsabilidad de la Entidad Depositaria al practicar el reintegro del dinero con su sola firma.

Ahora bien, que sea factible esta posibilidad no debe llevarnos al equívoco de pensar que, por tener el nudo propietario esa facultad disposición, se convierta al ejercitarla en "propietario" de los fondos extraídos. Todo lo contrario, la doctrina es tajante a la hora de deslindar los efectos propios que la cotitularidad surte en el plano contractual

⁴⁴ Sobre la cuestión de a quién han de hacer las Entidades financieras el reembolso, se decidió por los miembros de la Comisión Aragonesa no decir nada puesto que parece que lo normal ha de ser que exista una cuenta asociada al fondo a nombre del nudo propietario y usufructuario en la que se ingresará el reembolso. En otro caso, el usufructuario tendría que dirigirse al nudo propietario y, a falta de acuerdo sobre la reinversión, podría exigirle la entrega del dinero recibido por el reembolso. La existencia de la periodicidad anual en la disposición de la plusvalía facilitará que la Entidad financiera conozca la existencia del usufructuario, cfr. "Acta de la sesión de veinte de febrero de 2002 (Acta 148)", *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil*, op. cit., pp. 8 y 9.

⁴⁵ El Banco está obligado respecto a todos y cada uno de los titulares -aún siendo la cuenta conjunta- a facilitarles cuanta información requieran sobre el estado de la cuenta y los movimientos que en ella se hayan producido con independencia de la comunicación periódica de los extractos, cfr. MUÑOZ PLANAS, J. M., *Cuentas bancarias con varios titulares*, Civitas, Madrid, 1993, p. 171; en igual sentido, vid. SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho mercantil*, op. cit., pp. 317 y 318.

Ahora bien, también es cierto que, conforme a las cláusulas tradicionales de los contratos de cuenta corriente y a la jurisprudencia mayoritaria, se entiende que la recepción de dichos datos sin mostrar disconformidad en el plazo pactado equivale a su aceptación. Como afirma SANCHEZ-CALERO GUILARTE, se considera que esta práctica constituye un uso mercantil. Vid. al respecto SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, F., "La cuenta corriente y la transferencia bancaria (Observaciones a sus aspectos más discutidos)", *RDBB*, nº 86, abril-junio, 2002, p. 118.

MUÑOZ PLANAS, J. M., *Cuentas bancarias con varios titulares*, op. cit., p. 29.

⁴⁶ El secreto bancario no es oponible entre los distintos cotitulares, *incluso aunque se trate de uno que no ostente la propiedad real sobre los fondos* (el subrayado es mío), cfr. AZAUSTRE FERNANDEZ, M. J., "El secreto bancario en el ordenamiento jurídico español. Especiales consideraciones del mismo en las relaciones económicas matrimoniales y en el Derecho de sucesiones", op. cit., p. 53. En consecuencia, en nuestro caso, el nudo propietario no podría quedar privado de la facultad de pedir información sobre la cuenta de ahorro vinculada al fondo objeto del usufructo. Y ello incluso en el supuesto de que se pactara un régimen de disposición conjunta puesto que -como afirma AZAUSTRE FERNANDEZ- éste sólo afecta a la retirada de fondos pero no a un simple acto de administración como es la solicitud de información de una cuenta.

propio de la cuenta corriente frente a lo que se refiere a la titularidad de los fondos depositados en la misma⁴⁷.

Estamos ante una cuestión inherente a las relaciones con el Banco pero no a las relaciones internas de los titulares, a las que habrá que atenerse, en última instancia, para determinar a quién pertenecen los fondos de los que se haya dispuesto indebidamente. Para ello, habrá que atender al origen de aquéllos, que habrá de probar quien reclama el saldo⁴⁸.

⁴⁷ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, F., "La cuenta corriente y la transferencia bancaria (Observaciones a sus aspectos más discutidos)", op. cit., p. 124.

Cfr. MUÑOZ PLANAS, J. M., "Titularidad y propiedad en las cuentas bancarias indistintas", *RDBB*, n° 45, enero-marzo 1992, pp. 22 y 23.

⁴⁸ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, F., "La cuenta corriente y la transferencia bancaria (Observaciones a sus aspectos más discutidos)", op. cit., p. 124. Así se manifiesta igualmente reiterada y consolidada jurisprudencia del TS. Vid. especialmente, con cita de muchas otras, el FD. 3° de la STS 8051/2000 de 7 de noviembre. Aplicando esta doctrina en el ámbito del Derecho aragonés consúltese el FD 4° de la sentencia del TSJA de 9 de noviembre de 2005 en "Sentencia TSJA, 9 de noviembre de 2005", Cuadernos "Lacruz Berdejo", núm. 2, 2005, <http://www.derecho-aragones.net/cuadernos/document.php?id=350>.

EMBED IRUJO, J. M., "La cuenta corriente bancaria", *RDBB*, n° 65, enero-marzo, 1997, p. 129.

Como afirma MUÑOZ PLANAS para los casos de inversiones en imposiciones a plazo, en supuestos de conflicto en una cuenta indistinta la Entidad Depositaria no se ve involucrada pues nada tiene que decir acerca de una propiedad que, por ajena, no se cuestiona. Su único interés en esos casos será saber a quién debe restituir los fondos acreditados por ser el acreedor legítimo, evitando eventuales responsabilidades por una posible devolución indebida. La posición del Banco es aquí de pura expectativa a la espera de un arreglo amistoso o de una resolución judicial que defina los derechos de cada cual. Todo ello sin perjuicio de su derecho a consignar los activos discutidos si lo considera conveniente y de su deber de exigir, si el receptor es un heredero, que acredite el pago del impuesto sucesorio, cfr. MUÑOZ PLANAS, J. M., "Fallecimiento de titular indistinto de una imposición a plazo y derecho al reintegro de los fondos", *RDBB*, n° 52, octubre-diciembre 1993, pp. 1.147 y 1.148.

El art. 103 Lremv. dispone:

Art. 103.- Inventario y fianza

El cónyuge viudo solamente estará obligado a formalizar inventario de los bienes usufructuados y a prestar fianza:

- a) Cuando se hubieren establecido por el premuerto tales obligaciones en testamento u otro instrumento público.
- b) Cuando lo exijan los nudo propietarios, salvo disposición contraria del premuerto.
- c) Cuando, aun mediando tal disposición, lo acuerde el Juez, a instancia de Ministerio Fiscal para salvaguardar el patrimonio hereditario.

Estos eran los supuestos que recogía igualmente el derogado artículo 80 de la Compilación aragonesa.

En este sentido, el art. 46 LIIC dispone lo siguiente:

Art. 46LIIC.- Obligaciones y responsabilidad

2.- Las sociedades gestoras actuarán en beneficio de los partícipes o accionistas de las instituciones cuyos activos administren. (...). Le corresponderán a la sociedad gestora las facultades de dominio sobre el patrimonio del fondo, sin ser propietaria del mismo, ejerciéndolas en interés de los partícipes, de acuerdo con lo establecido con esta ley, en sus normas de desarrollo y en el reglamento de gestión.

La dispensa de la fianza debe entenderse, no obstante, salvo pacto en contrario y, en coherencia con la naturaleza y finalidad del usufructo, con carácter dinámico. Debe tenerse en cuenta además que así como la Lremv. sí establece en su art. 104 plazos concretos de formalización de inventario para los casos en que éste sea obligatorio, no los hay para la fianza, con lo cual considero que quedaría la puerta abierta para la solicitud de la misma constante el usufructo si las circunstancias así lo aconsejaran. Y así, por ejemplo, si existieran pruebas fundadas de gasto desordenado o deterioro de la salud física o mental del viudo.

Así aparece contemplado expresamente en el art. 110 Lremv.:

Art. 110.- Intervención de los nudo propietarios

Cuando los nudo propietarios estimen que de la administración y explotación de los bienes por el usufructuario se derivan graves perjuicios para ellos, podrán acudir al juez para que dicte las medidas oportunas, incluida la transformación del usufructo.

Supongamos, por ejemplo, un fondo de inversión con un contenido predominante en su cartera de renta variable y, en consecuencia, una alta volatilidad, cuyo horizonte temporal para la obtención de plusvalías recomendado por la Gestora fuera de 5 años. Si nos encontramos en los primeros años de la inversión existiendo rentabilidades negativas, al nudo propietario que no precise liquidez y que se deja aconsejar en la inversión le puede interesar permanecer, al menos,

En consecuencia, debe diferenciarse “titularidad” de “propiedad” de tal modo que, aunque cualquier titular pueda disponer de la totalidad del saldo, su eficacia se despliega en el orden jurídico-obligacional sin consecuencias aparentes en lo que atañe a la esfera jurídico-real.

⁴⁸ El tiempo recomendado sin reembolsar ya que confía en que el fondo se recupere y no quiere desinvertir con pérdidas. Pero, evidentemente, esta postura perjudica al viudo que, de este modo, se encuentra una vez más a expensas del nudo propietario.

Consideran necesaria la fianza para el cambio de inversión, entre otros, LACRUZ BERDEJO: “una vez cobrado el crédito, si es de cosa fungible, no se transforma en un cuasiusufructo sino precisamente en un usufructo ordinario, si bien la elección de su objeto corresponde al usufructuario con fianza”, cfr. LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho civil*, III, vol. 2º, Bosch, Barcelona, 1991, p. 85; igualmente, DIEZ-PICAZO: “el usufructuario con fianza, según el párrafo segundo del artículo 507, puede dar al capital que realice el destino que estime conveniente...”, cfr. DIEZ PICAZO y PONCE DE LEON, L., *Sistema de Derecho civil*, vol. III, Tecnos, Madrid, 1981, p. 456.

El artículo 507 Cc. establece lo siguiente:

El usufructuario podrá reclamar el crédito vencido si tuviese dada o diere la fianza correspondiente, con independencia del destino del importe cobrado. Si estuviere dispensado de prestar fianza o no hubiese podido constituir la, o la constituida no fuere suficiente, necesitará autorización del propietario o del Juez en su defecto para cobrar dichos créditos.

Excepción clara en Aragón sería en materia de fiducia sucesoria en aquellos supuestos en los que existiera coincidencia entre el fiduciario y el cónyuge viudo.

En Aragón, la ordenación de la sucesión y el nombramiento de sucesores puede ser encomendado a uno o varios fiduciarios en virtud del artículo 124 de la Ley 1/1999 de Sucesiones por causa de muerte (Lsuc.), siendo muy habitual nombrar como fiduciario único al cónyuge viudo. En este caso, tiene de plazo toda la vida para ejecutar el encargo (art. 129.2 Lsuc., *in fine*) y, hasta que no lo haga, no existe delación de la herencia ni, por lo tanto, herederos de los bienes que compongan la fiducia. Se entenderá que está en situación de herencia yacente y el viudo fiduciario tendrá las facultades de administración y disposición sobre ellos recogidas en el art. 138 Lsuc.:

Art. 138 Lsuc.-Facultades de disposición.

1.- El fiduciario podrá disponer a título oneroso de los bienes y derechos hereditarios sujetos a fiducia si el comitente le hubiere autorizado a ello, para atender el pago de las obligaciones y cargas señaladas en el artículo 136 (de las que responde el caudal relicto) y *cuando lo juzgue conveniente para sustituirlo por otros* (el subrayado es mío).

2.- La contraprestación obtenida quedará subrogada en lugar de los bienes enajenados, salvo que se haya destinado al pago de las deudas y cargas del caudal pendiente de asignación.

La regulación se refiere exclusivamente a la disposición a título oneroso ya que, si fuera a título gratuito, sería en realidad ejercicio mismo de la fiducia y debería reunir, por tanto, los requisitos para ello. Hay que tener en cuenta que el acto de disposición no pone fin a aquélla ya que la contraprestación obtenida quedará subrogada en lugar de los bienes enajenados.

En atención a lo dispuesto en el art. 138.1 Lsuc., sería factible, por tanto, que un cónyuge fiduciario aragonés pudiera desinvertir de un fondo no muy rentable o que diera pérdidas “*porque lo juzgara conveniente*” y destinar el capital obtenido a otro que considerase más beneficioso, siendo esto lo que, a buen seguro, haría el causante si de ello dependiera una mejor salvaguarda de su patrimonio hereditario. Y es que, como apunta MERINO HERNANDEZ, se produce una suerte de “subrogación subjetiva” o “subrogación personal” en virtud de la cual el fiduciario se coloca o subroga en la posición jurídica del causante (...), cfr. MERINO HERNÁNDEZ, J. L., *La fiducia sucesoria en Aragón*, “Colección El Justicia de Aragón”, Zaragoza, 1994, p. 90.

Según la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, se trata de un supuesto de gran amplitud que haría difícil una impugnación basada en la mera discrepancia de criterio con el fiduciario que es a quien la norma encomienda este juicio, cfr. *Ley de Sucesiones. Comentarios breves*, Comisión aragonesa de Derecho Civil, Librería General, Zaragoza, 1999, p. 117. Igualmente redactado en lo que respecta a la fiducia sucesoria por CALATAYUD SIERRA, A., en *RDCA*, nº 1, 1999, pp. 93 y 94.

Sin embargo, si existen legitimarios, y en relación a determinados bienes, esta libertad del viudo se verá mermada en cierto modo, pues será preciso el consentimiento de uno de ellos en virtud de la redacción que al artículo 139 Lsuc. ha dado la Disposición Final primera, apartado 1º, de la Lremv:

Disposición habiendo legitimarios

1.- Si existen legitimarios, para la eficacia de los actos de disposición de inmuebles por naturaleza, empresas y explotaciones económicas, *valores mobiliarios* u objetos preciosos será necesaria la autorización de cualquiera de los legitimarios con plena capacidad de obrar y, siendo todos los legitimarios menores o incapaces, de la Junta de Parientes o del Juez competente (el subrayado es mío).

Partiendo de la premisa de que las participaciones en fondos de inversión son consideradas como valores mobiliarios típicos, si estamos ante una herencia con un viudo fiduciario y usufructuario, a su vez, de un fondo y existen uno o

En relación con el objeto de nuestra exposición, parece lógico y preferible que los eventuales mecanismos de control de las Entidades Gestora y Depositaria dirigidos a la verificación de la legitimación para disponer, actúen *antes* del reembolso. De otro modo,

más legitimarios, entiendo que el cambio de fondo pasaría por el consentimiento de uno de ellos de manera ineludible, con lo cual las responsabilidades por una elección más o menos acertada estarían, cuando menos, repartidas.

En el ámbito del Derecho estatal, MARTINEZ DE BEDOYA condiciona a la existencia de una fianza, sustentándose en el 507 Cc., tanto la posibilidad de reembolsos parciales para el cobro de plusvalías como el poder solicitar el cambio de fondo, cfr. MARTINEZ DE BEDOYA, C., *Estudio teórico y práctico del usufructo de participaciones...*, op. cit., pp. 672, 673, 683 y 684:

1) *Reembolsos parciales*. La autora propone aplicar analógicamente el art 485 Cc., regulador del usufructo de montes, realizando una equiparación entre el incremento leñoso y las plusvalías del fondo, apoyándose en el carácter civil del primero siguiendo los criterios de SANCHO REBULLIDA (*Usufructo de Montes*, Bosch, Barcelona, 1960 pp. 114 y 115) y LACRUZ BERDEJO (*Prólogo a Usufructo de Montes* de SANCHO REBULLIDA, op. cit., pp. 7 y 8).

El art. 485 Cc. dispone lo siguiente:

Art. 485 Cc.

1.- El usufructuario de un monte disfrutará todos los aprovechamientos que pueda éste producir según su naturaleza.

2.- Siendo el monte tallar o de maderas de construcción podrá el usufructuario hacer en él las talas o las cortas ordinarias que solía hacer el dueño y, en su defecto, las hará acomodándose en modo, porción y épocas a la costumbre del lugar.

3.- En todo caso, hará las talas o las cortas de modo que no perjudiquen a la conservación de la finca.

Para MARTINEZ DE BEDOYA, la similitud entre el usufructo sobre un monte tallar y el de participaciones de fondos radica en que, cuando el árbol crece, sigue siendo propiedad del nudo propietario, pero el incremento leñoso, aun siendo parte de la cosa misma, se considera fruto que pertenece al usufructuario, lo mismo que el valor de las participaciones de los fondos puede ir creciendo, al acumularse los rendimientos, continuando en propiedad del nudo propietario pero correspondiendo el incremento de valor al usufructuario.

Si se considera el incremento leñoso como fruto natural, como a primera vista podría pensarse ya que se trata de un monte, debería seguirse la regla del fruto pendiente del art. 472 Cc. y serían del nudo propietario, con lo cual podría darse el caso de que el usufructo se extinguiera antes que el monte fuera apto para la tala y que, en consecuencia, la totalidad de la madera quedara a favor del aquél.

2) *Cambio de fondo*. Asimila los rendimientos generados por los fondos desde su vencimiento (entendiendo que éste se produce desde el momento de la incorporación de las plusvalías a la participación y no en el momento del reembolso, siguiendo por analogía el modelo del usufructo de montes) a un derecho de crédito del usufructuario frente al nudo propietario cuyo *ius exigendi* atribuye, en aplicación del art. 507.1º Cc., al usufructuario con fianza.

Sin embargo, lo cierto es que 507 Cc. también señala que “si se estuviere dispensado de prestar fianza (...), necesitará autorización del propietario o del Juez en su defecto para cobrar dichos créditos”. Y el 492 Cc. dispensa precisamente de la necesidad de fianza “al cónyuge sobreviviente respecto a la cuota legal usufructuaria a no ser que contrajera ulterior matrimonio”. Respecto a estos últimos supuestos, el 507.2º señala que “el usufructuario sin fianza deberá poner a interés dicho capital de acuerdo con el propietario; a falta de acuerdo entre ambos, con autorización judicial y, en todo caso, con las garantías suficientes para mantener la integridad del capital usufructuado”.

En mi opinión, extrapolándolo a nuestra materia, entiendo que en relación a un eventual cambio -total o parcial- de la inversión sería preciso un acuerdo con el nudo propietario o, a falta de aquel, recurrir a la decisión judicial, pero no sería condición *sine qua non* la prestación de fianza. “A interés” creo debería asimilarse a inversiones sin riesgo, si bien existen fondos de inversión, como los FIAMM por ejemplo, cuya cartera solamente se invierte en valores seguros de renta fija que producen el mismo efecto que un plazo fijo; y las “garantías suficientes”, serán las que decidan ambos en común o también, en su defecto, por el Juez.

Por el contrario, incluso para estos supuestos de dispensa legal de fianza recomienda, sin embargo, MARTINEZ DE BEDOYA la constitución de la misma como único modo de permitir reembolsos parciales y solicitud de cambio en el destino de la inversión.

De cualquier modo, no es éste el criterio de la Lremv. pues nada menciona respecto a la obligatoriedad de una fianza. A mayor abundamiento, la fianza trae como consecuencia directa para dicha autora que el usufructuario debería asumir eventuales rentabilidades negativas si se produjeran (en tanto que devolver la sustancia supone restituir el *quantum* inicial) lo cual queda descartado por la regulación que establece el art. 118.1 Lremv. También, en igual sentido, por el art. 561-34. 2º del Cc. catalán.

Estando de acuerdo con la premisa de que el cambio de la inversión tendría que ser de un fondo a otro, cabría preguntarse si la composición de la cartera de los mismos debería ser o no similar para considerar inalterada la sustancia. En mi opinión, la elección originaria del premuerto nos dará la pista del perfil inversor al que podría responder -si es conservador o arriesgado en sus decisiones- o, cuando menos, al que quiere que se ajuste el usufructo en cuestión. Creo que un respeto a la sustancia del usufructo pasaría por un cambio entre fondos de renta fija, si estuviéramos ante una

resultará muy complejo evitar situaciones que puedan perjudicar los derechos del usufructuario una vez efectuado el abono en la cuenta indistinta.

En cualquier caso, si se acepta la interpretación correctora expuesta en el apartado anterior, consistente en la atribución al viudo en pleno dominio de las participaciones equivalentes a la revalorización que le corresponde, lo coherente es la apertura de una cuenta vinculada en la que aquél conste como titular único. De esta manera, además de los problemas fiscales citados, se evitan, por añadidura, los que conlleva una cuenta o libreta de ahorro indistinta cuando las relaciones entre los sujetos del usufructo se deterioran.

5.5.- La fianza.

Otra cuestión importante se plantea en torno al tema de la fianza ¿Es necesaria en el usufructo aragonés de fondos de inversión?; si así fuera, ¿en qué supuestos y bajo que condiciones?

El artículo 103 Lremv. la exige solamente si lo hubiera solicitado así el premuerto o los nudo propietarios, salvo disposición contraria de aquél, o bien por decisión judicial si existieran dudas acerca de la conservación del patrimonio hereditario.

Con carácter general, la finalidad de una fianza en un usufructo es garantizar el cumplimiento de las obligaciones del usufructuario que son, básicamente, la de conservar la cosa y disfrutarla con la diligencia de un buen padre de familia. Asegura, pues, el resarcimiento de daños y perjuicios de los que podría aquél ser responsable frente al nudo propietario por un eventual deterioro o destrucción de los bienes.

Pero aquí, respecto a lo que es la conservación, es la Sociedad Gestora la que tiene las facultades de administración y representación del fondo ya que, con los únicos límites del reglamento de este último y la normativa de inversión colectiva y guiándose siempre por intentar sacar el máximo rendimiento para el partícipe, modifica las inversiones según criterios económicos de oportunidad que, en ningún caso, le vinculan con aquéllos; y en lo relativo al disfrute (*ius fruendi*), no existe ningún contacto directo del usufructuario con el patrimonio gestionado por el fondo concretándose su derecho, exclusivamente, en un crédito por el importe de las plusvalías acumuladas.

Por tanto si, *ab initio*, el viudo no responde de la conservación y administración del fondo y su disfrute no puede perjudicar a este último, la exigencia de la fianza queda, con carácter general, vacía de contenido.

El interés del viudo en Aragón se centrará en que, cada año, el fondo produzca rentabilidades positivas que el nudo propietario pueda satisfacerle.

La Lremv. faculta a los nudo propietarios a acudir al Juez si estiman que se está realizando una mala administración de los bienes por parte del usufructuario ¿Que ocurriría si es éste último el que considera que la inversión no es adecuada y que, en consecuencia, no va a haber posibilidad de reembolso parcial ante la ausencia de plusvalías?

⁴⁸elección conservadora, a la progresiva introducción de porcentajes de renta variable (desde los fondos mixtos con múltiples combinaciones a los fondos puros de Bolsa) que se irían incrementando de manera inversamente proporcional a la aversión al riesgo.

Se ha quedado en una mera cláusula de estilo en los testamentos realizados ante notario la relevación de inventario y fianza en los supuestos de usufructo universal aragonés, con formulaciones semejantes a la siguiente:

“Ambos cónyuges se reconocen, mutua y recíprocamente, usufructo universal de viudedad foral, con *relevación de inventario y fianza*”.

¿Podría el usufructuario solicitar el cambio de la inversión? Y si así fuera, ¿en qué condiciones para evitar la alteración de la forma y sustancia propias de todo usufructo?

En el ámbito del Derecho estatal, la doctrina tradicional opina que la elección del destino de la inversión corresponde exclusivamente, al usufructuario *con fianza*, con apoyo en el 507 Cc. .

Pero aquí el viudo no tiene que responder de nada: el tipo de fondo lo eligió, en su momento, el premuerto; la Gestora es la que modifica las inversiones del capital y quien, en puridad, lo administra; no existe posesión ni uso en el sentido clásico del Cc. con lo cual ni existe posibilidad de deterioro ni de, en buena lógica, posibles responsabilidades por éste.

Si un fondo está perdiendo valor será por una desacertada elección inicial, por la coyuntura económica de ese momento o porque la Gestora haya errado en su criterio de inversión pero, evidentemente, son éstas cuestiones sobre las que nada se puede reprochar, con carácter general, al usufructuario .

Si a esto le unimos que el causante, al elegir el fondo, buscara cabalmente favorecer de alguna manera al usufructuario, no tiene fundamento alguno exigirle una fianza para garantizar una inversión cuyo destino no eligió ni para efectuar unos reembolsos parciales que, como ya hemos visto, puede llegar a ser el único modo para evitar que el viudo se quede con un usufructo vacío de contenido .

El límite vendría dado no precisamente por la fianza sino, únicamente, por la obligación de conservar la forma y sustancia del 467 Cc. Y creo que se cumpliría con el mismo siempre y cuando estuviéramos *ante productos financieros cuya rentabilidad consiste en una plusvalía al tiempo del reembolso*, siguiendo el tenor del art. 118 Lremv. .

Por tanto, ante un fondo que vaya acumulando pérdidas consecutivas y que no permitiera efectuar reembolsos parciales, entiendo que el usufructuario debería estar facultado para solicitar el cambio de la inversión al nudo propietario sin necesidad de haber prestado previamente fianza alguna ; y, si éste se negara injustificadamente, podrían acudir al Juez invocando el principio del *favor viduitatis* pues considero que no es posible considerar favorable a la viudedad permitir que se prolongue en el tiempo un usufructo sobre un fondo que en nada beneficia al viudo⁴⁹.

5.6.- Fondos garantizados

En la Lremv. se habla de fondos de inversión sin descender a las diversas peculiaridades que pueden presentar éstos. Sin embargo, una categoría que, por sus especiales características, merece especial atención en el tema que nos ocupa son los fondos garantizados⁵⁰.

⁴⁹ En opinión de BERNAD MAINAR, sería útil el pacto que permitiera acudir también a la Junta de Parientes para la adopción de medidas oportunas cuando los nudo propietarios estimen que la actuación del usufructuario sea gravemente perjudicial, pues esta posibilidad solamente está contemplada en el art. 110 Lremv. en relación a la autoridad judicial, cfr. BERNAD MAINAR, R., "La Junta de Parientes en la nueva legislación aragonesa", RDCA, XI-XII, 2005-2006, p. 98.

En línea con esta idea, y siendo que aquí defendemos la interpretación extensiva del precepto citado al viudo para el usufructo de fondos, sería coherente aconsejar la inclusión de una cláusula en esta dirección que permitiera recurrir a la intervención parental cuando la que pudiera calificarse como perjudicial fuera la actuación del nudo propietario.

⁵⁰ En los debates de la Comisión Aragonesa sobre el precepto, se propuso una regulación expresa del usufructo sobre fondos garantizados tanto en el apartado 3º del texto inicial de la ponencia de Ricardo Giménez Martín como en el 4º del de José Luis Batalla Carilla. Ambos tenían en común que el viudo percibía, como mínimo, el importe de la garantía, ya

Si los analizamos desde un punto de vista jurídico, la constitución de estos fondos ha supuesto en nuestro ordenamiento un negocio nuevo de otorgamiento de una garantía de contenido económico y de carácter compensatorio por el que el partícipe puede gozar de un derecho de crédito frente al garante adicional a los derechos que le asisten como partícipe.

Desde el punto de vista del beneficiario, dicha garantía puede ser cualquier medida para asegurar a una fecha futura el reembolso de las participaciones con un valor patrimonial determinado que puede ser el valor íntegro de la suscripción, un porcentaje sobre dicho valor o, lo más habitual, el valor patrimonial suscrito incrementado en una rentabilidad fija o variable.

En la práctica, el partícipe que pretenda reembolsar sus participaciones obteniendo la revalorización prometida deberá permanecer en el fondo hasta la fecha de finalización de la garantía. En caso contrario, se le abonarán sus participaciones al valor liquidativo del momento en que se efectúe el reembolso, con el agravante de tener que sopor-tar frecuentemente elevadas comisiones sobre el nominal de la inversión.

Lo habitual es que en la gestión de estos fondos se recurra a técnicas más o menos sofisticadas para evitar la efectividad de la garantía. Por este motivo, el horizonte temporal de estas garantías suele ser a medio/largo plazo.

Recapitulando, nos encontramos ante una inversión rígida que, aunque tiene como plus añadido el gozar de una rentabilidad mínima garantizada que aleja tajantemente posibles pérdidas, está muy encorsetada a la hora de los reembolsos. Aunque no deja de ser cierto que estos últimos son perfectamente posibles, las comisiones son tan fuertes y desincentivadoras que resulta absolutamente desaconsejable hacerlos año tras año.

En cualquier caso, en relación a nuestra materia, deben tenerse presente dos puntos fundamentales: la subsistencia de la garantía en el supuesto de un reembolso parcial sobre las participaciones no reembolsadas y la transmisibilidad *mortis causa* de los derechos inherentes a la condición de beneficiario.

⁵⁰ fuera por la obligación de esperar a su vencimiento para el reembolso (Texto de Batalla Carilla) como por compensación del importe de aquélla si la desinversión se efectuaba anticipadamente (Texto de Giménez Martín), cfr. "Acta de la sesión de trece de febrero de 2002 (Acta 147)", *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil*, op. cit., pp. 8 y 9.

Sin embargo, la decisión final de la Comisión de limitar la regulación a "los productos financieros cuya rentabilidad consiste en la plusvalía obtenida al tiempo de su reembolso, como los fondos de inversión acumulativos", sin entrar en más particularidades, conllevó su eliminación del texto definitivo. Vid. al respecto "Acta de la sesión de veinte de febrero de 2002 (Acta 148)", *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil*, op. cit., p. 8.

Cfr. RICO ARÉVALO, B., "Los fondos de inversión garantizados: Elementos jurídicos de configuración", *RDBB*, nº 67, julio-septiembre 1997, pp. 697, 701 y 715.

El Cc. catalán sí se adentra a la regulación del usufructo sobre estos fondos:

Art. 561-34.- El usufructo de participaciones en fondos de inversión.

5.- Los nudos propietarios de participaciones de fondos de inversión garantizados sólo pueden pedir su reembolso una vez vencido el plazo de garantía.

Obligando al nudo propietario a permanecer en el fondo hasta el final de la garantía se protegen los derechos del usufructuario que podría resultar perjudicado si el valor liquidativo del fondo al reembolso anticipado fuera inferior al de aquélla y, en cualquier caso, por las elevadas comisiones.

No obstante, el inmovilizar una inversión puede tener sus riesgos y AGUSTÍN TORRES aconsejaba durante la vigencia de la Ley catalana 13/2000 de usufructo, uso y habitación analizar su conveniencia caso por caso, modalizándola a través de pacto, cfr. AGUSTÍN TORRES, C., "Usufructo sobre participaciones...", op. cit., pp. 20 y 33; en igual sentido, tras la aprobación del Cc. catalán, vid. del mismo autor "El usufructo de dinero y de participaciones en fondos de inversión y en otros instrumentos de inversión colectiva", op. cit., pp. 201 y 210.

¿Qué supondría la presencia de un usufructo viudal aragonés *ex lege* sobre un fondo garantizado?

En mi opinión, aunque es perfectamente posible, se produce una evidente contraposición de intereses: por un lado, la filosofía de estos fondos, con una clara vocación de permanencia hasta el final de la garantía; por otro, la *ratio legis* del art. 118 Lremv., que se identifica con que el usufructuario tenga siempre la puerta abierta y sin trabas a la posibilidad de solicitar anualmente el cobro de las plusvalías que le corresponden.

Si se constituyen voluntariamente usufructos sobre este tipo de fondos, la solución más equilibrada sería optar por uno con un plazo de garantía no muy elevado para alejar el riesgo de la posible inoperancia del usufructo si se produjera la extinción del mismo con anterioridad a la finalización del plazo de aquélla.

No obstante, se trataría de una cuestión muy personal directamente vinculada al perfil inversor del causante ya que, si se trata de una persona muy conservadora y con aversión al riesgo, como suele ser el caso de los demandantes de este tipo de productos, se inclinará por este tipo de fondos no solamente pensando en su propio beneficio sino también, a buen seguro, en el del usufructuario, encontrando prioritaria la protección ante posibles pérdidas sobre la posibilidad de eventuales reembolsos parciales.

6.- Repercusiones fiscales.

6.1.- Regulación legal.

El artículo 94 de la Ley 35/2006 de I.R.P.F. vigente establece que los contribuyentes que sean partícipes de las IIC reguladas en la Ley 35/2003 deben imputarse la *ganancia o pérdida patrimonial* obtenida como consecuencia del reembolso de sus participaciones en aquéllas. En consecuencia, el hecho imponible solamente se produce en este concreto momento del reembolso. La diferencia entre el valor de reembolso y el de suscripción de las participaciones es lo que se considera ganancia o pérdida patrimonial⁵¹ y se integra en la renta del ahorro.

En virtud de lo expuesto, los traspasos de fondos no generan por sí mismos ninguna imputación fiscal, sino un simple traslado de las ganancias o pérdidas acumuladas del fondo origen al fondo destino, y ello hasta el momento concluyente del reembolso definitivo.

En aplicación del criterio fiscal que confiere al nudo propietario la condición de partícipe⁵², solamente él tiene, con carácter exclusivo, la facultad de solicitar el reembolso. Una vez realizado, tributará en el I.R.P.F. por la ganancia obtenida en la transmisión, si bien deberá pagar al usufructuario el rendimiento producido desde el inicio del usufructo (esto es, desde la fecha del fallecimiento del partícipe originario) hasta el reembolso de la participación, computándose simultáneamente como una pérdida patrimonial. De esta manera, la ganancia del nudo propietario se verá reducida en la revalorización producida desde la compra por el titular inicial hasta su óbito.

⁵¹ Vid. al respecto AGENCIA TRIBUTARIA, *Manual práctico renta 2007*, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 2007, p. 313.

⁵² Sobre ello vid., entre otras, resoluciones de la DGT 1626/98 de 8 de octubre de 1998, 1924/00 de 30 de octubre de 2000, 990/01 de 24 de mayo de 2001 y 1372/07 de 25 de junio de 2007.

Por su parte, el usufructuario deberá declarar la cantidad percibida como rendimiento de capital mobiliario⁵³.

En el supuesto de que el usufructuario falleciera antes del reembolso, dado que en ese momento se produce la extinción del usufructo, será entonces cuando deberá cuantificarse, a los efectos del I.R.P.F., el rendimiento correspondiente al fallecido respecto a la renta obtenida en el período a gravar, que se obtendrá por la diferencia de los valores liquidativos de las participaciones en fondos de inversión en la constitución y en la extinción de aquél.

6.2.- Ejemplo práctico aplicado al art. 118 Lremv.

Siguiendo las pautas expuestas, seguidamente se exponen dos ejemplos de tributación adaptados a las especialidades del usufructo aragonés de fondos de inversión.

6.2.1.- Sistema de liquidación fiscal del usufructo de fondos⁵⁴.

¿Qué tributación corresponde por unas participaciones en un fondo de inversión con un valor de adquisición de 100 que se reembolsan por 110 y sobre las que existe un derecho de usufructo viudal?

- Importe que civilmente corresponde a usufructuario y nudo propietario.

Conforme al art. 118.1 Lremv., corresponde al viudo la diferencia positiva entre el importe actualizado de su valor al comienzo del usufructo y el que tengan al producirse el reembolso o extinguirse el usufructo.

Si suponemos en nuestro ejemplo un incremento del IPC del 6% durante el período de permanencia de las participaciones en poder del partícipe, el valor que corresponde civilmente al usufructuario será de 4:

- valor de reembolso: 110
- valor de adquisición actualizado: $100 \times 1,06$: 106
- ganancia para el usufructuario: $110 - 106 = 4$
- ganancia para el nudo propietario: $110 - 104 = 6$

- Tributación que corresponde a nudo propietario y usufructuario.

Como se ha visto al comienzo, la norma fiscal obliga al nudo propietario a tributar por la totalidad del reembolso con lo cual, en principio, declarará conforme a la norma fiscal la ganancia patrimonial de 10 (110-100).

No obstante, con independencia de este criterio fiscal, si existe una plusvalía, debe tenerse en cuenta que, una parte de ella, le corresponde civilmente al usufructuario.

La manera de conciliar la rigidez del criterio fiscal con el hecho de que el beneficiario último es el usufructuario y no el nudo propietario, se soluciona fiscalmente mediante la simultánea declaración por parte de éste de una pérdida por la parte del reembol-

⁵³ En opinión de PIÑEL LOPEZ aplicando este criterio fiscal "se llega a la paradoja, contraria a todos los principios de equidad tributaria, de que una misma magnitud económica, el incremento de valor liquidativo de un fondo de inversión mobiliaria, tribute de manera diferente según se perciba a título de usufructuario o de propietario, siendo así que el IRPF es un impuesto de naturaleza esencialmente económica y no jurídica", PIÑEL LOPEZ, E., "El usufructo de participaciones de fondos de inversión mobiliaria", op. cit. p. 167.

POZUELO ANTONI, F., *Análisis fiscal de la nueva ley aragonesa de régimen económico matrimonial y viudedad*, CAI Servicio de Asesoría Financiera, octubre 2003, pp. 43 a 49. Vid. igualmente en "Cuestiones fiscales", *Manual de Derecho matrimonial aragonés*, op. cit., pp. 408 a 413.

so que corresponde al usufructuario. Esa pérdida patrimonial se imputará en la misma parte de base imponible donde se impute la ganancia y será de -4.

Si unimos y resumimos las distintas operaciones que el nudo propietario tiene que hacer en su declaración resultará, teniendo en cuenta que desde el 1 de enero de 2007 el tipo de retención es del 18% y que estos rendimientos se integran en la base imponible del ahorro tributando igualmente al tipo único del 18%⁵⁵, lo siguiente:

- base imponible: $10 - 4 = 6$
- cuota que corresponde a la base imponible: $6 \text{ al } 18\% = 1,08$
- retención que puede deducirse: $10 \text{ al } 18\% = 1,8$
- a devolver por Hacienda: $1,8 - 1,08 = 0,72$

Con todo ello se evidencia que existe un anticipo de impuestos por la parte de la plusvalía que fiscalmente corresponde al nudo propietario y civilmente al usufructuario (18% de $4 = 0,72$)

El usufructuario deberá declarar la cantidad de 4 como rendimiento de capital mobiliario. En coherencia con el criterio que se viene exponiendo, dicha cantidad la percibe del nudo propietario y no del fondo⁵⁶ con lo que el primero podría estar obligado a retener en el improbable caso de que en él concurrieran algunos de los requisitos subjetivos establecidos por la normativa.

6.2.2.- Tributación en caso de reembolso anual de participaciones para el cobro de plusvalías por el viudo (art. 118.2 Lremv.).

Sobre 10 participaciones con precio de adquisición de 10 y revalorizadas, por ejemplo, en un 5% anual (descontado el IPC que fijamos en un 0,5%) existe un usufructo viudal. El usufructuario, acogiéndose al 118.2 Lremv., pide que se reembolse la cantidad que conforme a ese precepto le corresponde.

- Cálculo del valor que civilmente corresponde al usufructuario.

Como la revalorización es de $0,05 \times 10 \times 10 = 5$, ese es el valor que le corresponde. Realmente la revalorización total ha sido de un 5,5%, pero el 0,05% imputable al IPC se atribuye al nudo propietario y no al usufructuario.

- Reembolso de participaciones que deberá hacer el nudo propietario

Siempre según el criterio fiscal, el nudo propietario debe vender sobre un valor total de 10 participaciones $\times 10,55$ (10 de valor de adquisición $\times 1,05$ de revalorización) = 105,5, es decir, un porcentaje de participación que represente el valor de 5 que debe entregar al usufructuario.

Por ello, si una participación vale 10,55, al usufructuario se le debe atribuir un porcentaje de 47,39% de la participación ($5/10,55$).

Reembolsará participaciones con un valor de reembolso de 5, que corresponde a un valor de adquisición de 4,739.

⁵⁴ El sistema de liquidación expuesto sigue, entre otras, las directrices recogidas en contestación de la DGT 990/01 de 24 de mayo de 2001.

⁵⁵ Consúltase AGENCIA TRIBUTARIA, *Manual práctico renta 2007*, op. cit., p. 107.

⁵⁶ Vid. en igual sentido para el Cc. catalán AGUSTÍN TORRES, C. y AGUSTIN JUSTRIBÓ, J., "Algunas implicaciones fiscales en los usufructos de dinero y de participaciones en fondos de inversión", *La Notaría*, n.º 34, octubre 2006, p. 47.

- Tributación del nudo propietario

Tendrá una ganancia patrimonial de $5-4,739=0,26$. Esta ganancia, sujeta a retención, deriva de que solamente el partícipe puede imputarse el resultado; y, paralelamente, una disminución patrimonial de 5 por ser la cantidad debida al usufructuario.

- Tributación del usufructuario

Declarará como rendimiento de capital mobiliario un valor de 5 que es lo realmente percibido.

6.3.- Conclusiones

Tal y como ha podido apreciarse en los ejemplos precedentes, la tributación de los usufructos de fondos de inversión viene marcada por la atribución de la normativa fiscal de la condición de partícipe al nudo propietario y, por extensión, de la facultad de reembolso. Esto trae como consecuencia no sólo cálculos más complejos al efectuar las respectivas declaraciones del I.R.P.F. –especialmente, en el caso aragonés, en los supuestos de reembolsos parciales del art. 118.2 Lremv.- sino también el anticipo en el pago de impuestos de plusvalías que fiscalmente corresponden al nudo propietario pero civilmente al usufructuario, con el problema añadido de que la Gestora practica en el momento del reembolso la retención correspondiente sobre el montante total de aquéllas⁵⁷.

Esta identificación de obligado tributario con nudo propietario, y la correlativa falta de personalidad fiscal directa del viudo usufructuario, puede añadir un grado de complejidad indeseado en la aplicación del art. 118 Lremv. y constituir un elemento desincentivador para esta clase de usufructos. Aunque, en principio, se trata de un factor ajeno al ámbito civil que no debería influir en el análisis e interpretación de la norma aragonesa⁵⁸, lo cierto es que, como se ha podido observar, resultará determinante en la aplicación práctica del precepto.

⁵⁷ Según MARTINEZ DE BEDOYA, en materia de retenciones, el posibilitar reembolsos parciales al usufructuario con fianza -que ella propone como solución para evitar, en el ámbito de aplicación del Cc., que este usufructo quede inoperante, aplicando por analogía la regulación del usufructo de montes- “facilitaría la cuestión, ya que, de otra manera, si únicamente puede reembolsar el nudo propietario, éste va a ser, en definitiva, quien soporte la retención primeramente, y luego, deberá procederse a las compensaciones entes las partes, con las complicaciones que ello supone, como, por ejemplo, el momento en el que ha de realizarse la compensación”, MARTINEZ DE BEDOYA, C., “Estudio teórico y práctico de participaciones de fondos...”, op. cit., pp. 701 y 702. En el caso aragonés, considerar legitimado al viudo para efectuar por sí sólo los reembolsos anuales del 118.2 Lremv. simplificaría igualmente la cuestión en el ámbito fiscal.

⁵⁸ En igual sentido, para el ámbito del Derecho estatal, vid. PIÑEL LOPEZ, E., “El usufructo de participaciones de fondos de inversión mobiliaria”, op. cit., pp. 160 y 162.

Según SEGURA ORTEGA, no existen lagunas en los casos en que hay un conjunto normativo que regula una determinada situación pero se formula de manera que otorga una gran facultad discrecional al juez o a los particulares, cfr. *El problema de las lagunas en el Derecho*, AFD, T. VI, Madrid, 1989, p. 303. Siguiendo a BAYOD LOPEZ, estaríamos aquí, a mi juicio, ante un ejemplo de lo que considera decisiones legítimas del legislador autonómico que, voluntariamente, ha querido liberar de regulación una determinada cuestión. Sólo podrá afirmarse con rotundidad que nos encontramos ante una laguna del ordenamiento cuando el hueco legal se deba a una falta de previsión involuntaria por parte de aquél, cfr. BAYOD LOPEZ, C., *Aplicación del Código Civil como Derecho supletorio...* op. cit, pp. 74 a 76; igualmente en “El art. 149.3 CE: la supletoriedad del Código Civil como derecho estatal”, op. cit., pp. 119 a 121.

Como se ha podido observar a lo largo de la exposición, una gran mayoría de las “omisiones” de regulación en el precepto son premeditadas por parte del legislador, bien porque no lo ha considerado necesario, bien porque ha preferido dejarlas abiertas a la autonomía de la voluntad en aras de la flexibilidad y vocación de permanencia futura que pre-

7.- Consideraciones finales.

7.1.- La conveniencia de un título o pacto.

Como ha quedado expuesto en líneas precedentes, son numerosos los problemas y carencias que la regulación del 118 Lremv. puede presentar en la práctica, con el agravante de que nos encontramos con una materia absolutamente nueva y sin precedentes en el Derecho Aragonés.

Sin embargo, esto no debe hacernos olvidar que se trata de normas de carácter no imperativo que entrarán en juego solamente en defecto o insuficiencia de título constitutivo o de acuerdo entre las partes.

Si, por el contrario, las condiciones del usufructo están bien determinadas, a ellas habrán de ajustarse tanto las partes como la Sociedad Gestora y Depositaria⁵⁹. Por tanto, será especialmente recomendable la confección minuciosa de pactos con la finalidad de que puedan evitar o paliar, en la medida de lo posible, imprecisiones o conflictos futuros.

Los reglamentos de los fondos establecen que conste en los registros de la Sociedad Gestora la constitución de cualquier derecho real sobre las participaciones. Aunque no requiere forma especial, sería conveniente la elevación a escritura pública con carácter *ad probationem* para caso de conflicto. No obstante, deberá realizarse en capitulaciones

⁵⁹ MARTINEZ DE BEDOYA, C., "Estudio teórico y práctico de participaciones" ..., op. cit., p. 677.

Como establece el art. 8.1. Orden EHA/596/2008 de 5 de marzo por la que se regulan determinados aspectos del régimen jurídico del Depositario de IIC, la llevanza del Registro de Partícipes corresponde a la Sociedad Gestora. En relación con este Registro y con el tema objeto de nuestro estudio DUQUE DOMÍNGUEZ señala: "los reglamentos establecen un registro de los certificados emitidos donde constan los nombres y domicilios de sus titulares así como el número de participaciones de que cada uno es titular. Igualmente en este libro registro (...) se tomará razón no sólo de las transmisiones de dominio sino también de la *constitución de los derechos reales sobre las participaciones o de cualquier otra limitación que se imponga sobre las mismas* (el subrayado es mío), cfr. DUQUE DOMÍNGUEZ, J., "Participaciones y certificados en los fondos de inversión mobiliaria", *Coloquios sobre fondos de inversión*, Bilbao, 1974, p. 338.

En igual sentido, AGUSTÍN TORRES apunta que de dicho título constitutivo debe tomarse razón en los Registros de la Sociedad Gestora y que básicamente habrían de establecer quién tiene derecho a exigir el reembolso mientras subsista el usufructo, el reparto eventual y destino del mismo y cual será la consecuencia económica en el caso de que se extinga el usufructo antes del reembolso. Vid. al respecto AGUSTÍN TORRES, C., "Transmisiones mortis causa del derecho de usufructo sobre acciones y participaciones sociales y fondos de inversión mobiliaria de carácter acumulativo. Su alcance sustantivo y fiscal", op. cit, pp. 51 y 52.

Con carácter general, no suele haber coincidencia entre la fecha de la operación y la del ingreso en la cuenta de ahorro a la que, necesariamente, han de ir vinculados, abonándose normalmente un día después de la fecha del reembolso. Cuando se trata de productos complejos por su estructura, como los fondos de fondos, o bien con inversiones en países con mucha diferencia horaria con España (Australia o países asiáticos, por ejemplo) el abono en cuenta puede demorarse hasta dos días.

Una decisión objetiva de cambio de fondo debe obedecer a un análisis previo en el que se tomen en consideración su rentabilidad potencial, riesgo, volatilidad y el horizonte temporal mínimo recomendado por la Gestora. A la vista de todos estos factores, lo más adecuado sería, a mi juicio, dedicar un apartado específico en el que los protagonistas del usufructo abordaran estos cuatro puntos:

- a) Determinación de un perfil de riesgo con base en el fondo originario elegido por el premuerto.
- b) Establecimiento de unos objetivos económicos adecuados a la cartera del mismo y al horizonte temporal mínimo recomendado.
- c) Seguimiento continuado de la evolución del fondo.
- d) Fijación de unos criterios para el cambio de la inversión en función tanto de los resultados obtenidos como de los cambios que se produzcan en los mercados.

Será la ponderación de estas variables la que puede orientar hacia un cambio de fondo adecuado no solo a la voluntad del causante y al respeto de la sustancia del usufructo sino también al mercado, cuyas condiciones pueden haber variado perfectamente desde el momento del inicio de aquél.

matrimoniales si es anterior a la celebración del matrimonio, en aplicación de lo dispuesto en el art. 90.1 Lremv.

7.2.- Cláusulas recomendables.

El contenido de un título constitutivo del usufructo de fondos o de un pacto entre usufructuario y nudo propietario deberá centrarse en una especificación detallada de las condiciones básicas del usufructo, junto con la delimitación y ejercicio de los derechos de nudo propietario y usufructuario y de sus relaciones con las entidades Gestora y Depositaria, y adentrarse, como mínimo, en las siguientes cuestiones:

7.2.1.- Establecimiento de un índice de actualización aplicable a ambas partes.

Deberá tomarse como referencia tanto en el supuesto de reembolso total como parcial así como en el usufructo de dinero del 117 Lremv. si, en defecto de otra regulación de las partes, resultara de aplicación por remisión del 118.3º Lremv.

Una vez elegido, sería conveniente mantenerlo durante toda la vida del usufructo para evitar desvirtuar las liquidaciones salvo en el caso de que las circunstancias económicas aconsejaran modificarlo por perjudicar a una de las partes.

7.2.2.- Determinación de la asunción de las comisiones.

Lo más lógico será que el nudo propietario se haga cargo de las relativas al inicio y fin de la inversión (suscripción y reembolso total) y el usufructuario, las de los reembolsos parciales que vaya efectuando para el cobro de plusvalías. El resto (gestión y depósito) afectarán, en principio, a los dos en proporción a su derecho puesto que son las que soporta el fondo disminuyendo su rentabilidad.

De cualquier modo, las combinaciones en relación con este aspecto pueden ser múltiples. Yo me inclinaría, incluso, como solución más equilibrada, por deferir la cuestión al final del usufructo o al reembolso total, en su caso, y hacer la liquidación y las correspondientes compensaciones en atención a las plusvalías finales que haya producido el fondo.

7.2.3.- Fijación de reglas de cálculo temporal para el cobro de las plusvalías.

No admite discusión que las plusvalías de los fondos deben encuadrarse dentro de la categoría de los frutos civiles y que, en consecuencia, su cómputo se hará día a día. Pero no estará de más fijar la fecha exacta de inicio para esa periodicidad anual con la que el 118.2º Lremv. condiciona los reembolsos parciales del usufructuario, teniendo presente que, normalmente, la suscripción del fondo y el inicio del usufructo no coinciden en el tiempo o que, según la clase de fondo, sobre todo los que tienen en su cartera renta variable, la fecha valor de la operación de reembolso y su abono efectivo en cuenta no son iguales.

Asimismo será recomendable fijar un plazo para la reclamación de las plusvalías tras el reembolso final del fondo si se quiere obviar la aplicación supletoria del 1966 Cc. y su plazo de prescripción de cinco años.

7.2.4.- Información del usufructuario.

Concretar la obligación del nudo propietario de facilitar información del fondo al usufructuario si la Gestora no lo hiciera, puesto que su acceso a los datos y evolución de la inversión será inexcusable para un correcto desenvolvimiento del usufructo.

7.2.5.- Identidad de titulares y de sistema de disposición entre la cuenta del fondo y la de ahorro vinculada.

Toda inversión realizada en una Entidad financiera supone la apertura de una cuenta específica vinculada a otra ordinaria donde se efectúan las operaciones y liquidaciones relativas a aquélla. Para evitar problemas, lo más correcto será poner al viudo y al nudo propietario como titulares únicos y exclusivos.

Por lo que respecta al sistema de disposición, lo más acorde con la finalidad del 118 Lremv sería pactar firma única del usufructuario para los reembolsos anuales de las plusvalías que le correspondieran y conjunta para el resto de reembolsos, a no ser que las circunstancias particulares del usufructo recomendaran otras variantes.

En cualquier caso, resultará aconsejable también prever reglas precisas de actuación para supuestos de divergencias entre cotitulares concretando, si es posible, la posibilidad de solicitud unilateral de cambio en el sistema de disposición de las cuentas y su ejercicio concreto.

7.2.6.- Delimitar con precisión las condiciones de cambio de la inversión.

Sería conveniente establecer unas reglas en virtud de las cuales el usufructuario pudiera demandar un cambio en la inversión si con la inicial saliera perjudicado ante la ausencia de plusvalías, por ejemplo, un máximo de anualidades con pérdidas o la fijación, en ese caso, de unas compensaciones mínimas.

Dada la inmensa oferta que existe en el mercado financiero, sería muy útil determinar también tanto unas composiciones determinadas de la cartera del fondo nuevo como unos parámetros fijos de volatilidad y riesgo para evitar de ese modo que, por proteger al viudo, el nudo propietario fuera desfavorecido, ya que lo normal es que mientras para éste prime la seguridad de la inversión, para aquél lo determinante sea la rentabilidad.

Si estas normas se fijan con detalle, los cambios en las inversiones pueden ser ágiles y dinámicos, teniendo además presente la ventaja añadida que supone la supresión del peaje fiscal hasta el reembolso definitivo.

De cualquier modo, para una eficacia completa, será preciso dejar expedita la vía jurisdiccional o parental, en su caso, tanto para el viudo como para el nudo propietario si se produjera una negativa injustificada ante el cambio o una falta de acuerdo sobre el mismo.

7.2.7.- Elección restrictiva de fondos garantizados

Respecto a los fondos garantizados, elegirlos solamente cuando se trate de perfiles muy conservadores o en circunstancias económicas muy concretas que lo aconsejen, con plazos de garantía no muy elevados y flexibilizando, en la medida de lo posible, la cuestión de las comisiones, estableciendo un reparto equitativo entre ambas partes sin que resulte especialmente gravoso para ninguna.

7.2.8.- Adecuación de las reglas del usufructo de dinero del 118.3 Lremv.

Atemperar, en atención a las circunstancias personales del usufructuario y al montante objeto de la herencia, el usufructo de dinero que pueda surgir en los supuestos de reembolso anterior al final del usufructo y posterior falta de acuerdo en la reinversión del art 118.3 Lremv. ya que, en aplicación de las reglas del usufructo de dinero del art.

117 Lremv., el viudo elige libremente la colocación del dinero al tener facultad de disposición sin más límite que la devolución del valor actualizado.

Si las circunstancias económicas del usufructuario, su estilo de vida o su conducta lo aconsejaren, entendemos justificada la exigencia de una fianza, ya que lo más normal será que sus propios herederos tengan que hacer frente a la restitución de los fondos en caso de un mal uso de los mismos si falleciera con anterioridad a la extinción del usufructo⁶⁰.

7.2.9.- Fijación de reglas para el caso de que se produzca la finalización del usufructo con anterioridad al reembolso.

Partiendo de la premisa de que la extinción del usufructo no implica la obligación de reembolso para el nudo propietario, resultaría beneficioso tener previstas unas reglas de cálculo y asignación de plusvalías para cuando la extinción se produzca por muerte del usufructuario y no exista una identidad entre nudos propietarios y los beneficiarios del viudo. Igualmente, resultaría aconsejable establecer que estos últimos pudieran ejercitar sin problemas, si lo estimaran oportuno, la facultad del reembolso parcial anual del 118.2 Lremv.

7.3.- Perspectivas futuras. La importancia del asesoramiento profesional.

Dado el carácter novedoso de la norma y la amplitud con que el legislador ha establecido sus parámetros deberá ser la práctica la que perfile y delimite su aplicación y haga surgir interrogantes o necesidades nuevas. Ahora bien, hasta la fecha, por lo que se ha podido constatar, se trata de un precepto de nula aplicación, probablemente por desconocimiento o quizás porque entraña más dificultad de la que revela en apariencia.

Por todo ello, será fundamental la labor de asesoramiento de los profesionales del Derecho, básicamente Notarios y Abogados, dirigida a evitar problemas que impidan lo que, por propia definición, es inherente y consustancial a cualquier usufructo: el disfrute real y efectivo del bien ajeno. En nuestro caso, el cobro de las plusvalías generadas por el fondo.

V. USUFRUCTO DE PARTICIPACIONES SOCIALES.

1. Introducción.

A. Si bien, como se ha adelantado, existen normas específicas para las atribuciones dispositivas que corresponden a los usufructos viduales de dinero y de fondos de inversión, no sucede lo mismo cuando el objeto del usufructo lo constituyen participaciones sociales, a diferencia de lo que sucede en otras Comunidades Autónomas.

El usufructo de participaciones sociales no tendrá, probablemente, tanta incidencia estadística como pudieran tenerla los otros dos usufructos estudiados en esta ponencia, aunque presenta interesantes problemas jurídicos a la hora de su disfrute.

⁶⁰ Para HERNÁNDEZ GARCIA, la fianza es la única posibilidad de aseguramiento de la restitución de las cantidades dispuestas por el viudo usufructuario, siempre y cuando no exista disposición contraria del premuerto, cfr. HERNÁNDEZ GARCIA, J., "El usufructo de dinero (comentario al artículo 117 de la ley de régimen económico matrimonial y viudedad 2/2003)", *RDCA*, VII-VIII, 2001-2002, pp. 229 y 230.

Adquirirá, además, en función de las conclusiones a las que se llegue sobre su alcance, un papel decisivo en la marcha de la empresa de que se trate y podrá llegar a afectar a su expansión, a su capacidad de acometer determinados proyectos empresariales y, consecuentemente, a los terceros que participan de su presencia en el tráfico mercantil, fundamentalmente trabajadores, proveedores y clientes.

B. En defecto de norma específica que regule el usufructo viudal de participaciones⁶¹, deberá aplicarse a su régimen, en primer lugar, la normativa imperativa que sea del caso, en su defecto la voluntad de las partes, y, en último lugar, las disposiciones supletorias de éstas o dispositivas. Según se explicará, concurren conjuntamente, pero en distintos planos jurídicos, los estatutos de la sociedad y el título constitutivo del usufructo.

Si bien, en rigor, la referencia precisa al usufructo de participaciones se contrae al régimen del capital de las sociedades limitadas, haré mención también, por su proximidad y conexión, al régimen del usufructo de acciones, más y mejor regulado que el de las participaciones sociales, y, además, referencia parcial por remisión directa de la LSRL, y de aplicación analógica en alguna Jurisprudencia.

C. El usufructo de participaciones no puede compartir la naturaleza jurídica del usufructo de dinero. La propia y especial esencia del primero -recayendo sobre bien fungible- lo impide.

La doctrina científica asimila el usufructo viudal aragonés de dinero a un cuasiusufructo (así es reconocido incluso explícitamente también por alguna legislación, según se ha expuesto en la coponencia que lo analiza), llegando incluso a extinguirse prácticamente el contenido de las facultades dominicales del nudo propietario.

Sin embargo, en el usufructo de participaciones se trata de un verdadero usufructo en el que el titular normalmente no podrá disponer de la participación sino que se debe-

⁶¹ Vid., en cambio, en la Compañía o Fuero Nuevo Navarro, la Ley 258:

Derechos. El cónyuge viudo tendrá todos los derechos que, en general, corresponden al usufructuario conforme al Capítulo I del Título IV del Libro tercero, y los que, en su caso, voluntariamente, le hubiesen sido concedidos por el cónyuge premuerto o hubieran sido pactados.

Además, cuando el usufructo de fidelidad recaiga sobre acciones de sociedades anónimas, y siempre que los estatutos, pactos o acuerdos sociales no dispongan otra cosa, se observarán las reglas siguientes:

1) *El derecho preferente para suscribir nuevas acciones corresponde exclusivamente al nudo propietario; pero si éste no hiciere uso de su derecho, el usufructuario podrá suscribir por sí mismo a nombre del nudo propietario, abonando los desembolsos y gastos correspondientes, y en caso de no ejercitar esta facultad podrá exigir el valor de los derechos de suscripción que se hubieren enajenado.*

2) *El usufructo se extenderá a las nuevas acciones suscritas; pero el usufructuario deberá abonar al nudo propietario todos los desembolsos y gastos que la suscripción le hubiere reportado, y si no lo hiciere en el plazo de treinta días a contar del requerimiento del nudo propietario, no tendrá el usufructo sobre las nuevas acciones, y en tal caso le corresponderá el importe de los derechos de suscripción realizados por el nudo propietario. En los supuestos en que el usufructuario deba indemnizar al nudo propietario por los gastos y desembolsos ocasionados, no tendrá derecho de reembolso.*

3) *En caso de sustitución de títulos o de amortización de acciones, el usufructo recaerá por subrogación sobre los nuevos títulos o el importe de la amortización.*

4) *En el usufructo de obligaciones que se conviertan en acciones, el usufructo recaerá sobre las acciones, y se aplicará lo dispuesto en los números anteriores.*

Las disposiciones de esta ley sobre usufructo de acciones se observarán, en la medida en que por su naturaleza sean aplicables, al usufructo de participaciones de sociedades de responsabilidad limitada y de cuotas sociales en sociedades colectivas, comanditarias o sociedades civiles.

Vid., también, la Ley 418 que se refiere a la anterior para el usufructo de acciones.

En cambio, en derecho catalán, los arts. 561-32 y ss. del Código Civil Catalán, no recogen el usufructo de participaciones en sede de derechos reales. La regulación de las sucesiones en la Ley 10/2008, de 10 de julio, del Libro Cuarto del Código Civil de Cataluña, sí previenen el tratamiento que se les debe dar en caso de fideicomisos, legados y modos sucesorios, con proximidad al usufructo de dinero.

rá limitar a sus frutos -dividendos-, salvo supuestos específicos que luego se contemplarán.

D. En fin, se hará referencia también a la privilegiada situación en la que se encuentra la legislación aragonesa para regular un usufructo *mortis causa* con facultades extraordinarias de disposición en vida del causante, próximas a las del usufructo de dinero, y la conveniencia, tanto personal como familiar, de articularlo mediante unos pactos paraestatutarios amparados por una escritura pública y desarrollados como un pacto sucesorio familiar.

2. Límites mercantiles a la regulación.

Como se ha dicho, el usufructo viudal de participaciones carece de tratamiento separado o específico a diferencia de lo que sucede en los arts. 117 y 118 con los otros dos usufructos estudiados en esta ponencia. Y, ello, pese a que, como recuerda MERINO, citando a LORENTE SANZ ⁶², la doctrina aragonesa hace ya mucho tiempo que lo reivindicó -“No sé si esta disposición ha sido suficientemente comentada en relación con el derecho de familia de nuestro Reino. Por lo menos convendría llamar la atención de los Juristas aragoneses de sobre esta norma para cuando redacten los estatutos de sociedades anónimas (y limitadas), a fin de que queden salvaguardados los principios rectores de la institución de la viudedad”-.

Estaremos entonces, a las limitaciones legales. Aquí concurren las normas especiales de la LSA y la LSRL, y las propias del usufructo viudal moduladas por el respeto a la legítima.

Las normas especiales para acciones y participaciones deberán ser preferidas frente a las genéricas del Código Civil, y, tratándose de un usufructo viudal aragonés, sus disposiciones particulares deberán ser especialmente consideradas, si bien, respecto de las normas societarias que regulan el usufructo de acciones y participaciones, no debe olvidarse que la legislación mercantil es competencia exclusiva del Legislador estatal por disposición constitucional -art. 149.1.6 CE “sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas”-.

A) El art. 36 de la Ley de Sociedades Limitadas dispone que en el usufructo de participaciones, la cualidad de socio reside en el nudo propietario, según el esquema tradicional, y conforme al mismo, atribuye al usufructuario “en todo caso” el derecho a los dividendos acordados por la sociedad durante el tiempo de duración del usufructo ⁶³. Sin embargo, la situación final no es tan estricta, como luego se dirá.

a) Respecto de si deben ser los estatutos los que regulen la posible configuración distinta del elenco de facultades del usufructuario dentro de la sociedad, impidiendo que tal configuración sea decidida, válidamente, por el causante, lo cierto es que ha habido criterios discordantes, pero parece que prima en la Doctrina la respuesta afirmativa. A esa opinión conduce el apartado 2 del mismo artículo cuando dispone que “En las relaciones entre el usufructuario y el nudo propietario regirá lo que determine el título constitutivo del usufructo”.

Si el Legislador hubiese contemplado los estatutos, podría haberlo incluido perfectamente en la previsión del apartado 1 como antecedente eficaz para la derogación del régimen supletorio previsto en la Ley.

⁶² MERINO y otros, “MANUAL DE DERECHO MATRIMONIAL ARAGONÉS”. Los Fueros. Zaragoza, 2007. Pg. 383.

i. Es cierto que, en última instancia, tanto el nudo propietario como el usufructuario reciben su derecho por transmisión del causante que ostenta la totalidad de las facultades en las que se desmembra la titularidad de la participación -con las restricciones estatutarias del caso-, por lo que, el propio decuius, debiera ser libre para distribuirlas del modo que juzgase más oportuno, siempre que tal distribución no perjudicase ni a la sociedad, ni a los socios, ni a terceros ⁶⁴.

ii. Sin embargo, como luego se verá, parece que el criterio del Legislador es diverso, señalando la existencia de dos esferas jurídicas concurrentes, y diferenciando, por un lado, el contenido de los estatutos, con efectos frente a la sociedad, los socios y los terceros, y, por otro lado, el del título constitutivo, que regulará la relación particular o interna entre usufructuario y nudo propietario ⁶⁵.

b) La Ley de Sociedades Limitadas, en el apartado 3 de este artículo 36, remite a los artículos 68 y 70 de la Ley de Sociedades Anónimas para la liquidación del usufructo y el ejercicio del derecho de asunción de nuevas participaciones que luego se referirán. En este caso, de nuevo, y como se ha adelantado, con la previsión que el título constitutivo del usufructo puede derogar tal régimen y añadiendo que en este supuesto las cantidades que hayan de pagarse por el nudo propietario al usufructuario, se abonarán en dinero.

c) Por lo que atañe a los demás derechos del socio, no es automática la respuesta a si cabe atribuirlos estatutariamente en favor del usufructuario, reduciendo notablemente las facultades habituales del nudo propietario -a quien la LSRL se los concede de manera subsidiaria-, y llegando a atribuir al primero incluso los derechos de voto, de manera que se le asegure la decisión de repartir dividendos y materializar el disfrute de su derecho.

Después, consideraré la limitación que, para la indisponibilidad de la legítima, esa alternativa supone ⁶⁶.

Algún autor como GRIMA FERRADA ⁶⁷ ha ofrecido la solución consistente en atribuir al usufructuario el derecho de voto sólo para los acuerdos relativos al reparto de dividendos.

d) En estos casos, el usufructuario sería libre y soberano para repartir los beneficios existentes y se plantearía una colisión entre el interés social -que coincide con el del nudo propietario- y el interés del usufructuario.

i. Si el usufructuario ejercita estrictamente su derecho y reparte sistemáticamente todos beneficios distribuibles, estará impidiendo a la sociedad que se pueda capitalizar

⁶³ Y, ello conforme a la tradición legislativa de las Leyes de Anónimas de 1.951 y 1.989 y el art. 24 de la LSRL DE 17 de julio de 1.953. No obstante, la previsión de la Ley de 1.953, hacía remisión genérica a la LSA.

⁶⁴ En mi opinión, el perjuicio no existiría siempre que se diese perfecta identificación de a quién correspondía cada facultad -lo que evitaría distorsiones en el normal funcionamiento de la compañía-, que es lo que, también, busca el art. 35 en el caso de copropiedad de participaciones.

⁶⁵ CABANAS TREJO, R. y CALAVIA MOLINERO, J.M., -Comentarios a la Ley 2/1.995 de 23 de marzo de Sociedades de Responsabilidad Limitada, Praxis, Barcelona, 1.995, p. 153-, señalan que, "de no ser así la seguridad quedaría resentida al abrirse la puerta a posibles impugnaciones con los transtornos e inconvenientes que ello puede suponer para la vida social".

⁶⁶ Como se verá después, la limitación del derecho a la legítima, es óbice fundamental a una absoluta flexibilización del régimen.

⁶⁷ VICENT CHULIÀ, F. y otros. El buen gobierno de las empresas familiares. Thomson-Aranzadi y Cuatrecasas. P. 155.

para acometer nuevos proyectos empresariales, resistir crisis económicas o superar ciclos de mercado.

ii. El derecho de voto podrá impedir, además, en su caso, el acuerdo de ampliación de capital que dé remedio alternativo a la situación anterior, mediante la inyección de capital por esta vía ampliatoria.

iii. Si, también, el usufructuario dispone de la posibilidad de controlar el órgano de administración, la situación descrita tendrá difícil remedio, ya que ni siquiera podrá someterse a la Junta la ampliación e impugnar el acuerdo contrario a su adopción como gravemente lesivo y, en definitiva, constitutivo de un abuso de derecho.

iv. Así pues, en esas situaciones, el usufructuario se convierte en verdadero factotum de la sociedad⁶⁸ y se desnaturaliza su verdadera sustancia orillando a los socios nudo-propietarios, que tendrán que ver cómo la sociedad de la que son titulares se ve severamente perjudicada en relación con la situación en que la habrían colocado si hubiesen podido disponer su destino. En definitiva, el reparto de facultades descrito, supone una preferencia del interés inmediato del usufructuario y su lucro a corto plazo, frente al interés social y la proyección de la Compañía en el futuro.

v. Si el causante que instituyó el usufructo era titular del total capital social, están en juego los intereses de terceros -trabajadores esencialmente-, pero si tal causante era sólo socio mayoritario y no se trataba de sociedad unipersonal, las decisiones del usufructuario con mayoría suficiente para decidir el voto, colocan a la minoría en una situación realmente comprometida.

Se plantea, en este supuesto extremo, el juicio acerca de qué interés debe ser preferido.

- Por un lado está el derecho de quien fue socio único o mayoritario de la sociedad, efectuando la inversión correspondiente y que podrá disponer de sus participaciones gravándolas con un usufructo, como tenga por conveniente.

- Por otro lado, el de los terceros intervinientes en el tráfico mercantil, que el Derecho quiere igualmente proteger en función de bienes jurídicos superiores.

- Además, el de la propia sociedad, directamente relacionada con los dos anteriores -la Doctrina y los Tribunales defienden notablemente el interés social como un interés protegible por encima de los intereses particulares de los socios⁶⁹-.

Sin embargo, la expansión o no de la sociedad y su mayor capitalización, entran en el margen discrecional de decisión del empresario y están dentro de los límites de su soberano criterio.

Por lo tanto, mientras no se produzca una descapitalización -difícilmente previsible porque, aunque sea obvio, los beneficios sólo se repartirán cuando se hayan obtenido y, además, se deberá respetar la reserva legal ex art. 214 LSA-, deberá primar el derecho al reparto de dividendos del usufructuario, tenga o no atribuido el derecho de voto. En

⁶⁸ Vid., por ejemplo, la SAP Zaragoza (Sección 4) núm. 213/2003, de 9 abril (Recurso de Apelación núm. 190/2002, AC 2003\1236) donde se analizaba un supuesto en el que el titular del usufructo de las participaciones ostentaba entre otros derechos *"los de desempeñar cargos en el Consejo de Administración, participar en las ganancias sociales obtenidas durante el tiempo que dure el usufructo, asistir a las Junta Generales, personalmente o debidamente representado, intervenir en sus deliberaciones y ejercitar el derecho al voto, impugnar los acuerdos sociales y entablar acciones, exigiendo responsabilidad a los administradores"*.

⁶⁹ No puede olvidarse que por esta vía se llega a la conclusión de la tutela de las minorías frente a los abusos de la mayoría.

definitiva, tal reparto debió de ser la esencia de la voluntad del causante al instituir el usufructo.

Quienes no lo entiendan así, tendrán las acciones de protección a la minoría, incluyendo las de impugnación de acuerdos sociales y, si es el caso, la responsabilidad de los administradores.

De todos modos, estas situaciones quedan adecuadamente amparadas cuando se han suscrito pactos parasociales o protocolos familiares de los que luego se tratará.

e) En relación con lo expuesto antes, permítaseme traer a colación aquí una interesante -y ya veterana- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 16 julio 1990 (RJ 1990\5887), en la cual, los socios mermaron el contenido patrimonial del usufructuario al negarse a repartir dividendo y, con ello, le impidieron la obtención de los frutos esperados. Los motivos de tal decisión, normalmente, serán,

i. La voluntad de aumentar las reservas en beneficio propio a fin de obtener mayor valor liquidativo de las participaciones;

ii. La voluntad de aumentar las reservas a fin de poder acometer proyectos empresariales que las requieran;

iii. O bien, la voluntad de capitalizar la sociedad para su saneamiento en el caso de que hayan sobrevenido pérdidas, como se ha contemplado específicamente en una sentencia.

La primera situación sería perfectamente superable acudiendo a la vía de la mala fe y el abuso de derecho ex art. 7 Cc.

La segunda y la tercera parece que debieran haber sido amparadas por los tribunales al tratarse de una atención del interés social, causa justa y por tanto protegible en Derecho.

Sin embargo, el Tribunal Supremo, en la citada Sentencia de 1.990, resuelve de manera diversa, manteniendo el acuerdo de no repartir y condenando, por contra, al nudo propietario a indemnizar al usufructuario ⁷⁰: *«tanto en el supuesto de que el acuerdo social de no repartir beneficios fuere adoptado procediendo dolosamente las demandadas, como en el de que se hubiere adoptado para beneficio de la sociedad de que sociedad de que forman parte, resulta obvio que no sólo están obligados a soportar la carga de ser demandadas aquí, sino a pagarle de su peculio particular íntegramente los beneficios producidos por las 279 participaciones sociales, que la madre detenta en usufructo, y ello es así, aun en la segunda alternativa referida, de haber preferido, en la opción aludida, atender al beneficio de la sociedad, pues en definitiva tal criterio a quien beneficia es a las demandadas, al acrecer el valor de capitalización en sus participaciones... Y si se aceptare la tesis que propugnan los recurrentes, se vendría a dejar a la voluntad de éstos, el cumplimiento de una obligación solemnemente contraída, ya que basta adoptar el acuerdo social de no repartir dividendos, para burlar a su generosa madre, lo cual chocaría con el precepto contenido en el Art. 1256 del C. Civil, que prohíbe que el cumplimiento de los contratos se deje al arbitrio del obligado».*

Y el mismo criterio jurisprudencial se ratifica con rotundidad, también para un supuesto regido por la LSA de 1.951, casi una década después, en la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 539/1998 (Sala de lo Civil), de 28 mayo (Recurso de Casación núm. 879/1994, RJ 1998\4070): *“Por lo demás, esta postura coincide en un todo con la soste-*

⁷⁰ Ello, aun cuando el art. 41 de la LSA 1.951, hacía expresa mención a la participación del usufructo sólo en las ganancias sociales “que se repartiesen” dentro del período de vigencia del usufructo.

nida ya por esta Sala en las Sentencias de 19 diciembre 1974 (RJ 1974\4800) y 16 julio 1990 (RJ 1990\5887). En supuestos análogos al contemplado hoy en este recurso, se decía por la primera de dichas resoluciones, que cita la segunda, que tanto en el supuesto de que el acuerdo social de no repartir beneficios fuere adoptado procediendo dolosamente las demandadas, como en el de que se hubiere adoptado para beneficio de la sociedad de que forman parte, resulta obvio que no sólo están obligados a soportar la carga de ser demandadas aquí, sino a pagarle de su peculio particular, íntegramente, los beneficios producidos por las 279 participaciones sociales, que la madre detenta en usufructo, y ello es así, aun en la segunda alternativa referida, de haber preferido, en la opción aludida, atender al beneficio de la sociedad, pues en definitiva tal criterio a quien beneficia es a las demandadas, al acrecer el valor de capitalización en sus participaciones.... Y si se aceptare la tesis que propugnan los recurrentes, se vendría a dejar a la voluntad de éstos, el cumplimiento de una obligación solemnemente contraída, ya que basta adoptar el acuerdo social de no repartir dividendos, para burlar a su generosa madre, lo cual chocaría con el precepto contenido en el artículo 1256 del Código Civil, que prohíbe que el cumplimiento de los contratos se deje al arbitrio del obligado. Razones todas ellas por las que se desestiman los motivos segundo y tercero del recurso”.

f) Es cierto, no obstante, que para usufructos convencionales, el discurso lógico no puede ser el mismo que en usufructos viduales ⁷¹, y, menos aún para el usufructo vidual aragones, cuyas características parece que debieran recogerse dadas las especialidades propias de la institución.

B) Como se ha dicho, la Ley de sociedades anónimas tiene una regulación más extensa que la de limitadas.

a) El tratamiento de la titularidad de las facultades dominicales es el mismo, correspondiendo la cualidad de socio al nudo propietario que ejercerá todos los derechos que atribuye la acción salvo el cobro al dividendo que corresponde -de nuevo con la precisión legal expresa “en todo caso” al usufructuario-. Las mismas reflexiones anteriores sobre la idoneidad del título constitutivo para establecer un régimen distinto del usufructo son aplicables en este caso, ya que la redacción legal es simétrica, aunque en este caso se añade la mención de que el usufructuario queda obligado a facilitar al nudo propietario el ejercicio de estos derechos, mención que parece innecesaria a partir de la exigencia de ejercicio de los derechos de buena fe recogida ya en el art. 7 Cc ⁷².

b) El artículo 68.1 de la LSA grava al nudo propietario con la obligación de pagar al usufructuario atendiendo al incremento de los fondos propios de la sociedad la plusvalía de las acciones gravadas al momento de la extinción del usufructo. Para el usufructo vidual que nos ocupa no tiene mayor relevancia ya que, en principio, y salvo las excepciones legales, será vitalicio, y no podrá ser percibido por el titular del derecho.

- Cuestión a considerar es el derecho del causahabiente del usufructuario para exigir del nudo propietario este incremento de valor, ya que, si bien el usufructo se constituye

⁷¹ En apoyo de esta misma tesis, y para aquellos casos en los que la sociedad no acuerda el reparto de dividendos durante toda la vida del usufructo, se recordó que entre el usufructuario y el nudo propietario regía el Código Civil -en defecto de norma foral aplicable- y por tanto serían aplicables los artículos 474 y 475 estableciendo que los beneficios que diesen una participación en una explotación industrial o mercantil cuyo reparto no tuviese vencimiento fijo se repartirían como frutos civiles, en proporción al tiempo que dure el usufructo, entendiéndose percibidos día a día. Sin embargo, en la misma obra de CABANAS y otros -op. cit. p. 157-, ya se recordaba que con el cambio normativo de la Ley de Anónimas y la ulterior de Limitadas se posponía la norma legal a la regulación obrante en el título constitutivo, por lo que no podía seguirse predicando la aplicación del Código Civil.

⁷² Y que sin embargo también estaba en la anterior Ley de Anónimas.

intuitu personae y no es transmisible (cfr. la inalienabilidad ex art. 91 LREMV), al momento del fallecimiento, la plusvalía se habría devengado.

- Sí es exigible en todo caso por el usufructuario tal plusvalía cuando la Compañía se disuelve vigente el usufructo, con mantenimiento del gravamen sobre la cuota de liquidación que corresponda a cada acción.

- Llamo la atención sobre el interesante problema que se suscita cuando la cuota de liquidación es -como normalmente sucederá- dineraria en vez de mobiliaria. Con independencia de la posibilidad de pacto en otro sentido -ex art. 109 LREMV-, creo que sí puede darse a la cuota de liquidación -deducida la plusvalía expresada-, el tratamiento que, para el usufructo de dinero, establece la LREMV en el art. 117. Determinada doctrina que estudia la subrogación real del usufructo requiere de disposición específica que así lo contemple.

Aunque es cierto que no ha sido esa la voluntad del testador -salvo su inimaginable voluntad expresa en contra-; que el bien objeto de usufructo carecía de la facultad de disposición que en cambio sí se atribuye el dinero; y que por tanto, podría decirse que el régimen del usufructo aplicable al bien que le sustituye -la cuota de liquidación- debe mantener el mismo estatus que el bien que viene a sustituir sin que existan razones por las que novar su tratamiento. Resulta, en cambio, especialmente significativa la previsión del art. 115 LREMV que permite dar a la indemnización dineraria obtenida por el aseguramiento de un siniestro, el tratamiento legal del art. 117 LREMV, y por tanto, entender que al dinero que viene a sustituir el usufructo se le aplicará el régimen del cuasiusufructo aragonés.

- En fin, en el caso de que la venta se haga pendiente el usufructo, lo determinante será el pacto entre los propios titulares, ya que, normalmente, no tendrán interés las participaciones gravadas con el usufructo sin la renuncia del viudo que, en principio, sustituirá su usufructo por el del dinero que sea percibido como contraprestación ⁷³.

c) Cuando la acción está gravada con dividendos pasivos, es al nudo propietario a quien corresponde su pago ⁷⁴. Al menos, así será frente a la sociedad, ya que la Ley le impone este gravamen y, en este caso, me parece que la norma sí es de naturaleza imperativa, ya que no puede dejarse en cuestión tan importante la posibilidad de que la obligación recaiga sobre el usufructuario llegando a vaciarse de contenido por la contingencia de su titularidad. Nada impediría que el causante atribuyese al usufructuario, en función de la entidad de su derecho, la carga de pagar tales dividendos, pero, esa obligación sólo trascendería en la esfera interna sin ser oponible a la sociedad (así debe entenderse por la mención legal expresa "*obligado frente a la sociedad*" del art. 69 regulador del usufructo para acciones no liberadas).

Efectuado el pago, el nudo propietario puede exigir al usufructuario que se le reintegre el interés de la suma pagada, hasta el importe de los frutos que produzcan las acciones (normalmente los dividendos).

⁷³ Si bien, como se ha dicho, sería recomendable para el nudo propietario regular previamente el usufructo del dinero producto de la venta porque podría entenderse que, a tal usufructo, le eran aplicables las reglas del usufructo de dinero y, por tanto, la posibilidad de su consunción por parte del viudo.

⁷⁴ Aunque el apartado 2 del art. 69 permite al usufructuario adelantar el pago si el nudo propietario no hubiere cumplido esa obligación cinco días antes del vencimiento del plazo fijado para realizar el pago. No obstante, como la Ley no le permite repetir contra el nudo propietario hasta la terminación del usufructo, y siendo normalmente un usufructo vitalicio el que nos ocupa, deberá pensarse que serán sus herederos quienes tendrían tal acción. Si se trata de los herederos de la viuda, normalmente serán los propios nudos propietarios y, por tanto, se producirá una confusión de derechos con extinción del crédito (513,3° Cc).

d) Tanto los derechos sobre la emisión de obligaciones convertibles en acciones como los de suscripción preferente corresponden, legalmente al nudo propietario. No obstante, la LSA concede el mismo derecho de manera subsidiaria al usufructuario cuando el nudo propietario no hubiere dispuesto de él -sea mediante enajenación o sea mediante su ejercicio directo- con diez días de antelación a la extinción del plazo fijado para su ejercicio.

i. Si el nudo propietario o el usufructuario -este último en ejercicio del derecho subsidiario descrito- enajenan sus derechos, el usufructo se extiende al precio obtenido y aquí, de nuevo, se plantea claramente la aplicación de las normas del usufructo de dinero para el precio obtenido-. Por lo tanto, el usufructuario que enajena el derecho que no ejercitó el nudo propietario, dispondrá del usufructo del dinero, pero no le corresponderá la propiedad.

ii. Si, en cambio, suscribe la ampliación -tanto si es el nudo propietario como si lo es el usufructuario-, las acciones resultantes de la misma estarán gravadas hasta el límite del valor de los derechos de suscripción preferente -calculado, para las sociedades cotizadas, por su precio medio durante el período de suscripción, y para las demás por su valor teórico- con el usufructo y la nuda propiedad de sus mismos titulares y, el resto, serán titularidad plena de quien las desembolsó.

iii. Y, para el aumento de capital con cargo a reservas o beneficios, las resultantes se adjudican por disposición legal al nudo propietario con el gravamen del usufructo.

iv) En estos últimos supuestos, la norma no menciona la posibilidad de disposición legal contraria de los estatutos. Aunque pudiera pensarse que la respuesta debiera ser negativa ya que, cuando la Ley quiere dar esa posibilidad, lo hace expresamente. No obstante, *sensu contrario*, también cuando la Ley quiere vedarla usa la expresión "*en todo caso*" como sucede con el reparto de dividendos.

Por tanto, la conclusión debiera ser que los estatutos podrán regular soluciones diversas, e incluso el testamento o el pacto sucesorio tendrían que poder hacerlo igualmente, salvo en los casos en los que se afectan intereses de terceros -dividendos pasivos, por ejemplo-, y con preferencia -intersocios o frente a terceros- de la disposición estatutaria sobre la previsión sucesoria -que se aplicará a la relación entre el nudo propietario y el usufructuario-, ya que el estatuto es el que concede el régimen de la acción o participación, cuya naturaleza viene definida por éste, y el causante no puede disponer de un derecho distinto del que tiene.

e) En fin, el ar. 71 LSA dispone la posibilidad de pagar no sólo mediante dinero sino también mediante acciones de la misma clase que las que hubieran estado sujetas al usufructo, las cantidades que debieran pagarse a la liquidación del usufructo, por las acciones no liberadas -dividendos pasivos- y por los derechos de suscripción preferente u obligaciones convertibles.

3. Estatutos sociales *versus* título sucesorio.

A) De lo expuesto en el apartado anterior se concluye la concurrencia de los estatutos sociales con el título sucesorio que establece el usufructo y la preferencia de una u otra disposición según la materia.

Así pues, no puede dudarse de la capacidad de los estatutos sociales para regular la fórmula de funcionamiento del régimen usufructuario de las acciones o participaciones de la sociedad de que se trate.

No obstante, es interesante recordar la RDGRN de 19 febrero 1998 (RJ 1998\1118). Además de otras cuestiones relativas a la sumisión a arbitraje, se trataba de una cláusula estatutaria que prevenía la preferencia de lo establecido en el título constitutivo disponiendo su inscripción en el Libro Registro. La calificación del Registro fue negativa porque *“El contenido del usufructo, en las relaciones “inter-partes” no puede ser regulado por los Estatutos sociales (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 4 marzo 1981 [RJ 1981\1190] y 13 junio 1994 [RJ 1994\4916]). Las normas contenidas en el presente artículo estatutario sólo pueden tenerse en cuenta en las relaciones frente a la sociedad. Debe, por tanto, aclararse congruentemente el contenido de este precepto”*.

La DGRN, citando el precedente de la Resolución de 13 de junio de 1994, identificaba en esta cuestión el régimen aplicable para las acciones y para las participaciones y delimitaba el *“doble ámbito de relaciones jurídicas: a) El de las llamadas externas, las que se refieren al ejercicio frente a la sociedad de los derechos de socio, que por comprometer el desenvolvimiento de la sociedad pueden ser reguladas en sus Estatutos dentro del de autonomía que para ello les confiere la Ley, estableciendo al efecto un régimen que prevalecerá sobre cualesquiera previsiones que en torno a ello pudiera contener el título constitutivo del usufructo; b) Y, frente a él, el de las relaciones internas entre usufructuario y nudo propietario, que estarán sujetas a lo que sobre el particular establezca ese título constitutivo o resulte de la legislación que le sea aplicable y que, como algo totalmente ajeno a los intereses sociales, queda al margen de la autonomía normativa de los Estatutos”*.

Así pues, mantiene el mismo criterio de la expresada resolución de 1.994 conforme a la cual *“Como ya pusiera de relieve la Resolución de este centro directivo de 4 marzo 1981 (RJ 1981\1190), la presencia de un derecho de usufructo sobre las acciones de una sociedad mercantil da lugar a que el «status» jurídico de usufructuario y nudo propietario se vea afectado por la presencia de una tercera persona, la propia sociedad, lo que da lugar a una complejidad de relaciones no fáciles de solucionar. No obstante, ya durante la vigencia de la Ley 17 julio 1951 (RCL 1951\811, 945 y NDL 28531), y pese a que el contenido de su artículo 41 no resultaba lo suficientemente expresivo, sostenía la doctrina mayoritaria, y lo aceptó la de este Centro [cfr. Resoluciones de 4 marzo 1981 y 10 septiembre 1982 (RJ 1982\368)], que cabe diferenciar un doble ámbito dentro de esas relaciones: a) El de las llamadas externas, las que se refieren al ejercicio frente a la sociedad de los derechos que al accionista corresponden y que, por comprometer el desenvolvimiento de aquélla, pueden ser reguladas por los Estatutos sociales dentro del margen de autonomía que la Ley les confiere estableciendo al efecto un régimen que prevalecerá sobre cualesquiera previsiones que en torno a ello pudiera contener el título constitutivo del usufructo; b) y, frente a él, el de las relaciones internas entre usufructuario y nudo propietario, que quedarán sujetas a lo que sobre el particular establezca el título constitutivo del derecho y que, como algo totalmente ajeno a los intereses sociales, queda al margen del contenido de las previsiones estatutarias. Esta dualidad de fuentes aparece hoy plenamente consagrada en el artículo 67 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y así, si en su apartado primero regula la legitimación para el ejercicio de los derechos sociales dando entrada, con ciertos límites, a la libre disposición de los Estatutos, en el segundo, en el que en orden a las relaciones internas remite al título constitutivo y a las normas llamadas a regular la relación jurídico-sustantiva, no figura la posibilidad de su regulación estatutaria”*.

Esta última resolución, además, aclara que, dentro de la esfera interna, será perfectamente viable la reclamación por el nudo propietario al usufructuario de tales dividendos si así se otorgó en el título constitutivo (*“Cuando el artículo 67.1 de la Ley de Sociedades Anónimas establece que el usufructuario tendrá derecho «en todo caso» a los dividendos «acor-*

dados» por la sociedad durante el usufructo, se limita a determinar quién está legitimado frente a la propia sociedad para exigir su pago, pero no en qué patrimonio y en qué cuantía o porcentaje se han de integrar en definitiva, pues esto es algo que tan sólo al título constitutivo del usufructo o a la norma sustantiva que lo regule corresponde, viabilizando las acciones que entre sí puedan ejercitar usufructuario y nudo propietario y frente a las que la sociedad será ajena una vez se haya liberado de sus obligaciones mediante el pago a quien legalmente aparece legitimado para su cobro”). Podemos pensar, por ejemplo, en el caso de que el causante quiera asegurar una renta máxima a la viuda y la diferencia sea para el nudo propietario. En este caso, el último, no tendrá derecho a reclamar a la sociedad el pago del dividendo excedente por mucho que lo indique su título, sin perjuicio de que después de cobrado por la usufructuaria, lo reclame a ésta.

B) Respecto de esta misma cuestión, y como fórmula ecléctica, señalo además el criterio de determinada doctrina -GRIMA FERRADA ⁷⁵-, que ofrece la solución de que *“en todo caso, estimamos admisibles las cláusulas estatutarias que concedan el derecho de voto a quien determine el título constitutivo del usufructo”*.

En contra, junto con otros autores como CABANAS ⁷⁶, se invoca la RDGRN de 4 de marzo de 1.981 que proscribía la remisión de los estatutos al pacto entre usufructuario y nudo propietario para *“evitar las dudas y la inseguridad sobre quien es el legitimado para el ejercicio de los derechos de socio”* y que también cita como antecedente la de 19 febrero 1998 transcrita parcialmente supra manteniendo un criterio innegablemente consolidado.

C) MERINO ⁷⁷, con cita de los antecedentes históricos de la Compilación y de la Ley de 2003, contempla la voluntad normativa de garantizar, con la viudedad legal, tanto el mantenimiento de la autoridad familiar -unida al sustento de la prole y de la propia viuda-, *“como el control patrimonial necesario para asegurar esa autoridad interna y el respeto social, manifestación externa de la continuidad de la misma situación que en vida del consorte fallecido tenía el supérstite”*.

Por eso, el mismo autor proclama la necesidad de permitir que el causante pueda atribuir un régimen *sui generis* del usufructo en el título constitutivo, con importantes prerrogativas para el cónyuge supérstite, y, que, el mismo título, sea preferido a los estatutos incluso en el ámbito intrasocietario, quizás mediante remisión de éstos a aquél.

4.- Elementos preventivos. Relación con el pacto sucesorio en Aragón.

Frente a las diversas situaciones expuestas, que pueden generar no pocos conflictos, agravados por la habitual relación de proximidad familiar, es conveniente usar, fundamentalmente, dos elementos preventivos y disuasorios del problema.

-En el ámbito puramente societario, un convenio paraestatutario -o pactos parasociales-, que recoja las diversas cuestiones que no son objeto de los estatutos -y que superen las restricciones propias de la *“ley societaria”* que constituye este elemento, cuya existencia se justifica para cualquier persona que pase a ser socio-, vinculando a los socios constituyentes y previstos -por ejemplo a través de una ampliación de capital ulterior ya programada-, mediante un contrato que sólo generará efectos entre las partes que lo hayan suscrito -1.257 Cc-, y los terceros adherentes.

⁷⁵ Op. cit. p. 156.

⁷⁶ Op. cit. p.154.

⁷⁷ MERINO, “MANUAL...” cit., p. 294

Este convenio disfrutará, además, de la ventaja añadida de su falta de publicidad frente a terceros, al no acceder al Registro Mercantil, sin perjuicio de lo cual, será plenamente vinculante para éstos.

Tal situación permite proteger cuestiones sensibles de los miembros de la Compañía con la garantía de confidencialidad que los estatutos, por su propia naturaleza, no pueden asegurar.

-En el ámbito familiar, un protocolo familiar, que regule, por lo que aquí atañe, la forma de funcionamiento y toma de decisiones dentro de la empresa familiar, distribuyendo los derechos y obligaciones entre los miembros de la misma que la integran, e incluso la forma y modo de ejercicio del usufructo sin las limitaciones de los estatutos.

Como se ha explicado, y pese a algunos criterios discordantes que se reducen a propósitos *lege ferenda*, tal protocolo constitutivo del usufructo no será oponible a la sociedad y sólo tendrá efectos entre quienes lo suscriben.

Contenido necesario de tal documento será:

A) Las reglas en virtud de las cuales las participaciones pasarán de los padres a los hijos o terceros en el momento de la muerte de aquéllos, e incluso la forma en la que serán usufructuadas.

a) En otros territorios comunes, esa disposición sometida a la condición de la muerte del instituyente, podría enfrentarse a la prohibición genérica del Código Civil, si bien la Jurisprudencia tiene aclarado desde antaño que los límites del art. 1.271 Cc relativos a la prohibición de celebrar contratos sobre la herencia futura -salvo aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal conforme al artículo 1056- se refieren a la universalidad de la herencia y no a bienes concretos^{78 79 80}, y, para lo que nos

⁷⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 16 mayo de 1940 (RJ 1940\416 bis): *CONSIDERANDO.- Que, según la doctrina sentada por esta Sala, entre otras, en sus Sentencias de 8 de octubre de 1915 y 26 de octubre de 1926, y por la Dirección General de los Registros en su Resolución de 19 de mayo de 1917, la prohibición establecida en el mencionado artículo del Código se refiere única y exclusivamente a los pactos sobre la universalidad de una herencia que, según el artículo 659 del repetido Código, se determina a la muerte del causante, constituyéndola todos los bienes, derechos y obligaciones que por ella no se hayan extinguido, pero no cuando el pacto se refiere a bienes conocidos y determinados existentes cuando tal compromiso se otorgó en el dominio del cedente; y aplicando dicha doctrina al caso actual, claro resulta que no está comprendido en la prohibición aludida, pues se dispuso de bienes conocidos y determinados propios con bastante anterioridad al contrato.*

O, la más moderna Sentencia del Tribunal Supremo núm. 718/1997 (Sala de lo Civil), de 22 julio (Recurso de Casación núm. 1879/1993, RJ 1997\5807): *El segundo supuesto de nulidad alegado, consiste en que el documento privado de referencia viene a representar un pacto de los dos hermanos suscribientes sobre herencia futura no autorizado por el artículo 1271 del Código Civil. Este precepto se refiere única y exclusivamente a los pactos sobre la universalidad de una herencia que, según el artículo 659 del Código Civil, se instaura a la muerte del causante, integrándola todos los bienes, derechos y obligaciones subsistentes, pero no cuando el pacto se refiere a bienes conocidos y determinados, existentes al tiempo del otorgamiento del compromiso en el dominio del causante (Sentencias de 2 octubre 1926, 16 mayo 1940 [RJ 1940\416 bis] y 25 abril 1951 [RJ 1951\1615]).*

Criterio explicado en la Jurisprudencia menor, por ejemplo en la Sentencia de la Audiencia Provincial A Coruña (Sección 3), de 26 de abril 2002 (Recurso de Apelación núm. 1636/2001, AC 2002\2225): *“Es tradicional hacer referencia a las distintas concepciones sobre el particular que establecen la tradición romana y el espíritu germánico. Mientras aquella se opone frontalmente a la posibilidad de aplicar el sistema de los contratos a la herencia futura; ésta admite la sucesión por contrato, generalmente irrevocable; y también la renuncia a la herencia futura. Los romanistas suelen alegar la inmoralidad probable por el deseo de uno de los contratantes en la muerte del otro, lo incierto de la propiedad, la aleatoriedad que conlleva el contrato, el temor a los fraudes y la pérdida de libertad para otorgar testamento. En nuestro derecho histórico sí se admitía la eficacia de dichos negocios sucesorios, siempre que viniesen otorgados con el consentimiento del titular del as hereditario, perdurando en él hasta su muerte (Ley XIII, Título V, partida V). Aunque nuestro Código Civil parece inclinarse por la proscripción de todo contrato sobre la herencia futura, no es una prohibición absoluta; pues el propio Código contiene numerosas excepciones: Además del artículo 1056 al que remite (posibilidad de pactar la partición aun en vida); los artículos 826 y 827 permiten pactar mejorar o no mejorar en capitulaciones matrimoniales; el artículo 831 al autorizar el pacto en capitulaciones para que el cónyuge superviviente pueda distribuir los bienes del premuerto a su prudente arbitrio; el 1674 que admite pactos sobre herencias futuras entre los socios; y, especialmente, el primitivo artículo 177, que permitía obligarse a instituir heredero al adoptado cuando así se hubiese pactado en la escritura de adopción. Prohibición que tampoco es*

ocupa, el protocolo familiar se referiría exclusivamente a las concretas participaciones de la sociedad en cuestión, siendo previsible que existiesen otros bienes del causante que no se incluirían en tal protocolo.

b) Sea como fuere, el art. 62 de la Ley de Sucesiones dispone que “*son válidos los pactos que sobre la propia sucesión se convengan en escritura pública, así como los que en relación con dicha sucesión otorguen otras personas en el mismo acto*”, y el art. 66 del mismo texto regula la posibilidad de dar a tales pactos el contenido más amplio, con una fórmula de interpretación eminentemente contractual (art. 69).

Por lo tanto, puede perfectamente formalizarse un protocolo familiar que regule no sólo los derechos y obligaciones de cada uno de los miembros de la familia que ostenta la mayoría o la totalidad de las participaciones de la empresa familiar -más o menos fragmentada entre los padres y sus descendientes e incluso cuando todas las participaciones están en manos del ascendiente común-, sino también la fórmula mediante la cual estas participaciones serán distribuidas entre sus herederos y legatarios -que normal-

⁷⁸ aplicable en el Derecho Catalán. Pactos sucesorios ahora admisibles también en nuestra legislación gallega (artículos 118 y siguientes de la Ley de Derecho Civil de Galicia de 24 de mayo de 1995 [RCL 1995\1851 y LG 1995\184]).

OCTAVO.- *La cuestión estriba en que la doctrina del Tribunal Supremo, de forma constante, reiterada, mantenida en el tiempo, y sin ninguna fisura, ha establecido que el artículo 1271-2 se refiere exclusivamente a la prohibición de pactos sobre la universalidad de una herencia, que según el artículo 659 del Código Civil (LEG 1889\27), se instaura a la muerte del causante, integrando la todos los bienes, derechos y obligaciones subsistentes. Pero proclama la validez del pacto cuando se refiere a bienes conocidos y determinados, existentes al tiempo del otorgamiento del contrato en el dominio del causante, o que hubieren de adquirirse por título de heredero (SSTS 2 ó 8 de octubre de 1915; 26 de octubre de 1926; 16 de mayo de 1940 [RJ 1940\416]; 25 de abril de 1951 [RJ 1951\1615]; 3 de marzo de 1964 [RJ 1964\1254] y 22 de julio de 1997 [RJ 1997\5807]). Aunque la Sala muestra alguna reserva sobre la interpretación, teniendo en consideración la uniformidad jurisprudencial estima que debe aplicarse. El siguiente eslabón sería establecer si la venta por parte de las hermanas P. A. de «la totalidad de sus herencias en el lugar acaserado denominado de “la Carballeira” sito en la Parroquia de Paradela... herencia proindivisa en dicha propiedad, que les correspondan por su madre doña Socorro A. Q.» puede considerarse que se está transmitiendo una universalidad, o por el contrario, son bienes conocidos, determinados o determinables teniendo en consideración que se está refiriendo a unas fincas concretas y determinadas, que compondrían esa herencia aún indivisa, pero no a la totalidad de sus derechos en la herencia de su difunta madre, debe estimarse que al pacto era lícito, al no estar prohibido por el artículo 1271-2º del Código Civil (LEG 1889\27). Lo que conlleva que la demanda debía de haberse desestimado”.*

⁷⁹ Y en cuanto a la partición, supeditado a la vigencia del testamento cfr. Sentencia de la Audiencia Provincial núm. 565/1998 de Granada (Sección 3ª), de 14 julio (Recurso de Apelación núm. 918/1997, AC 1998\5973): *El artículo 1056 del CC establece que se pasará por la partición hecha por el testador siempre que no se perjudique las legítimas, pero es obvio que, como ha reconocido la jurisprudencia ya de antiguo, por una parte se requiere que haya un efectivo testamento antes o después de realizada, así STS 13 junio 1903, 6 marzo 1917, 9 julio 1940 (RJ 1940\693), 6 marzo 1945 (RJ 1945\272), 6 mayo 1956 y 29 octubre 1960 (RJ 1960\3447), recalcando ésta que conforme al artículo 1056, ha de pasarse por ella, salvo perjuicio de las legítimas, pero sin que tal autorización pueda suponerse concedida sino cuando la partición se halla respaldada por una disposición testamentaria, con lo que ha de tener perfecta adecuación, y a la que, por ella derivar y traer causa, ha de supeditarse, ya que al no ser la partición, sino la ejecución o puesta en práctica de lo en testamento dispuesto, necesariamente ha de estar sometida a la vigencia de éste, de tal suerte que, no obstante que el testador, al dividir, puede desprenderse de los bienes cuya titularidad pasa a sus herederos, cuando esta tradición se verifica en función de partir, cuya finalidad se proyecta a la muerte, en cuyo momento se producirán sus definitivos efectos, ha de ser como el testamento en que se funda esencialmente revocable, siendo ello por lo que toda partición en la que se produzca una sujeción infranqueable con la revocabilidad de los actos particionales o en la que se celebren contratos, o se creen situaciones independientes de la revocabilidad consustancial de las disposiciones testamentarias, vinculando a los testadores, han de reputarse nulas, como prohibidas por el 1271, sin que tales actos puedan tener eficacia jurídica porque se acomoden a disposiciones testamentarias preexistentes, por cuanto si éstas tienden a hacer posible la irrevocabilidad, se tendrán por no puestas, conforme preceptúa el 737 del mismo Cuerpo Legal y por ello incapaces para legitimar el acto que tal consecuencia produjese; insisten en la posibilidad de la variación de la voluntad del causante las SSTS 28 junio 1961 (RJ 1961\2748), 9 julio 1940 y 9 junio 1903”.*

O la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara, núm. 195/1995 de 11 octubre (Rollo de Apelación núm. 111/1995, AC 1995\1902): *El Legislador, sin duda tuvo en cuenta que frente a la norma esencial de sucesión «la voluntad» del causante, atemperada en el derecho civil común o foral por la institución de las legítimas, no cabría admitir sino la partición del caudal conforme al mencionado art. 1056 del Código Civil que la subordina mediante el empleo del término «el testador» a la existencia de disposición testamentaria*

⁸⁰ Respecto de la validez de la disposición por parte de los padres de un negocio en favor de uno de los hijos para el momento de su muerte, y la declaración de validez del mismo, vid. la Sentencia de la Audiencia Provincial de León (Sección 2ª), núm. 428/1995, de 8 noviembre (Rollo de Apelación núm. 381/1995, AC 1995\2254).

mente serán sus propios descendientes ⁸¹-, y, por lo que aquí más importa, el modo y naturaleza del derecho de usufructo del viudo.

B) En ese protocolo familiar, además de otras cuestiones que no son del caso en este momento ⁸², podría regularse perfectamente el régimen del usufructo viudal para el momento del fallecimiento de uno u otro de los ascendientes, con el consentimiento de los descendientes comunes o no, y, también de los terceros que no tuviesen tal proximidad familiar y, sin embargo, ostentasen la calidad de socios.

Tal firma garantizaría notablemente la posición del usufructuario y la consistencia de su derecho, porque, de lo que no cabe duda, es que el ejercicio del usufructo por parte del viudo, buscando optimizar su rentabilidad, genera tensiones con el interés de la sociedad y del nudo propietario. Por eso, el consentimiento expreso y paccionado de los descendientes -incluso con una cláusula penal para el caso de incumplimiento-, es recomendable para la tranquilidad del viudo y la claridad de la posición de cada uno de ellos- ⁸³.

C) Pero lo que, a mi juicio, es indispensable para garantizar el confort del usufructuario y la paz familiar, es convenir una política de dividendo de manera que los socios estuviesen obligados a acordar el reparto de los beneficios obtenidos para que se dotase de contenido al usufructo. La política de dividendo, debería contemplarse en dos sentidos antagónicos: un dividendo mínimo -supeditado, por supuesto, a la consecución del beneficio necesario para su reparto- que garantizase una rentabilidad para el viudo, y, por tanto, la obtención del fin para el que fue instituido; pero, también, un dividendo

⁸¹ Al permitirse la presencia de terceros en el pacto sucesorio, podrían concurrir, igualmente, los terceros directivos o ejecutivos de la compañía que fuesen primados con un paquete minoritario tanto por cuestiones de fidelización a la sociedad como por estímulo de productividad, y que, con su firma, quedarían obligados por la política de dividendo acordada.

⁸² Entre los más representativos y habituales, destaco los siguientes:

Valores que rigen en el ámbito de la familia y del negocio;

Estrategias de voto y forma de ejercicio de las mayorías;

Compromisos de desembolso para ampliaciones de capital futuras o previsiones de capitalización de reservas;

Garantías entre socios por las aportaciones no dinerarias;

Coefficientes y fondo de liquidez;

Aseguramiento y blindaje de directivos;

Proyectos de desarrollo de negocio a medio y largo plazo;

Acuerdos particulares sobre prestaciones accesorias;

Opciones de compra y venta sobre las propias participaciones;

Régimen de transmisión;

Derechos de desinversión;

Fórmulas de gestión;

Pactos acerca de las fórmulas de administración y apoderamientos;

Funcionamiento del Consejo y de los comités de seguimiento y control;

Vigencia del protocolo; y

Arbitraje de diferencias.

⁸³ Determinada Doctrina propone que el causante disponga de la nuda propiedad de las acciones o participaciones en favor de quienes dirijan el negocio y del usufructo para los terceros que se quiere apartar de tal gestión, si bien con el derecho para los primeros de percibir el incremento de valor de las acciones derivado de los beneficios propios de la explotación durante el usufructo, en el momento de la extinción de éste. Frente a esa posibilidad se opone la Jurisprudencia registral que veda la constitución del usufructo sobre acciones con exclusión del derecho a las reservas no distribuidas.

máximo, de forma que, el exceso, sea atribuido al nudo propietario o, alternativamente, destinado a reservas. Obviamente será preciso el consentimiento previo del viudo.

Y creo que fijar el tope de la retribución al viudo es igualmente necesario por la simple razón de que, si este límite no se establece, se desincentiva la productividad del equipo gestor que, en esta clase de sociedades familiares, normalmente estará vinculado a la nuda propiedad del capital usufructuado.

No puede perderse de vista que, lo habitual, será que, con la retirada o jubilación del fundador del negocio, le sucedan sus descendientes que pasarán a ocuparse de la gestión de la sociedad. Aunque tengan estipuladas relaciones salariales o de gestión, el interés natural de la propia sociedad y de éstos será el de buscar su máximo beneficio y expansión para procurar tanto la obtención del máximo dividendo como su valor liquidativo. Si estos objetivos se ven frustrados por la atribución al viudo de la totalidad del beneficio, se desincentiva absolutamente la gestión y, por tanto, desaparece el origen de la rentabilidad del usufructo.

D) En fin, para el caso de que durante un determinado período no se obtuviesen beneficios, cabría el debate -y la inclusión de la correspondiente cláusula en el protocolo familiar contemplado- de la conveniencia de permitir disponer al viudo usufructuario de las propias participaciones sociales⁸⁴, si bien tal posibilidad estaría limitada -salvo

⁸⁴ Ya que ninguna traba existe en nuestro ordenamiento para establecer un usufructo con facultad de disponer según viene declarando reiteradamente la Jurisprudencia: STS 3 de marzo de 2000 (RJ 2000\1501) *“Resulta evidente que la cláusula testamentaria litigiosa recoge un supuesto normal de usufructo de disposición, figura jurídica borrosa (Resolución DG 6 de diciembre de 1929), discutida y discutible (un sector doctrinal sigue negando su posibilidad dogmática y legal, e incluso que sea necesaria), que se caracteriza por facultar al usufructuario para enajenar entre vivos los bienes objeto del usufructo en caso de necesidad, de tal modo que si no se ejercita total o parcialmente el derecho de disposición, una vez extinguido el usufructo se entregan a las personas que habían ostentado la nuda propiedad, y consolidado el dominio pleno por virtud de dicha extinción, los bienes de que no se dispuso. La Jurisprudencia (SS., entre otras, 22 marzo 1890, 19 noviembre 1898, 10 julio 1903, 14 abril 1905, 1 octubre 1919, 5 marzo 1926, 1 febrero 1927, 9 junio 1948 [RJ 1948\957], 28 mayo 1954 [RJ 1954\1987], 24 febrero 1959 [RJ 1959\1080], 19 enero [RJ 1962\541] y 17 mayo 1962 [RJ 1962\2248], 9 diciembre 1970 [RJ 1970\5440], 14 octubre [RJ 1971\3954] y 23 noviembre 1971 [RJ 1971\4978], 9 octubre 1986 [RJ 1986\5335], 4 mayo 1987, 2 julio 1991 [RJ 1991\5316]) y la doctrina de la Dirección General de los Registros (Resoluciones, entre otras, de 23 julio 1905, 29 noviembre 1911, 12 enero 1917, 22 febrero 1933, 9 marzo 1942 y 8 febrero 1950) vienen reconociendo la posibilidad jurídica del usufructo de disposición, o con facultad de disposición, que suele suscitar numerosas cuestiones (diferencias con el fideicomiso de residuo; condición de heredero o de legatario; simulación, etc.)*

...procede señalar que el usufructo de disposición no supone la adquisición, ni siquiera temporal, del dominio, ni da lugar a un derecho nuevo o distinto del usufructo. Se añade el «ius fruendi» un «ius disponendi», pero, como resalta la mejor doctrina, este simple acoplamiento o yuxtaposición de un poder dispositivo no implica que el usufructo deje de ser lo que es, un «ius in re aliena» que «grava» los bienes que pertenecen en nuda propiedad a otra persona.

TERCERO.- Como se ha apuntado, el recurso de casación contiene un motivo único en el que, al amparo del núm. 4º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEG 1881\1), se alega la infracción del artículo 467 del Código civil (LEG 1889\27) y de la jurisprudencia que lo desarrolla.

Partiendo de la calificación de que se instituyó un usufructo sobre patrimonio hereditario a su cónyuge –caso muy frecuente en la práctica– con facultad de disponer a título oneroso «si se encuentra en difícil situación económica» apreciada «libremente por ella», cláusula de conciencia muy frecuente también, «sin tener que justificar los actos ni la inversión que realice», es clara la amplísima facultad de disposición que quiso otorgarle el causante, su esposo, quien instituyó a los actuales demandantes en la instancia y recurrentes en casación, herederos «del remanente de todos sus bienes, derechos y acciones».

Estos últimos tenían legitimación para impugnar la disposición pero sufriendo la carga de la prueba de la presencia de la mala fe, abuso de derecho o intervención de dañar de la usufructuaria. Lo cual no se ha conseguido en el presente caso, no sólo porque lo dicen explícitamente las sentencias de instancia (la de primera instancia confirmada y aceptados sus fundamentos por la de la Audiencia Provincial objeto de este recurso) sino porque efectivamente, la venta no parece arbitraria atendidos los rendimientos de los bienes de la usufructuaria, se vende uno solo de los bienes, no por precio irrisorio, a favor de terceros. Por tanto, la venta, como disposición a título oneroso motivada por la apreciación libre de la usufructuaria de su situación económica, es válida y no se infringe, antes bien respeta, el contenido del artículo 467 del Código civil que prevé el usufructo con facultad de disponer.

Tampoco infringe la jurisprudencia de esta Sala, tal como se expone en el fundamento anterior, cuya doctrina se resume en la sentencia de 3 de marzo de 2000 (RJ 2000\1501) en la parte antes transcrita, recogiendo las anteriores sentencias, algunas de ellas, no todas, citadas en este motivo del recurso, insiste en la idea de que la carga de la prueba de la falta de necesidad o de que no concurre «una difícil situación económica» (en el presente caso, en que además se añade: «...libremente apreciada por ella») la sufren los nudo propietarios. Y en el presente caso, no se ha probado tal cosa. Por tanto, no se ha infringido tampoco la jurisprudencia.

disposición en contra del testador- por la propia onerosidad del negocio transmisivo de la titularidad de las participaciones, o la necesidad del usufructuario salvo que hubiese sido relevado de tal circunstancia por el testador⁸⁵, en términos próximos a lo que suce-

Al no entender infringidos ni la norma ni la jurisprudencia que se alegan en este motivo único, debe desestimarse y, sin más, declarar no haber lugar al recurso de casación con imposición de las costas procesales y pérdida del depósito (artículo 1715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) sin que proceda entrar en más cuestiones, como las relativas a los demás pedimentos del suplico de la demanda, ya que se ha desestimado íntegramente la misma y no se ha combatido la desestimación de tales pedimentos en motivo alguno de casación.

⁸⁵ El causante normalmente habrá establecido como premisa la necesidad del viudo: STS de 24 de febrero de 1959 (RJ 1959\1080) en que se apreció abuso de derecho en supuesto de venta «con el solo fin o móvil de privar al actor de su herencia» y también la de 4 de mayo de 1987 (RJ 1987\3174) que declaró simulado, con simulación absoluta el contrato de compraventa y por ello, nulo de pleno derecho, si bien lo normal es que el testador exima al usufructuario de la obligación de justificar su necesidad. “S. 17 mayo 1962; sin que tenga que justificarla ante nadie, basta solo que el usufructuario lo manifieste, en S. 9 diciembre 1970; sin que tenga que justificar ante nadie dicha necesidad, en S. 23 noviembre 1971; bastando alegarla, sin prueba, ni justificación alguna, en S. 9 octubre 1986) y sensiblemente igual a las contempladas en la Resolución de 22 de febrero de 1933 y Sentencia 4 mayo 1987 (en que se deja la apreciación “a la conciencia”) y Sentencia 2 julio 1991 (“a su solo juicio”). Esta remisión a la conciencia, al margen en cualquier caso de la hermenéutica testamentaria del supuesto concreto, podría acaso interpretarse sobre la base de distinguir entre la creación de la situación de necesidad (con amplia libertad) y su real existencia dentro de dicha situación (que ha de probarse). De cualquiera manera que sea, lo que no cabe entender es que se pueda operar como si no hubiera la exigencia de la necesidad. Esta es una restricción o limitación ineluctable (Ss. 9 octubre 1986, 4 mayo 1987, 2 julio 1991). La Jurisprudencia se ha inclinado por entender que la denuncia del acto dispositivo por falta de necesidad puede operar, aparte de las hipótesis de simulación, por la vía del ejercicio abusivo del derecho (art. 7 CC) o del dolo o mala fe, de tal manera que, si falta la causa jurídica lícita (de la necesidad), se produce una burla antijurídica de los legítimos intereses de los nudos propietarios. Y en esta línea se atribuye la carga de la prueba, como hecho constitutivo de la acción, y porque además de otro modo “supondría imponerle una restricción en la que el causante no ha querido gravarle” (S. 9 octubre 1986), a los nudos propietarios, doctrina general que no obsta a matizaciones en relación con las hipótesis singulares».

Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 9 octubre 1986 RJ 1986\5335: SEGUNDO.- *La posibilidad de conceder al usufructuario la facultad de disponer, permitida por el artículo 467 que en relación con el 470 autoriza la derogación voluntaria de la característica obligación de conservar la forma y sustancia de la cosa usufructuada, asimila ciertamente la institución al fideicomiso de residuo, si bien la doctrina de esta Sala (a la que sigue la Resolución de la Dirección General de los Registros de 8 de febrero de 1950) ha puntualizado que no cabe identificar ambas figuras, porque en el usufructo con facultad de disposición el titular tiene un ius in re aliena, mientras que al fiduciario corresponde el pleno dominio sobre los bienes limitado por la prohibición de disponer mortis causa, y además porque cuando el testador desmembra el usufructo y la nuda propiedad no hace un doble llamamiento directo o indirecto respecto del mismo bien, sino que distribuye entre distintas personas de modo inmediato las facultades integrantes del dominio, de suerte que en el llamamiento concurren las dos liberalidades que operan independientemente sin orden ni relación sucesiva, por lo que los nudos propietarios adquieren desde luego un derecho sobre los bienes cuya efectividad se halla aplazada pero no condicionada a la muerte del usufructuario, cuya esencial posición no se desnaturaliza por la cláusula que le atribuye la facultad de enajenar en caso de necesidad, yuxtaponiendo al derecho de usufructo tal poder dispositivo -sentencias de 17 de mayo de 1962 (RJ 1962\2248), 9 de diciembre de 1970 (RJ 1970\5440) y 14 de octubre de 1971 (RJ 1971\3954)-.*

TERCERO.- *En el supuesto, frecuente en la práctica, de ser autorizado el usufructuario para disponer en caso de necesidad según libre apreciación del sujeto sin condición ni limitación alguna, es común opinión doctrinal que la confianza del testador en la honorabilidad y buena fe del beneficiario legitima a éste para realizar actos de enajenación, sin que pueda serle exigida la prueba de aquella situación, por lo mismo que supondría imponerle una restricción con la que el causante no ha querido gravarle; pero como el ejercicio de los derechos tiene en todo caso los límites proclamados en el artículo 7 del Código Civil y por lo tanto está afectado por la prohibición del abuso, es permitido que el nudo propietario impugne la disposición hecha con mala fe o simulando una necesidad inexistente -sentencias de 3 de julio de 1957 y 24 de febrero de 1959 (RJ 1959\1080)-, en el bien entendido que la prueba de la extralimitación o de la mala fe, como hecho constitutivo de la acción, corresponderá a quien alegue la conducta abusiva del usufructuario, que es asimismo la solución adoptada por algún ordenamiento foral, según puede verse en la Ley 152 del Fuero de Navarra (RCL 1973\408, 456; RCL 1974\1077 y NDL 22212).*

CUARTO.- *La transcrita cláusula octava del testamento otorgado por Don José V. G., al ordenar el usufructo en favor de los hijos en lo que excediere de la legítima estricta, facultándoles para enajenar y gravar los bienes «si lo necesitasen, bastando que aleguen esta necesidad sin prueba ni justificación alguna», a todas luces tiene la naturaleza de una disposición usufructuaria con autorización para disponer y confiando la ponderación de tal elemento al libre arbitrio del favorecido, razón fundamental que lleva a las sentencias de ambas instancias a tener por válida la enajenación realizada por Don Antonio V.-Z. M. de E. en favor de su consorte; tesis frente a la cual el motivo primero del recurso, basado en el ordinal quinto del artículo 1692 de la Ley procesal denuncia infracción de lo dispuesto en el artículo 675 del Código Civil y de la jurisprudencia que cita referente a la interpretación de los testamentos y al contenido de la cláusula discutida, pues si -en efecto- no puede dudarse que se esta en presencia de un usufructo con facultad de disposición, correspondiendo la nuda propiedad a los hijos del favorecido, nietos del testador, tampoco cabe desconocer que el de cujus faculta al usufructuario para la enajenación y gravamen de los bienes sin justificación alguna de la necesidad motivadora, requisito cumplido en el caso de litis por cuanto el vendedor manifiesta (cláusula cuarta de la escritura de 29 de abril de 1981), «que realiza la venta para atender necesidades personales y familiares que no le es preciso justificar», y su aserto no está desvirtuado por prueba alguna en contrario.*

de con el fideicomiso de residuo ⁸⁶, y, además, a diferencia de lo que acontece en territorio común ⁸⁷, el precio obtenido por la venta sería consumible por el viudo con obliga-

⁸⁵ QUINTO.- *Asistido el usufructuario de la facultad de disponer, en los términos más amplios, es incuestionable que pudo hacerlo lícitamente del dominio pleno o de la nuda propiedad, como así lo efectuó conservando el usufructo; lo que hace decaer el motivo segundo que aduce infracción de los artículos 1445, 1462 y 1464 del Código Civil, ya que ha existido desplazamiento de la cosa enajenada.*

⁸⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 9 octubre 1986 (RJ 1986\5335): *“PRIMERO.- En su testamento abierto otorgado el 19 de noviembre de 1929, Don José V. G., abuelo de los actores y padre del demandado Don Antonio V.-Z. M. de E., instituyó herederos a sus cinco hijos y respecto de ellos dispuso que «en cuanto exceda de la legítima estricta les sean adjudicados los bienes en usufructo, correspondiendo la nuda propiedad a sus descendientes legítimos, nietos del testador ... con facultad de disponer libremente por acto mortis causa y también con la facultad de enajenarlos y grabarlos libremente por actos inter vivos si lo necesitasen, bastando que aleguen esta necesidad, sin prueba ni justificación alguna» (cláusula octava). Viudo el hijo demandado D. Antonio V.-Z. contrajo segundas nupcias con la codemandada Doña Josefina C. P. M. el 7 de enero de 1976, acogándose el matrimonio al régimen económico de separación de bienes; y mediante escritura pública de 29 de abril de 1981 el marido transmitió a su esposa la nuda propiedad, entre otras fincas, de la dehesa de labor denominada PEÑA RESBALA Y EGIDO DE LOS CANCHALEJOS, por precio confesado de cinco millones quinientas mil pesetas, con minuciosa referencia a las diversas entregas (estipulación segunda) y con la manifestación del enajenante de que procedió a la venta «en uso de la facultad de libre disposición que le confirió su señor padre en el testamento que fue ley de su herencia, expresando además que lo hace para atender necesidades personales y familiares que no le es preciso justificar» (estipulación cuarta). Pretendida por los hijos del vendedor la nulidad de la venta en cuanto al inmueble mencionado oponiendo inexistencia de poder de disposición en el enajenante «y por concurrencia, además, de dolo y mala fe», las sentencias de uno y otro grado desestimaron lo postulado, por entender que la transmisión es eficaz y el contrato no tiene vicio invalidante.*

SEGUNDO.- *La posibilidad de conceder al usufructuario la facultad de disponer, permitida por el artículo 467 que en relación con el 470 autoriza la derogación voluntaria de la característica obligación de conservar la forma y sustancia de la cosa usufructuada, asimila ciertamente la institución al fideicomiso de residuo, si bien la doctrina de esta Sala (a la que sigue la Resolución de la Dirección General de los Registros de 8 de febrero de 1950) ha puntualizado que no cabe identificar ambas figuras, porque en el usufructo con facultad de disposición el titular tiene un ius in re aliena, mientras que al fiduciario corresponde el pleno dominio sobre los bienes limitado por la prohibición de disponer mortis causa, y además porque cuando el testador desmembra el usufructo y la nuda propiedad no hace un doble llamamiento directo o indirecto respecto del mismo bien, sino que distribuye entre distintas personas de modo inmediato las facultades integrantes del dominio, de suerte que en el llamamiento concurren las dos liberalidades que operan independientemente sin orden ni relación sucesiva, por lo que los nudos propietarios adquieren desde luego un derecho sobre los bienes cuya efectividad se halla aplazada pero no condicionada a la muerte del usufructuario, cuya esencial posición no se desnaturaliza por la cláusula que le atribuye la facultad de enajenar en caso de necesidad, yuxtaponiendo al derecho de usufructo tal poder dispositivo -sentencias de 17 de mayo de 1962 (RJ 1962\2248), 9 de diciembre de 1970 (RJ 1970\5440) y 14 de octubre de 1971 (RJ 1971\3954)-.*

TERCERO.- *En el supuesto, frecuente en la práctica, de ser autorizado el usufructuario para disponer en caso de necesidad según libre apreciación del sujeto sin condición ni limitación alguna, es común opinión doctrinal que la confianza del testador en la honorabilidad y buena fe del beneficiario legítima a éste para realizar actos de enajenación, sin que pueda serle exigida la prueba de aquella situación, por lo mismo que supondría imponerle una restricción con la que el causante no ha querido gravarle; pero como el ejercicio de los derechos tiene en todo caso los límites proclamados en el artículo 7 del Código Civil y por lo tanto está afectado por la prohibición del abuso, es permitido que el nudo propietario impugne la disposición hecha con mala fe o simulando una necesidad inexistente -sentencias de 3 de julio de 1957 y 24 de febrero de 1959 (RJ 1959\1080)-, en el bien entendido que la prueba de la extralimitación o de la mala fe, como hecho constitutivo de la acción, responderá a quien alegue la conducta abusiva del usufructuario, que es asimismo la solución adoptada por algún ordenamiento foral, según puede verse en la Ley 152 del Fuero de Navarra (RCL 1973\408, 456; RCL 1974\1077 y NDL 22212).*

CUARTO.- *La transcrita cláusula octava del testamento otorgado por Don José V. G., al ordenar el usufructo en favor de los hijos en lo que excediere de la legítima estricta, facultándoles para enajenar y gravar los bienes «si lo necesitasen, bastando que aleguen esta necesidad sin prueba ni justificación alguna», a todas luces tiene la naturaleza de una disposición usufructuaria con autorización para disponer y confiando la ponderación de tal elemento al libre arbitrio del favorecido, razón fundamental que lleva a las sentencias de ambas instancias a tener por válida la enajenación realizada por Don Antonio V.-Z. M. de E. en favor de su consorte; tesis frente a la cual el motivo primero del recurso, basado en el ordinal quinto del artículo 1692 de la Ley procesal denuncia infracción de lo dispuesto en el artículo 675 del Código Civil y de la jurisprudencia que cita referente a la interpretación de los testamentos y al contenido de la cláusula discutida, pues si -en efecto- no puede dudarse que se esta en presencia de un usufructo con facultad de disposición, correspondiendo la nuda propiedad a los hijos del favorecido, nietos del testador, tampoco cabe desconocer que el de cujus faculty al usufructuario para la enajenación y gravamen de los bienes sin justificación alguna de la necesidad motivadora, requisito cumplido en el caso de litis por cuanto el vendedor manifiesta (cláusula cuarta de la escritura de 29 de abril de 1981), «que realiza la venta para atender necesidades personales y familiares que no le es preciso justificar», y su aserto no está desvirtuado por prueba alguna en contrario.*

QUINTO.- *Asistido el usufructuario de la facultad de disponer, en los términos más amplios, es incuestionable que pudo hacerlo lícitamente del dominio pleno o de la nuda propiedad, como así lo efectuó conservando el usufructo; lo que hace decaer el motivo segundo que aduce infracción de los artículos 1445, 1462 y 1464 del Código Civil, ya que ha existido desplazamiento de la cosa enajenada.*

ción de ser repuesto por sus herederos si finalmente resultaba vitalicio. No puede olvidarse además que, tal disposición no deberá perjudicar la legítima ni constituir un gravamen en los términos del art. 183.

5. Límites forales a la libertad de regulación.

Tras lo expuesto, y para precisar más el límite de las facultades dispositivas del causante y su cónyuge al regular el contenido del usufructo, deben recordarse el art. 101.3 LREMV y los arts. 183 a 186 LS. Existe la necesidad de compatibilizar en el asunto que nos ocupa, la universalidad del usufructo viudal, por un lado, que protege sobremanera el patrimonio hereditario en beneficio del viudo, y, por otro, la protección legitimaria de los arts. 183 y ss. LS.

Como quiera que el contenido de este texto se está refiriendo continuamente, al desmembramiento dispositivo de las facultades que componen el dominio o titularidad de las acciones o participaciones, para obtener el objetivo de protección preferente del viudo y/o de los herederos y/o los otros intereses en juego -socios restantes, acreedores, trabajadores y la propia sociedad, esencialmente-, no puede obviarse que la atribución de facultades omímodas al viudo usufructuario puede estar vedada por el respeto a la legítima, y que la privación de determinadas cuotas usufructuarias al viudo sería contradictoria con la viudedad universal. Igualmente debe recordarse aquí la protección que para el nudo propietario dispensa el art.110.

A) Respecto de la viudedad -y por supuesto siempre que no se haya producido renuncia o limitación consensual de la misma-, debe entenderse que se extiende al usufructo sobre la totalidad “*de los bienes del premuerto*”. Deberá entenderse, en consecuencia, que recaerá sobre la totalidad de los dividendos repartibles y sobre los demás derechos que se han referido supra para el usufructuario en casos de emisión de obligaciones, liquidación de la sociedad, ampliaciones de capital y demás supuestos contemplados.

Sucede aquí, por tanto, y a diferencia de lo que corresponde a la legítima, que no cabe más reducción de tales derechos -política de dividendo refrida supra, por ejemplo- que la que, al amparo del art. 90 LREMV lleve aparejada la renuncia total o parcial -consentimiento en definitiva- del cónyuge interesado, ya que, en otro caso, sería anulable. Por supuesto se exceptúan supuestos singulares como lo es el del art. 101.3 LREMV.

Cualquier duda deberá ser solventada conforme al principio favor viduitatis conforme resulta de nuestra tradición histórica y del propio art. 90. 3 de la misma Ley.

Así pues, para el caso de las participaciones sociales, está claro que el cónyuge superviviente tendrá derecho al usufructo sobre la integridad de los dividendos repartidos, pero parece también pacífico que, mediante un instrumento público que recoja la voluntad del futuro usufructuario -ad ex. el protocolo familiar referido supra-, podrán esta-

⁸⁷ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 9 octubre 1986 (RJ 1986\5335): *Aunque no son aplicables las reglas que rigen para la comunidad postganancial, porque se superponen las del usufructo de disposición, rige para éste el principio de la subrogación real (aplicación de la cualidad jurídica que tenía el bien de que se dispuso al que se adquiere en su sustitución), del mismo modo que para su pariente jurídico, aunque con evidentes diferencias, del fideicomiso de residuo. Tal aplicabilidad resulta de la tradición jurídica románica (D. Libro XXXI, título único, leyes 70, párr. tercero, 71 y 72), de la opinión de la doctrina, y lo aconseja la razón («quod ratio suadet»). Con arreglo a dicho principio —«pretium succedit in locum rei»— el dinero recibido por la venta no pasa a pertenecer privativamente al usufructuario, sino que sustituye el objeto, ocupando el puesto del bien enajenado. Esta previsión jurídica fue la que determinó el planteamiento de la parte actora, y tal situación jurídica procesal es la única valorable en atención a los principios de «perpetuatio iurisdictionis» y congruencia.*

blecerse los límites al ejercicio de su derecho y el contenido económico del mismo, incluyendo la cuestión atinente a la política de dividendo que se ha mencionado.

En última instancia, para limitar el derecho viudal, bastará que así lo hayan pactado los cónyuges sin necesidad de concurrencia de los descendientes o terceros, para que, tal transacción sea válida.

B) Pero al estudiar lo que sucede con la mejora del régimen del usufructuario, la conclusión es diferente.

No siempre podrán limitarse sus derechos en perjuicio del nudo propietario.

a) La imperatividad del art. 183 LS, al condenar las restricciones de la legítima y la necesidad del art. 179 cuando -ex art. 171- garantiza la mitad del caudal relicto a los descendientes, pone en situación más que perentoria la atribución de facultades extraordinarias al usufructuario.

b) Para resolver esta cuestión, deberemos estar, primero, al estudio del caudal y, después, al cómputo de los derechos que por Ley deben reservarse a los descendientes, que resultará de lo prevenido en el art. 174 del mismo texto.

Por lo tanto, si el patrimonio sustancial de la herencia es precisamente la sociedad -o participaciones de ella- cuyos derechos de usufructo y nuda propiedad están siendo analizados, el acercamiento al problema deberá ser especialmente cuidadoso.

Conforme a la Ley, el derecho del usufructuario se contrae al cobro del dividendo. La atribución de las facultades restantes -administración, derecho de voto...- constituyen un plus que cercena el derecho natural del legitimario.

En consecuencia, hasta donde entiendo, si en el título constitutivo -testamento, por ejemplo-, se instituye un usufructo que incorpore el derecho de voto del viudo o cualquier otro derecho que normalmente correspondería al nudo propietario, y el haber legitimario se contrae -al menos de manera fundamental- a las participaciones sociales de que se trate, se estaría vulnerando la letra y el espíritu de los arts. 171 y ss. de la LS, con la correspondiente sanción legal recogida en el art. 184, que previene que el legitimario perjudicado tiene derecho a que el gravamen se tenga por no puesto.

c) No obstante, ese problema se resuelve, de nuevo, mediante el protocolo familiar al que he hecho referencia: el art. 177 permite la renuncia a la legítima de manera previa al fallecimiento del ascendiente. Debe entenderse, por tanto, que se permite igualmente el consentimiento para la merma de los derechos legitimarios, puesto que pudiendo renunciarse la totalidad, lógicamente puede consentirse su reducción. Y, por ello, el protocolo familiar al que continuamente vengo haciendo mención, será perfectamente válido al establecer tanto la política -y limitación- del dividendo como la atribución de las facultades del nudo propietario al usufructuario -derechos de voto y eventualmente de designación de la admistración social-.

No obstante, en este caso, deberá concurrir, como se preveía, el consentimiento del descendiente legitimario, pues de otro modo, tales restricciones de la nuda propiedad, podrán correr la suerte del art. art. 184 LS.

Debe recordarse aquí que, a los efectos de asegurar la concurrencia del consentimiento legitimario, y como quiera que en Aragón basta el respeto a la legítima colectiva, deberá estar presente en el protocolo familiar, al menos, el legitimario escogido por el futuro causante, si no lo hacen todos los interesados, que es la solución preferible.

Nótese que concurre aquí una diferencia fundamental con el sistema de garantía del usufructo viudal: en el caso del cónyuge, basta su acuerdo previo con el testador; en el caso del respeto a la legítima, será preciso el interés del legitimario además del de los dos consortes.

d) En fin, y a los efectos de aumentar la capacidad dispositiva del viudo respecto de dichas participaciones, no deben olvidarse las prerrogativas que el régimen de la fiducia aragonesa permite atribuir al cónyuge supérstite, también en lo que a la administración de la sociedad y sus beneficios corresponde, siquiera de forma indirecta.

C) Hay otra cuestión que considerar. Continuamente estoy haciendo referencia al “*esquema*” estatutario normal, que distribuye los derechos del socio como se previene, de manera subsidiaria, en la Ley. Sin embargo, si los estatutos de la sociedad previenen, por ejemplo, que para el usufructo de participaciones, el derecho de voto corresponderá al nudo propietario, ya no tendrá sentido plantear si, tal facultad en favor del viudo, constituye o no un “*gravamen*” sobre la legítima, puesto que, las participaciones que formen parte del patrimonio hereditario, deberán estar y pasar por tal régimen estatutario y que conformará su propia naturaleza sin que pueda plantearse si el legitimario queda lesionado por ese motivo, ya que no se tratará de una atribución del causante sino simplemente de la realidad peculiar del caudal objeto de transmisión.

D) Y, en fin, de nuevo, señalo que, si la participación de capital transmitida no alcanza a la mayoría de control, la lesión que, en la práctica, el derecho de voto establecido en favor del viudo pueda suponer, será inexistente, salvo en el caso, poco probable, de que concurra una fragmentación de las participaciones que permita que, las que contemplamos, otorguen la mayoría de voto.

E) mención singular corresponde a la previsión del art. 110 LREMV en cuanto protege los intereses del nudo propietario de los excesos del usufructuario.

Las situaciones descritas, de perjuicio notable para la sociedad como consecuencia de la actuación excesivamente interesada del viudo, podrían ser corregidas mediante la moderada intervención del Juzgado.

El art. 110 da entrada directa a su intervención cuando, a juicio de los nudo propietarios, el usufructuario les está causando “*graves perjuicios*”. Quiero llamar la atención sobre el presupuesto objetivo, que no es el perjuicio del bien sobre el que recae el usufructo, sino, claramente, el perjuicio al nudo propietario.

Resulta, por lo tanto, que la intervención judicial deberá ser tenida en consideración, simplemente, desde el prisma de la protección al propietario y, en consecuencia, en cuanto la actuación del viudo fuera incluso justificable para la optimización de su derecho y el percibo de las mayores cantidades que pudieran obtenerse, el eventual correlativo perjuicio a la sociedad -que en definitiva lo es al nudo propietario- permitiría al Juzgado moderar los relativos excesos en que incurriese el usufructuario.

6.- La especial previsión del art. 102 LRMV

No puede terminarse esta comunicación sin hacer mención especial al art. 102.

A) Lo que hasta aquí se ha expuesto ha procurado dejar constancia de las tensiones concurrentes entre los diferentes intereses en juego en el caso de usufructo de participaciones de una sociedad.

B) La disposición del art. 102 supera esas tensiones monetarizando el usufructo.

Ese artículo plantea el problema de si, por “*empresas o explotaciones*”, debe entenderse la totalidad de la empresa, la totalidad del capital que la representa, sólo cabe para los supuestos de empresario individual o, en cambio, es posible para participaciones mayoritarias -e incluso paquetes accionariales que no aseguren el control-⁸⁸.

Parece que la respuesta debe ser necesariamente positiva, en cuanto, la decisión de constituir la renta corresponde al testador; y sobre todo, la disposición del artículo 102 es siempre subsanable en caso de insatisfacción del viudo por la previsión del apartado 4, que le ampara para “*pedir en cualquier momento*” “*la sustitución del régimen previsto en este precepto por el ordinario del usufructo viudal*”.

Por lo tanto, y dependiendo, en la práctica, la situación del viudo, de su voluntad de revertir la pensión para transformarla en un usufructo, creo que nada obsta a dar una interpretación amplia del precepto.

C) No obstante, y a diferencia de lo que opina el mismo MERINO, creo que la conmutación de la renta por el usufructo no cabrá en aquellos casos en los que la pensión, haya sido instituida de manera paccionada, ya que, existiendo la facultad de los cónyuges de restringir el alcance del usufructo viudal, y siendo tal restricción vinculante para ambos, cuando también la pensión haya sido pactada, no parece que el viudo pueda revocar ese consentimiento para dejarlo sin efecto extendiendo el usufructo más allá de lo que en su momento pactó.

BIBLIOGRAFÍA

I. NATURALEZA, ESTRUCTURA, VALOR Y SIGNIFICADO DEL USUFRUCTO DE VIUEDAD ARAGONÉS

II. EXTENSIÓN SUBJETIVA DEL USUFRUCTO VIUEDAD ARAGONÉS.

III. USUFRUCTO DE DINERO

—ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil. III. Derecho de bienes. Volumen segundo. Derechos reales en cosa ajena y Registro de la propiedad*, 8ª edición, Edit. Bosch, Barcelona, 1994.

—CARRASCO PERERA, Angel., *Usufructo de disposición en caso de necesidad exenta de justificación*, PJ, septiembre, 1987.

—COLIN, Ambrosio y CAPITANT, H., *Curso elemental de Derecho civil. Tomo segundo. Volumen I., De los bienes y de los derechos reales principales*, 4ª edición, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1961.

—GARCIA-BERNARDO LANDETA, Alfredo, *La subrogación real en el derecho común español*, Colegios Notariales de España, Madrid, 2000.

—HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier, *El usufructo de dinero*, Revista de Derecho Civil Aragonés, VII-VIII, Zaragoza, 2001-2002.

—JARDÍ, Enric, *El usufructo de regencia*, Edit. Bosch, Barcelona, 1971.

⁸⁸ MERINO HERNÁNDEZ, J.L. -MANUAL DE DERECHO MATRIMONIAL ARAGONÉS, Los Fueros, Zaragoza, 2.007, pp. 350 y ss.- da respuesta afirmativa, si bien limita su aplicación a las empresas privadas -íntegramente- del cónyuge.

—JORDANO BAREA, Juan, *El cuasi-usufructo como derecho de goce sobre cosa ajena*, en Anuario de Derecho Civil, T. I, 1948, págs. 980 y ss.

—LATOUR BROTONS, José, *Estudio del usufructo*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1956.

—MANRESA Y NAVARRO, José María, *Comentarios al Código Civil Español. Tomo IV*, 7ª edición, Edit. Reus, Madrid, 1972.

—MUCIUS SCAEVOLA, Quintus, *Código Civil. Tomo IX. Del usufructo, del Uso y de la Habitación*, Instituto Editorial Reus, Madrid 1948.

—REPRESA POLO, Mª Patricia, *El usufructo con facultad de disposición*, Revista de Derecho Privado, Julio-Agosto, 2008.

—ROCA SASTRE, Ramón María, *El usufructo de disposición, sucedáneo del fideicomiso de residuo*, La Notaría, 1969.

—VALVERDE Y VALVERDE, Juan, *Tratado de Derecho civil español*, T. II, Valladolid, 1925.

IV. FONDOS DE INVERSIÓN

—AGENCIA TRIBUTARIA, *Manual práctico renta 2007*, Ministerio de Economía y hacienda, Madrid, 2007.

—AGUSTÍN TORRES, C., *Transmisiones mortis causa del derecho de usufructo sobre acciones y participaciones sociales y fondos de inversión mobiliaria de carácter acumulativo. Su alcance sustantivo y fiscal*, RJC, 2000, nº 2, pp. 33 a 53;

-*Usufructo sobre participaciones en fondos de inversión. Ley catalana 13/2000 de 20 de noviembre*, RJC, 2002, nº 1, pp. 9 a 33.

- *El usufructo de dinero y de participaciones en fondos de inversión y en otros instrumentos de inversión colectiva. La codificación de los derechos reales en Cataluña*, Materiales de las decimocuartas jornadas de Derecho catalán en Tossa, 21 y 22 de septiembre de 2006, Universidad de Gerona, Gerona, 2007, pp. 183 a 213.

—AGUSTÍN TORRES, C. y AGUSTIN JUSTRIBÓ, J., *Algunas implicaciones fiscales en los usufructos de dinero y de participaciones en fondos de inversión*, La Notaría, nº 34, octubre 2006, pp. 39 a 51.

—BAYOD LOPEZ, C., *Aplicación del Código Civil como derecho supletorio al régimen económico matrimonial aragonés* (ponente), Actas de los octavos encuentros de Derecho aragonés, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1999, pp. 39 a 130.

-*El art. 149.3 CE: la supletoriedad del Código Civil como derecho estatal respecto de los derechos civiles autonómicos (en particular el Derecho Civil Aragonés)*, RDCA, V, nº 2, 1999, pp. 75 a 125.

—BIESA HERNANDEZ, M., *Usufructo de fondos de inversión en la Ley aragonesa 2/2003 de 12 de febrero de régimen económico matrimonial y viudedad*, RDCA, IX-X, 2003-2004, pp. 59 a 103; igualmente en *Cuadernos Lacruz Berdejo*, nº 1, 2004, <http://www.derecho-aragonés.net/cuadernos/document.php?id=162>.

—BERNAD MAINAR, R., *La Junta de Parientes en la nueva legislación aragonesa*, RDCA, XI-XII, 2005-2006, pp. 45 a 94.

—CALATAYUD SIERRA, A., *Ley de Sucesiones. Comentarios breves por los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil. De la fiducia sucesoria*, RDCA, V, nº 1, 1999, pp. 87 a 96.

—CHIRIVELLA VILA, J. R., *Tributación del usufructo de participaciones de fondos de inversión*, Revista internauta de práctica jurídica, nº 16, 2005, <http://www.ripj.com>.

—COMISION ARAGONESA DE DERECHO CIVIL, *Ley de Sucesiones. Comentarios breves*, Librería General, Zaragoza, 1999.

- *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil*, Diputación General de Aragón, Zaragoza, 2006.

—CUMELLA GAMINDE, A. y TORMO SANTONJA, M., *Comentario a los artículos 27 a 32 de la Ley catalana 13/2000 de 20 de noviembre de usufructo, uso y habitación*, Comentarios de Derecho Patrimonial catalán, dirigidos por Antonio Cumella Gaminde y Mercedes Tormo Santonja y coordinados por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Bosch, Barcelona, 2005, pp. 321 a 360.

—DIEZ PICAZO y PONCE DE LEON, L. y GULLON BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, Tecnos, Madrid, 1981.

—DUQUE DOMÍNGUEZ, J., *Participaciones y certificados en los fondos de inversión mobiliaria*, Coloquios sobre fondos de inversión, Bilbao, 1974.

—EMBID IRUJO, J. M., *La cuenta corriente bancaria*, RDBB, nº 65, enero-marzo 1997, pp. 125 a 148.

—HERNÁNDEZ GARCIA, J., *El usufructo de dinero (comentario al artículo 117 de la ley de régimen económico matrimonial y viudedad 2/2003)*, RDCA, VII-VIII, 2001-2002, pp. 227 a 232.

—IGLESIAS, J., *Derecho romano. Instituciones de Derecho Privado*, Editorial Ariel, Barcelona, 1987.

—LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho civil*, III, vol 2º, Bosch, Barcelona, 1991.

—LATORRE MARTINEZ DE BAROJA, E., *Comentario al art. 75 de la Compilación aragonesa de Derecho Civil*, Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales dirigido por Manuel Albadalejo, tomo XXXIII, volumen 2º, Edersa, Madrid, 1990, pp. 316 y 317.

—MARTINEZ DE BEDOYA, C., *Estudio teórico y práctico del usufructo de participaciones de fondos de inversión acumulativos*, ADC, LV, nº II, 2002, pp. 659 a 711.

—MARTINEZ NADAL, A., *Cuentas bancarias indistintas de titularidad conyugal*, RDBB, nº 59, julio-septiembre 1995, pp. 721 a 747.

—MERINO HERNÁNDEZ, J. L., *La fiducia sucesoria en Aragón*, Colección El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1994.

-*Usufructo vidual*, en Manual de Derecho Matrimonial Aragonés, coordinado por José Luis Merino Hernández, Los Fueros, Zaragoza, 2007, pp. 337 a 390.

—MUÑOZ PLANAS, J. M., *Titularidad y propiedad en las cuentas bancarias indistintas*, RDBB, nº 45, enero-marzo 1992, pp. 7 a 34.

-*Fallecimiento de titular indistinto de una imposición a plazo y derecho al reintegro de los fondos*, RDBB, nº 52, octubre-diciembre 1993, pp. 1.141 a 1.161.

—*Cuentas bancarias indistintas con varios titulares*, Civitas, Madrid, 1993

—PINTO RUIZ, J.J., *El usufructo en Cataluña*, Noticias jurídicas. Artículos doctrinales: Derecho, <http://www.noticias.juridicas.com/articulos>.

—PIÑEL LOPEZ, E., *El usufructo de participaciones de fondos de inversión mobiliaria*, Anales de la Academia Matritense del Notariado, Tomo XLII, año 2004, pp. 155 a 180.

—POZUELO ANTONI, F., *Análisis fiscal de la nueva ley aragonesa de régimen económico matrimonial y viudedad*, CAI Servicio de Asesoría Financiera, Zaragoza, 2003, pp. 43 a 49.

—*De la viudedad. Cuestiones fiscales. Usufructo de fondos de inversión*, en Manual de Derecho Matrimonial Aragonés, coordinado por José Luis Merino Hernández, Los Fueros, Zaragoza, 2007, pp. 408 a 413.

—RICO ARÉVALO, B., *Procedimiento de suscripción y reembolso de participaciones de fondos de inversión (I): La titularidad de las participaciones*, en Actualidad financiera, n° 12, marzo 1995, pp. 307 a 317; (II): La cotitularidad en las participaciones en los fondos de inversión, Actualidad financiera, n° 37, octubre 1995, pp. 1.443 a 1.447.

—*Los fondos de inversión garantizados: elementos jurídicos de configuración*, RDBB, n° 67, julio-septiembre 1997, pp. 695 a 740.

—SÁNCHEZ CALERO, F. *Instituciones de Derecho mercantil*, 19 edición, Edersa, Madrid, 1996.

—SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, F., *La cuenta corriente y la transferencia bancaria (Observaciones a sus aspectos más discutidos)*, RDBB, n° 86, abril-junio, 2002.

—SANCHEZ GARCÍA, M^a del C., *Usufructo de fondos de inversión en la ley de régimen económico matrimonial y viudedad*, RDCA, XI-XII, 2005-2006, pp.163 a 206; igualmente en Cuadernos Lacruz Berdejo, n° 2, 2005, <http://www.derecho-aragonés.net/cuadernos/document.php?id=323>.

—SANCHO REBULLIDA, F., *Usufructo de Montes*, Bosch, Barcelona, 1960.

—SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., *Comentario al art. 75 Compilación aragonesa*, Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón, T. II, dirigidos por Jose Luis Lacruz Berdejo y Jesús Delgado Echeverría, Diputación General de Aragón, Zaragoza, 1993, pp. 697 a 701

—SEGURA ORTEGA, M., *El problema de las lagunas en el Derecho*, Anuario de Filosofía del Derecho, VI, 1989, pp. 285 a 312.

V. USUFRUCTO DE ACCIONES Y PARTICIPACIONES SOCIALES

—BIESA HERNÁNDEZ, María, *Usufructo de fondos de inversión en la Ley aragonesa 2/2003, de 12 de febrero, sobre régimen económico matrimonial y viudedad*, Cuadernos “Lacruz Berdejo”, Revista de Derecho Aragonés, 1 (2004).

—BELUCHE RINCON, Iris, *La relación obligatoria de usufructo*. Ed. Civitas, Madrid, 1996.

—CATALA ROS, Rosa, *El abuso del usufructuario: análisis del art. 520 del C.Civil*, MacGraw-Hill, Madrid, 1995.

—DALMASES Y JORDANA, Joaquin, *El usufructo de derechos (inclusive de títulos-valores)*, Revista Derecho Privado, Madrid, 1932.