ENCOMIENDA Y USUFRUCTO EN INDIAS

FRANCISCO J. ANDRÉS SANTOS
Universidad de Valladolid (España)

I. Es bien conocido el hecho de que, en el largo y complejo proceso de conquista y colonización del Nuevo Mundo por las potencias peninsulares, se dieron cita una serie de factores e institutos que podrían ser calificados de innovadores y modernizadores, junto a otros que presentan más bien un carácter retardatario y medievalizante. En el marco de actuación de unos y otros se hace patente, de forma paralela, el conflicto entre dos corrientes históricas opuestas, esto es, la representada por un absolutismo monárquico centralizador y modernizante, frente a lo que representaba el mundo de los conquistadores, aún anclado en el imaginario medieval de la Reconquista española. Todos ellos tenían, no obstante, un objetivo común, como era el de la construcción de una nueva sociedad de marcado corte europeo en los territorios recién ocupados, los cuales se encontraban sujetos a condicionantes ambientales tan distintos y elementos poblacionales tan diferentes respecto de los que constituían los lugares de origen de los conquistadores, que tal proceso no pudo sino producir graves tensiones entre las diversas fuerzas en oposición, las cuales encontraron en las nuevas tierras americanas un campo abonado para el enfrentamiento [1].

Dentro de este contexto, quizá una de las figuras más trascendentes y representativas, y en la que se manifiestan de forma más clara estas tensiones a las que aludimos, es la institución de la *encomienda*. Institución nacida a partir de un precedente medieval hispano [2], su importancia en Indias hizo surgir un amplio desarrollo norma-

---

[1] Sobre la tensión entre tendencias modernizantes y medievalizantes (representadas, respectivamente, por la Corona, apoyada a menudo en el clero, y los conquistadores/pobladores) en la construcción de la sociedad indiana, *vid.* por todos CÉSPEDES DEL CASTILLO, G., «América Hispánica (1492-1898)», tomo VI de la *Historia de España* dirigida por M. TUÑÓN DE LARA, Labor, Barcelona, 1983, p. 90 y ss.

[2] La antigua *encomendación* castellana de la época de la Reconquista, emparentada con el antiguo patrocinio tardo-romano y los feudos, las *commendas* y los señoríos de *behetría*: *vid.* L. GARCÍA DE VALDEAVELLANO, voz *Encomendación*, en *Diccionario de Historia de España* (dirigido por G. BLEIBERG), 2.ª ed. corr.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0402

tivo de carácter peculiar que distanció notablemente la figura de su homónimo en la Península, a través de un laborioso e intrincado proceso compositivo ligado de forma estrecha a las vicisitudes de la acción de conquista y las exigencias políticas, religiosas y socio-económicas de la actividad colonizadora, así como a las polémicas doctrinales y jurídicas referidas a su legitimidad y aplicación práctica que acompañaron desde un primer momento a su progresiva implantación [3]. Ello viene perfectamente explicado si se tiene en cuenta que, en efecto, fue sobre todo a través de esta figura como los conquistadores y sus sucesores canalizaron el desarrollo de la colonización americana y encauzaron la utilización de la mano de obra indígena en los territorios descubiertos, así como el adoctrinamiento religioso de los indios, bajo los presupuestos formales de la libertad jurídica de los pobladores y la suprema protección de la Corona, la cual fue afirmando progresivamente los atributos de la soberanía sobre el conjunto de los habitantes [4]. La línea vacilante en su regulación refleja de algún modo las contradicciones entre la declaración formal de la libertad de los indios y los fuertes inte-

---

y aum., tomo I, Madrid, 1968, pp. 1250 y ss. Cfr. SOLÓRZANO PEREIRA, *Política Indiana*, lib. III, cap. 2, núms. 2 y ss. *Vid.*, en torno a esta cuestión, CABRILLANA CIEZA, N., «Posibles precedentes de la encomienda en el reino de Granada», en *Estudios sobre política indigenista española en América*, II, Valladolid, 1976, pp. 347 y ss. La expresión «encomendar», con todo, no aparece en América oficialmente hasta una provisión de 14 de agosto de 1509, aunque tal vez con anterioridad el gobernador de La Española Nicolás de Ovando, comendador de Alcántara, pudo haber utilizado la expresión tomándola de los usos de su orden religiosa (cfr. DOUGNAC RODRÍGUEZ, A., *Manual de Historia del Derecho indiano*, México, 1994, p. 335). Con anterioridad se habló más bien de «repartimientos» de indios, lo que técnicamente no es algo idéntico a la encomienda: *vid.* por todos OTS CAPDEQUÍ, J. M.ª, *Historia del Derecho español en América y del Derecho indiano*, Madrid, 1969, p. 206.

[3] La dialéctica al respecto viene polarizada por teólogos y moralistas, del lado contrario a la institución, y por juristas y políticos, del lado más favorable a su mantenimiento, representados ambos grupos, respectivamente, por Fray Bartolomé de las Casas y Juan Ginés de Sepúlveda: cfr. OTS CAPDEQUÍ, J. M.ª, *El Estado español en las Indias*, México, 1941 (4.ª reimpr. 1975), p. 26; al respecto, *vid.* ZAVALA, S., «Las Casas ante la encomienda», en *Por la senda hispana de la libertad*, Madrid, 1992, pp. 100 y ss. No obstante, parece que el asunto no estuvo en el centro de la discusión en la famosa «controversia de Valladolid» de 1550 entre ambos personajes: cfr. DUMONT, J., *El amanecer de los derechos del hombre. La controversia de Valladolid*, Madrid, 1997, pp. 157 y ss. Sobre la polémica y su repercusión en la regulación legal de la encomienda, *vid.* con detalle ZAVALA, *La encomienda indiana* (*infra* n. 7), pp. 20 y ss., 32 y ss., 43 y ss., 74 y ss., 92 y ss., 141 y ss., 169 y ss.. Sobre el carácter «procesual» de la estructuración de la encomienda indiana, *vid.* FERNÁNDEZ HERRERO, B., *La utopía de América. Teoría. Leyes. Experimentos*, Barcelona, 1992, pp. 189 y ss.

[4] FONT-RÍUS, J. M.ª, voz *Encomiendas indianas*, en *Diccionario de Historia de España* (*supra* n. 3), p. 1252. El recurso a la encomienda fue ampliamente utilizado por la Corona para intentar satisfacer las aspiraciones económicas y sociales de los aventureros de Indias, pero, al mismo tiempo, también para hacer frente a la necesidad perentoria de mano de obra para el aprovechamiento de los recursos de los nuevos territorios, lo que produjo inevitablemente la sobreexplotación del trabajo indígena (cfr. *infra* n. 6): *vid.*, en relación con esto, CÉSPEDES DEL CASTILLO, G., «Las Indias durante los siglos XVI y XVII», en *Historia social y económica de España y América* (dirigida por J. VICENS VIVES), vol. III, Barcelona, 1972 (2.ª reed. 1974), pp. 339 y ss., 384 y ss.; también KONETZKE, R., «América Latina II. La época colonial»[19], en *Historia Universal Siglo XXI*, vol. 22, Madrid/México D.F., 1987, pp. 160 y ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0402

reses económicos y fiscales de la Corona y los encomenderos puestos en el mantenimiento de la institución [5].

Como es obvio, no es este el lugar para entrar en detalles sobre la significación histórica de esta importante figura en la consolidación de las estructuras indianas (tristemente célebre, por lo demás, a causa de los abusos de todo tipo que propició sobre la población indígena [6]), ni tampoco sobre su abrupta evolución jurídica, ni siquiera sobre su origen institucional, su desarrollo normativo o su caracterización legal, materias todas ellas que han sido objeto de abundante tratamiento en la literatura especializada [7]. Aquí únicamente vamos a ocuparnos de un aspecto concreto de la regulación de la encomienda indiana, en cuanto que institución jurídico-privada, como es el de su relación conceptual y normativa con el derecho real de usufructo. Esta relación viene marcada en

---

[5] *Vid.* SÁNCHEZ BELLA, I.; DE LA HERA, A.; y DÍAZ REMENTERÍA, C., *Historia del Derecho indiano*, Madrid, 1992, p. 180; cfr. KONETZKE (*op. cit.*, n. 4), pp. 174 y ss.

[6] Especialmente en el primer período de las encomiendas (período «antillano», 1492-1542), a través de la llamada *encomienda de servicios*, en que los indios venían forzados a realizar determinados trabajos y servicios personales en favor de sus encomenderos, que los sometían a un trato inhumano y explotador, por lo que, en la práctica, su situación real era muy próxima a la de la esclavitud (*vid.* OTS CAPDEQUÍ, J. M.ª, «El derecho de propiedad en nuestra legislación de Indias», *AHDE*, 2, 1925, pp. 137 y ss.); con posterioridad a 1542 la situación no mejoró sustancialmente: según Solórzano Pereira, «eran y son sumamente vejados y trabajados los Indios, y tratados peor que si fueran esclavos» (*Política Indiana*, lib. III, cap. 3, núm. 20); cfr. también *ibid.*, lib. III, cap. 7, núm. 36; cap. 13, núm. 8; cap. 26, núms. 13, 25, 27, 31, 32, 41; cap. 27, núm. 13; cap. 32, núms. 28 y 46. *Vid.* un catálogo de los servicios personales que estaban obligados a realizar los indígenas en DOUCET, G. G., «La encomienda de servicio personal en el Tucumán, bajo el régimen legal: comentarios a las ordenanzas de Gonzalo de Abreu», en *El aborigen y el Derecho en el pasado y el presente* (coord. por A. LEVAGGI), Buenos Aires, 1990, pp. 141 y ss., 197 y ss.; *vid.* también GARCÍA BERNAL, M. C., «Los servicios personales en el Yucatán durante el siglo XVI», en *Estudios sobre política indigenista* (cit. *supra* n. 2), pp. 269 y ss.

[7] Obra de referencia fundamental sobre la figura en su conjunto: ZAVALA, S., *La encomienda indiana*[3], México, 1992. *Vid.* además GARCÍA GALLO, A., «El encomendero indiano. Estudio sociológico», *Revista de Estudios Políticos*, 55, 1951, pp. 141-161 (ahora en *Estudios de Historia del Derecho indiano*, Madrid, 1972, pp. 515-536), y las excelentes síntesis de su evolución histórica y su configuración institucional de GÓNGORA, M., *El Estado en el Derecho Indiano. Época de fundación (1492-1570)*, Santiago de Chile, 1951, pp. 100 y ss.; y de OTS Y CAPDEQUÍ, J. M.ª, «Instituciones», tomo XIV de la *Historia de América y de los pueblos americanos*, dirigida por A. BALLESTEROS Y BERETTA, Barcelona, 1959, p. 63 y ss. Hay, asimismo, numerosos estudios sobre la aplicación y el desarrollo de esta figura en diferentes territorios de las Indias, entre otros: AMUNÁTEGUI, D., *Las encomiendas de indígenas en Chile* (2 vols.), Santiago, 1910; BYRD SIMPSON, L., *The encomienda in New Spain*, Berkeley, 1929; FELIÚ CRUZ, G., *Las encomiendas según tasas y ordenanzas*, Buenos Aires, 1941 (con referencia a Chile); ARCILA FARÍAS, E., *El régimen de la encomienda en Venezuela*, Sevilla, 1957; GÓNGORA, M., *Encomenderos y estancieros: estudios acerca de la constitución social aristocrática de Chile después de la conquista, 1580-1660*, Santiago de Chile, 1970; DE LA PUENTE BRUNKE, J., *Encomienda y encomenderos en el Perú: estudio social y político de una institución colonial*, Sevilla, 1992; HIDALGO NUCHERA, P., *Encomienda, tributo y trabajo en Filipinas* (1570-1608), Madrid, 1995; MIRA CABALLOS, E., *El indio antillano: repartimiento, encomienda y esclavitud (1492-1542)*, Sevilla, 1997. Últimamente, sobre los diversos desarrollos regionales, *vid.* ZAVALA, S., *op. cit.*, pp. 284 y ss. (con exhaustiva documentación y literatura).

https://doi.org/10.55104/FRDC_0402

un doble sentido, desde el punto de vista de su tratamiento por parte de los grandes autores del Derecho indiano, a saber:

a) En primer término, la consideración de la encomienda como usufructo: para la delimitación conceptual de esta institución, se recurre a su analogía con otras figuras del esquema institucional castellano (y romano), como son los casos del feudo, el mayorazgo, la donación, el fideicomiso, la enfiteusis y, también, el usufructo. Se trata a este respecto de analizar los elementos de semejanza y diferenciación entre la encomienda y, en concreto, el derecho de usufructo, de acuerdo con la disposición de una y otra figura en el Derecho indiano y en el Derecho común.

b) En segundo lugar, la cuestión del usufructo de la encomienda: esta, en cuanto que derecho que proporciona el disfrute de ciertos rendimientos económicos a su titular, podría a su vez ser objeto, al menos teóricamente, de un derecho de usufructo. No se nos oculta, sin embargo, que ello ocasiona, en el caso de la encomienda, importantes problemas tanto de orden dogmático como práctico. Los tratadistas indianos (como SOLÓRZANO PEREIRA, León PINELO o Juan de MATIENZO) se hacen eco de esta cuestión en relación con el tema del usufructo del padre sobre los bienes adventicios y maternos de sus hijos sometidos a patria potestad, de acuerdo con las normas tomadas del Derecho común. Evidentemente, la solución a este interrogante ha de depender directamente de la respuesta que se adopte en cuanto al problema de la naturaleza jurídica de la encomienda, pero también de razones de justicia distributiva.

II. Por lo que se refiere al primer aspecto de la cuestión que hemos definido, debe partirse del hecho de que los autores antiguos y modernos han tratado de encontrar en viejas instituciones del Derecho castellano, la mayor parte originadas en el propio Derecho Romano y con desarrollos en el *ius commune* europeo, un modelo para la configuración jurídica de la encomienda indiana. Así, se han encontrado paralelismos con las behetrías personales, los señoríos territoriales de la Reconquista, los feudos y mayorazgos, así como con figuras diversas del Derecho privado tradicional. Con todo, para un análisis correcto de las informaciones que nos suministra la literatura jurídica de la época hay que partir de la premisa de que, en el tiempo en que escriben los grandes tratadistas clásicos del Derecho indiano (del último tercio del siglo XVI a mediados del siglo XVII), la encomienda había atravesado ya por un amplio desarrollo histórico y normativo y había experimentado importantes modificaciones respecto a su forma originaria. Así, dicha figura había dejado de ser, al menos con carácter general, una encomienda de servicios personales para convertirse en una *encomienda de tributos*, sobre todo a raíz de las *Leyes Nuevas* de 1542, por la cual los encomenderos obtienen por privilegio real el derecho a percibir el tributo que los indios han de satisfacer en cuanto súbditos del rey de España, con las limitaciones y modalidades establecidas en las leyes. La obra de los tratadistas indianos de finales del siglo XVI y del XVII da cuenta de las transformaciones operadas en el instituto, y en ella la encomienda aparece ya como una figura jurídicamente perfilada y no sometida a discusión, si bien necesitada de un tratamiento de con-

https://doi.org/10.55104/FRDC_0402

junto armonizador de las diversas disposiciones reguladoras de la misma. El resultado de este esfuerzo sistematizador de los juristas acabará cristalizando en la regulación de la figura que aparece en la *Recopilación de Leyes de Indias* de 1680, que es reflejo en lo sustancial del tratamiento del fenómeno por parte de los clásicos del Derecho indiano [8]. Por esta razón, Juan de Solórzano y Pereira [9] puede definir ya en 1647 la encomienda como «un derecho concedido por merced Real a los beneméritos de las Indias para percibir y cobrar para sí los tributos de los Indios que se les encomendaren por su vida, y la de un heredero, conforme a la ley de la succesion, con cargo de cuidar del bien de los Indios en lo espiritual, y temporal, y de habitar, y defender las Provincias donde fueren encomendados, y hacer de cumplir todo esto, omenage, ó juramento particular». Se trata, por tanto, de un beneficio concedido por disposición del Rey como privilegio para ciertas personas señaladas por sus méritos (los *beneméritos* de Indias), pero no gratuitamente, sino a cambio de unas serie de prestaciones impuestas por la Corona —tanto en interés de ella misma como de los sometidos a esta situación, es decir, los indios— y con estrictas limitaciones, tanto en cuanto a su goce como en cuanto a su eventual transmisión.

En esta forma avanzada (reformada o «clásica»), pues, es claro que las analogías de la encomienda deben buscarse más bien en el campo del Derecho privado, en figuras tales como la enfiteusis, el fideicomiso o el usufructo, rechazándose de manera absoluta el derecho de propiedad tanto sobre los indios (que son personas libres) como sobre el tributo (que corresponde en exclusiva al rey, el cual lo cede como merced al encomendero en pago de sus méritos, pero con sujeción a ciertos gravámenes y cargas y con posibilidad de retirárselo en casos debidamente tasados): todo lo más, podría hablarse de un dominio útil o *quasi dominium*. La posición del encomendero puede así aproximarse a la de un usufructuario, en la medida en que goza de por vida de una serie de frutos y beneficios económicos —en este caso, los tributos satisfechos por los indios a él encomendados— derivados de una cosa fructífera (es dudoso si debe entenderse por tal a los indios encomendados, que no son «cosa» en sentido técnico, o bien el tributo mismo, en la forma avanzada, según observaremos después), que debe conservar (*salva rerum substantia*) y cuya propiedad (*dominium directum*) recae en otro (la Corona), llamado a consolidar su dominio absoluto una vez extinguido el derecho limitado sobre el objeto. Ahora bien, si puede admitirse que en estos caracteres generales la analogía de la encomienda con el derecho de usufructo es bastante evidente, sin embargo también es cierto que esta configuración no la sitúa lejos de otras figuras civiles afines, como el feudo, el

---

[8] Títulos 8 a 19 del libro VI de la *Recopilación* de 1680. Sobre todo fue influyente la doctrina sentada por Antonio DE LEÓN PINELO y Juan DE SOLÓRZANO Y PEREIRA, aunque también tuvieron importancia los desarrollos realizados por otros autores, como Fray Pedro DE AGUADO (*Historia de Santa Marta y Nuevo Reino de Granada*, 1568), Juan DE MATIENZO (*Gobierno del Perú*, 1567), Bartolomé FRÍAS DE ALBORNOZ (*Arte de los contratos*, 1573), Eugenio DE SALAZAR (con un *tratado* de 1595) o Gaspar DE ESCALONA Y AGÜERO (*Arcae Limensis Gazophylatium regium perubicum*, 1647): cfr. al respecto ZAVALA, *La encomienda* (*op. cit. supra*, n. 7), pp. 169 y ss., 260 y ss.

[9] *Pol. Ind.*, lib. III, cap. 3, núm. 1.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0402

mayorazgo, el fideicomiso o la enfiteusis, todos los cuales entrañan similares derechos de aprovechamiento sobre bienes ajenos. Efectivamente, también advierte SOLÓRZANO PEREIRA que, en relación con las encomiendas, «entre estas cosas no se hallare razón especial que las diferencie, porque, en efecto, se parecen en el origen de su introducción, en el modo y el derecho de gozar, en la prohibición de no enajenar, en la necesidad de restituir [...]» [10]. Todos estos elementos acercan, sin duda, la concepción de la encomienda indiana a la de un derecho de usufructo (aunque no sólo a éste), hasta el punto de poder equiparar en gran medida la naturaleza jurídica de ambos institutos. Veamos con algún detalle algunos de estos elementos de aproximación, de acuerdo con la configuración del usufructo que resulta de las fuentes justinianeas.

En primer lugar, la encomienda también se concibe como un *ius in re aliena*: el encomendero dispone de un derecho de gozar y disfrutar de unos bienes que no son de su propiedad. Ni sobre los indios (en la forma antigua de la figura) ni sobre los tributos (en su forma moderna) tiene el encomendero un verdadero derecho de propiedad, un *dominium directum*, el cual pertenece «plena, original y directamente» a la Corona [11], la cual sólo cede ese uso y disfrute con determinadas limitaciones. El encomendero no puede ni siquiera entrar en contacto con los indios que tiene encomendados, con carácter general, so pena de perder la concesión [12]. Lo mismo podría decirse respecto a los tributos que los indios han de satisfacer al rey, ya que los mismos son una consecuencia del vasallaje a que se encuentran sometidos respecto de la monarquía, a la cual corresponde en exclusiva el valor de lo que se satisfaga en tal concepto, y sólo por concesión real se entrega al encomendero su aprovechamiento y en nombre del rey recibe su importe [13]. Veremos después, no obstante, los problemas dogmáticos que esto implica; pero, en principio, no cabe duda de que la encomienda se estructura como un auténtico derecho real limitado sobre cosa ajena, al menos en la interpretación de los juristas influidos por el esquema institucional del *ius commune* [14]. Un problema distinto radica en la expresión legal del fenómeno, ya que en una Cédula Real de 1562 y otras disposiciones diversas citadas por Solórzano [15] se habla de la «posesión y señorío de los Indios» de que gozan los encomenderos. ¿Significa esto que la configuración legal del instituto difiere de la representación vertida por los juristas? Según Solórzano, ello no es así, si se interpreta adecuadamente la expresión «dominio» referido a las facultades del encomendero. En realidad, debe entenderse por tal únicamente el dominio *útil* (*quasi dominium* o *ius dominio proximum*), en contraposición al dominio *directo* o *eminente*, que corresponde tan sólo a

---

[10] *Pol. Ind.*, lib. III, cap. 3, núm. 26.

[11] *Pol. Ind.*, lib. III, cap. 3, núm. 3; cfr. *ibid.* lib. III, cap. 4, núm. 9.

[12] *Pol. Ind.*, lib. III, cap. 3, núm. 13. Cfr. *Nueva Recopilación* (1640), 6, 3, 10.

[13] MATIENZO, *Gobierno del Perú*, 1567 (ed. de G. LOHMANN VILLENA, Paris/Lima, 1967), parte I, cap. XII, pp. 42 y ss.

[14] Además de SOLÓRZANO (*Pol. Ind.*, lib. III, cap. 3, núms. 4 y ss.), también José DE ACOSTA, Juan DE MATIENZO y otros autores citados *ibid.*

[15] *Pol. Ind.* lib. III, cap. 3, núms. 14 (con n. 4) y ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0402

la Corona. Esta distinción entre dominio útil y dominio eminente es perfectamente aplicable asimismo a la posición del usufructuario respecto del nudo propietario, según la interpretación tradicional del Derecho común, y en apoyo de la misma se cita el texto de D. 7,1,4 («usus fructus [...] pars dominii est») frente a D. 50,16,25 pr. (quia usus fructus non dominii pars, sed servitutis sit [...]) [16]; lo mismo podría decirse si se hablara de «propiedad» para hacer referencia al derecho del encomendero. En el mismo sentido que Solórzano se expresan Juan del Castillo y otros autores de la época [17]. No obstante, esta distinción entre dominio útil y dominio directo, a fin de resolver conflictos sobre bienes de doble titularidad, no se encuentra referida únicamente al usufructo, sino también a otras situaciones jurídico-reales de titularidad compartida, como es el caso del derecho de enfiteusis, de superficie o del feudo, en aplicación de reglas del Derecho común [18].

También en cuanto a las facultades concedidas a los encomenderos sobre sus encomiendas se asemeja grandemente la figura al usufructo. El titular del derecho goza y disfruta del objeto de la encomienda, esto es, en su forma definitiva, del tributo pagado por los indios al rey, que este cede al encomendero con ciertas deducciones, o bien, en su forma antigua (*repartimiento*) o en determinados casos especiales, de los servicios personales prestados por los indígenas encomendados —pero nunca de las personas propiamente dichas, en la medida en que se consideran vasallos libres del rey [19]. Este derecho de goce y disfrute concedido al encomendero comprende toda clase de utilidad y aprovechamiento, de modo que el encomendero hace suya la parte de los tributos que tiene concedida, que puede utilizar del modo que tenga por más conveniente, y percibe las rentabilidades económicas que de ellos pueda obtener [20]. Obviamente, el encomendero no puede enajenar el objeto de la encomienda, pero sí los frutos obtenidos de la misma [21]. De todos modos, todo esto remite una vez más al problema del objeto de la encomienda, que habremos de ver con posterioridad, ya que, dependiendo de su definición, el resultado de ese uso y disfrute se aproximará más o menos al derecho de usufructo o a otros tipos de situaciones jurídicas. En todo caso, lo cierto es que la encomienda se con-

---

[16] *Vid.* además D. 45,1,58; 21,2,49; 46,1,70,2; 34,4,2 pr./1; 31,66,6, entre otros: cfr. al respecto KASER, M., *Das römische Privatrecht* (= RP) I², München, 1971, p. 448 y n. 8.

[17] CASTILLO, *tractatus de usufructo*, lib. 1, c. 32, y otros autores cit. en SOLÓRZANO, *De Indiarum Iure* II, lib. 2, cap. 2, núm. 21.

[18] D. 6,3,1,1; C. 4,66,1; *Libri Feudorum* 2,8. cap. 1 § *rei autem per beneficium*; cfr. *Pol. Ind.*, lib. III, cap. 3, núm. 4; *De Ind. Iure* II, lib. 2, cap. 2, núms. 6 y 7.

[19] *Vid. Pol. Ind.*, lib. III, cap. 3, núms. 3, 6, 8, 9, 14.

[20] De hecho, a través de la inversión productiva de los importes percibidos de las encomiendas muchos encomenderos financiaron grandes negocios o se convirtieron en importantes terratenientes, aun cuando, en principio, no existía vinculación entre encomienda y propiedad de la tierra (*vid.* ZAVALA, S., *De encomiendas y propiedad territorial en algunas regiones de la América española*, México, 1940, pp. 80 y ss. y *pass.*): cfr. BETHELL, L. (ed.), «Historia de América Latina», tomo 3 de *América latina colonial: economía* (trad. esp.), Barcelona, 1990, pp. 152 y ss. Sobre la adquisición de los frutos naturales y civiles por el usufructuario, *vid.* D. 7,1,12,1/5; eod. 15,3-5; eod. 25,2; eod. 59; 7,4,13; 19,2, 9; 22,1,25; Inst. 2,1,36.

[21] Cfr. Part. 3,31,20.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0402

figura como un derecho de uso y disfrute (*ius utendi fruendi*), aunque no pueda precisarse inicialmente todo su alcance, sino que ello dependerá del objeto real sobre el que recaiga y sus peculiaridades [22].

Al igual que en el caso del usufructo, la encomienda proporciona un aprovechamiento temporal a su titular [23]. Sin embargo, veremos que la limitación temporal en el disfrute de este derecho tiene particularidades que lo alejan de la concepción romana del usufructo como derecho personal que se extingue con la vida de su titular [24] y, por tanto, no transmisible por vía hereditaria. Con todo, la encomienda, a semejanza del usufructo, se concibe como un derecho estrictamente personal y, por consiguiente, un bien inalienable [25]. El encomendero no puede transmitir por ningún título jurídico el derecho que le corresponde sobre el objeto de la encomienda, y expresamente recuerdan diversas disposiciones «que no se pueden encomendar indios por donación, venta, renunciación, traspasso, permuta ni otro título prohibido», bajo severas penas a los contraventores, además de la pérdida de su derecho [26]. Asimismo, numerosas disposiciones legales [27] excluyen también la posibilidad de préstamo, arrendamiento y toda clase de carga o gravamen sobre la encomienda —regla que en la doctrina del *ius commune* venía extendida también al usufructo y otras situaciones jurídicas similares (enfiteusis, servidumbres en general, precario, etc.) [28]— y la sancionan con la pérdida tanto de los indios como de la mitad del patrimonio del infractor [29]. Sin embargo, esto parece contrastar con la regla del Derecho romano que da la posibilidad al usufructuario de ceder a terceros el ejercicio de su derecho (*perceptio fructuum*) por vía negocial, pero sin perder por ello la titularidad sobre el mismo [30]. SOLÓRZANO vio perfectamente el problema, y de ahí que introdujera una distinción entre lo que es ceder o gravar de algún modo a los indios encomendados o el mismo derecho de encomienda, y hacerlo respecto de los tributos, frutos o rendimientos obtenidos de la misma. Así, entiende que la prohibición afecta sólo al primer caso («quando se tratase de ceder, y traspasar del todo en algun tercero el cuerpo, ó de-

---

[22] Ello no es ajeno a la propia casuística de las fuentes romanas, que también distinguen en cuanto a las facultades del usufructuario según el tipo de objetos sobre los que recaiga el derecho: *vid.* KASER RP I[2] *cit.*, p. 450 y nn. 25 y ss.

[23] *Pol. Ind.*, lib. III, cap. 3, núms. 5 y 8.

[24] Inst. 2,4,3; cfr. *infra*.

[25] *Pol. Ind.*, lib. III, cap. 15, núms. 1 y ss. Sobre el usufructo, *vid.* D. 23,3,66; 30,114,14; C. 4,51,7; 4,66,4; Inst. 2,4,3; cfr. D. 7,4,5,1; 34,3,7; 50,17,68.

[26] *Vid. Recopilación de Leyes de Indias* 6,1,29; 6,2,2/3/11; 6,8,16; 6,9,23; 6,13,18; también una Real Cédula de 1527 corregía abusos a este respecto, si bien otra Cédula de 1538 autorizaba a dar licencia al encomendero en Nueva España para intercambiar su encomienda con otro (cfr. OTS CAPDEQUÍ, *AHDE*, 2, [cit. en n. 6], p. 142 y nn. 136 y 137).

[27] *Vid. Recopilación de Leyes de Indias* 6,8,17; 6,9,23. Cfr. C. 4,51,7; D. 20,1,24, y lit. cit. en *Pol. Ind.*, tomo 2, p. 166 n. 5.

[28] *Pol. Ind.* lib. III, cap. 15, núms. 7 (y los cit. *ibid.* n. 5) y 17; cfr. I. 2,4,3.

[29] Real Cédula de 17 de agosto de 1529: cfr. OTS CAPDEQUÍ, *AHDE*, 2 (cit. en n. 6), p. 143 y n. 138.

[30] D. 7,1,12,2; eod. 13,8; 19,2,9,1; 20,1,11,2; 23,3,66; 24,3,57.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0402

recho de ellas»), mientras que, en el segundo, es perfectamente posible el gravamen o la cesión, manteniendo la titularidad del derecho el encomendero [31], al igual que sucede en el caso del usufructo y otros *iura in re aliena* [32], lo cual, por otra parte, respondía a las necesidades del tráfico jurídico y a la propia práctica ordinaria. Por tanto, aquí se impone la doctrina del Derecho común por encima de la literalidad de la legislación, en el sentido de homologar el régimen de la encomienda con el de otras figuras jurídicas civiles, si bien es cierto que, dada la peculiaridad del objeto del modelo reformado de la encomienda, puede resultar difícil distinguir entre la mera cesión de los rendimientos y la del derecho mismo. No obstante, en todo caso, esta cesión de los frutos y rentas de la encomienda no puede exceder de los límites temporales de la vida del encomendero (teniendo en cuenta las particularidades previstas al respecto), al igual que sucede en los casos de hipoteca o prenda legal sobre los mismos [33]. Se advierte, además, que el embargo sobre frutos y réditos de la encomienda sólo debe realizarse con carácter subsidiario, es decir, cuando no existan otros bienes de su titular sobre los que hacer recaer el gravamen [34].

En su modo de constitución, la encomienda se aleja del régimen del usufructo, dado que se constituye mediante la entrega en posesión tras la investidura por parte del monarca o las personas autorizadas para ello [35]; no cabe, pues, constitución de la encomienda por título hereditario, como el legado, ni por sentencia judicial (*adiudicatio*) ni por pactos y estipulaciones entre concedente y beneficiario, modos habituales de constitución del usufructo romano: el rey no establece un negocio bilateral con el encomendero, sino que le concede el derecho por su merced, en ejercicio de su liberalidad. Tampoco se admite la adquisición de la encomienda por la *patientia* del dueño [36], ya que no es legítimo que el encomendero comience a desempeñar sus funciones y a percibir los tributos sin previa concesión de la autoridad real: la encomienda siempre se concibe jurídicamente como una merced real, no como una realidad fáctica que el monarca se limite a ratificar [37]. Por lo tanto, en esta cuestión parece más pertinente recurrir a las analogías con el régimen de investiduras en los feudos o los beneficios eclesiásticos [38].

Queda, sin embargo, un punto en el que sí puede discutirse la analogía con los modos de constitución del usufructo, y es el caso de la posibilidad de adquirir la encomienda

---

[31] *Pol. Ind.*, lib. III, cap. 15, núms. 10 y 11.

[32] *Pol. Ind.*, lib. III, cap. 15, núm. 20. Entre los autores mencionados en apoyo de esta doctrina se encuentran Julio CLARO, ROSENTHAL, Andrés TIRAQUELLO, Luis DE MOLINA, Jacobo MENOCHIO y otros más cit. en *De Ind. Iure* II, lib. 2, cap. 14, núms. 35-42.

[33] *Pol. Ind.*, lib. III, cap. 15, núm. 12.

[34] *Pol. Ind.*, lib. III, cap. 15, núm. 13.

[35] *Pol. Ind.*, lib. III, cap. 5, núms. 1 y ss.; LEÓN PINELO, *Tratado de confirmaciones reales*, parte I, cap. 7.

[36] Cfr. D. 6,2,11; 19,2,24,4.

[37] Esto en la teoría; en la práctica, hay tolerancia a su ejercicio en diversos momentos, lo que lleva a un reconocimiento ulterior (*ley de disimulación*): v. gr. *vid. Recop.* 6, 11,14.

[38] Así se constata en *Pol. Ind.*, lib. III, cap. 14, núms. 1 y ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0402

por prescripción. En el *ius commune* y en el Derecho castellano se admite dicha posibilidad de adquirir el usufructo por *longi temporis praescriptio* (10 años entre presentes, 20 entre ausentes), con título y buena fe, en el caso de inmuebles [39], o, en cualquier caso, por *praescriptio longissimi temporis* (treinta o cuarenta años) [40]. En relación con la encomienda, Solórzano establece una doble posibilidad en función de quien sea el perjudicado por la prescripción, si el rey o un particular. Si la prescripción pretende hacerse valer frente al rey, entonces no se admite en ningún caso, «sin que hayan pasado treinta años, ni aun ciento», ya que el rey ostenta el *dominium directum* sobre la encomienda y, por tanto, nunca pierde la legítima posesión de la misma [41]. Por el contrario, si se trata de un particular —es decir, si se discute únicamente el dominio útil sobre la encomienda—, entonces procede la *longi temporis praescriptio*, como en cualquier prescripción ordinaria, al igual que sucede en el caso de los feudos [42]. Sin embargo, si la prescripción pretende hacerse valer contra el sucesor legal del encomendero que hubiera perdido la encomienda en primera vida, en tal caso no se admite, ya que se entiende que, si la prohibición de enajenar la encomienda intenta favorecer al sucesor, tampoco podrá perjudicarle la prescripción, salvo en el improbable caso de que se tratara de una posesión inmemorial de la encomienda [43].

Por último, también en materia de extinción encontramos alguna analogía entre la encomienda y el derecho de usufructo. En efecto, el derecho sobre la encomienda desaparece con la *reversión* a la Corona de los indios que han sido encomendados, es decir, algo parecido a la *consolidatio* del usufructo; al producirse la confluencia o confusión del titular del *dominium eminens* y el del dominio *útil* o derecho de goce y disfrute [44]. Sin em-

---

[39] Al igual que las restantes servidumbres: C. 7,33,12,4. Presumiblemente existieron divergencias entre el régimen del Derecho clásico, que rechazaría la *usucapio* o la *praescriptio* del usufructo, y el del Derecho justinianeo: cfr. Gai. D. 41,1,43,1; Pap. D. 41,3,44,5; Gai. eod. 9 [*maxime*]. No está claro si también se admitió la *usucapio* del usufructo sobre muebles por tres años de posesión: *vid.* WINDSCHEID y KIPP, *Pand.* I⁹, § 213, p. 1091 n. 8; KASER, *RP*, II², p. 305 n. 24. En cuanto al Derecho castellano en Indias, *vid.* ÁLVAREZ, José M.ª, *Instituciones de Derecho real de Castilla y de Indias*, vol. I, tomo II, México, 1826 (= 1818-20), p. 102.

[40] C. 7,39,3 = C. Th. 4,14,1; cfr. C. 1,2,23; 7,39,2.

[41] *Pol. Ind.*, lib. III, cap. 15, núm. 42.

[42] *Pol. Ind.* ,lib. III, cap. 15, núms. 43/46. SOLÓRZANO se apoya en D. 41,3,27; I. 2,6,1; X. 2,26,17, y en la literatura romano-canónica citada *ibid.* nn. 2-4.

[43] *Pol. Ind.*, lib. III, cap. 15, núms. 47 y 48.

[44] *Reversión*: «haver de volver estas Encomiendas, quando se acaban, ó pierden, á la Corona Real, la qual se tiene siempre en derecho por favorable» (*Pol. Ind.*, lib. III, cap. 29, núm. 6). En las fuentes romanas se habla de *reverti (reddire) ad proprietatem* o *ad dominium*: D. 7,2,3,2; eod. 6,1; 23,3,66; cod. 78,2, entre otros. No obstante, la *consolidatio* de Inst. 2,4,3, en realidad sólo se daría cuando el usufructuario se convierte a su vez en propietario, situación que no puede producirse en el caso de la encomienda porque sólo el monarca puede atraer hacia sí la plenitud de derechos sobre los indios, incluidos los que corresponden a los encomenderos, y no al revés, obviamente: con todo, *vid. Pol. Ind.*, lib. III, cap. 3, núm. 5 (cfr. *De Iure Indiarum*, II, lib. 2, cap. 2, núm. 8).

https://doi.org/10.55104/FRDC_0402

bargo, a diferencia de lo que ocurre con el usufructo, en que la conjunción de titularidades puede darse en ambos sentidos y por negocio jurídico o por las causas establecidas en el ordenamiento, en cambio, en el caso de la encomienda, ésta sólo puede tener lugar en favor de una de las partes, la Corona: ésta siempre puede recuperar el dominio completo sobre los indios encomendados y la plena percepción del tributo, mientras que el encomendero nunca puede adquirir el *dominium directum*; además, queda excluido el negocio jurídico como vía de reversión de la encomienda, que se sujeta a los supuestos legalmente determinados [45]. Es discutido si puede producirse la reversión de la encomienda por la mera voluntad del monarca en este sentido, sin mediar delito o causa alguna suficiente que justifique la decisión. Solórzano [46] examina las razones y opiniones doctrinales tanto en favor como en contra de tal posibilidad, para inclinarse finalmente por esta última opción, sobre la base de principios morales canónicos y reglas jurídico-civiles, así como por razones de utilidad pública, tendentes a impedir que el monarca prive de los bienes concedidos a sus súbditos sin culpa grave del receptor. Con todo, nadie discute la posibilidad de reversión de la encomienda por decisión unilateral del *dominus* cuando existen razones para ello (delito, culpa grave, incumplimiento de sus deberes por parte del encomendero), lo que no cabe en el caso del usufructo, como se observará más adelante.

Asimismo, al igual que el usufructo, también se extingue la encomienda, en principio, por muerte o renuncia de su titular: se entiende que, en tales casos, hay *vacancia* de la encomienda y, por tanto, se produce la reversión a la Corona (y, en su caso, su nueva atribución). Sin embargo, en cuanto a la muerte del encomendero, las peculiaridades de la *ley de sucesión* de la encomienda hacen discutible esta causa de extinción de la misma, como veremos después. Por lo que se refiere a la renuncia a la encomienda, se admite sin mayores problemas, pero se distingue en cuanto a sus efectos entre la renuncia que sea incondicionada, y aquella que se efectúa con el fin de ceder la encomienda a otra persona, familiar o amigo del encomendero, o a un tercero a cambio de un precio, o incluso con el objetivo ilegítimo de eludir el final de la encomienda que se viene disfrutando al expirar su última vida y volver a recibirla el mismo encomendero como si fuera nueva [47]. La primera se admite perfectamente, de modo que, una vez formalizada, la encomienda queda vacante y puede ser provista de nuevo por los representantes reales en virtud de los poderes que ostentan [48]; la segunda, en cambio, se considera fraudulenta, contraria a la prohibición de cesión de la encomienda, de modo que no podrá surtir efectos sin autorización del rey, quien se reserva en exclusiva la posibilidad de cubrir nuevamente la

[45] «Si aquel [sc. el encomendero], ó aquella muriere, ó los dexare, ó por algun caso los perdiere, han de tornar los dichos Indios luego á nuestra Corona Real» (Real Cédula de 5 de abril de 1552); cfr. *Recopilación de Leyes de Indias* 6,11,2/6 i.f./7/14 y 15.

[46] *Pol. Ind.*, lib. III, cap. 29, núms. 13 y ss.

[47] *Pol. Ind.*, lib. III, cap. 7, núm. 35.

[48] *Pol. Ind.*, lib. III, cap. 7, núm. 32.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0402

encomienda: Solórzano acude para dar esta solución a la analogía con el régimen de los feudos, en que no es posible la renuncia sin el consentimiento del «señor del directo dominio» o causándole algún perjuicio [49]. El modelo a este respecto no debe buscarse, pues, en el usufructo, sino en materia de feudos, aunque es claro que tampoco en el usufructo es posible la renuncia con cesión del derecho a un tercero distinto del propietario de la cosa [50]. No obstante, Solórzano matiza la solución adoptada, afirmando que, en cualquier caso, siempre que no haya fraude o malicia en la renuncia, aunque esta se haya realizado para beneficiar a un tercero, debe admitirse y considerarse la encomienda vacante, a fin de que sea nuevamente provista por los delegados reales: el ejemplo más característico es el de la renuncia del padre para que reciba la encomienda quien le ha de suceder en ella legítimamente, existiendo justa causa [51]. En términos generales se admite, pues, la renuncia a la encomienda siempre que no se realice con ánimo fraudulento, lo cual no quiere decir necesariamente que esta se extinga, puesto que puede continuar en una segunda vida (o ulterior), según las reglas sucesorias al efecto.

La «dexacion» pura y simple de la encomienda se equipara a la renuncia incondicionada, por lo que se admite sin más, pero no se establecen plazos determinados, transcurridos los cuales deba tenerse por vacante la encomienda, a diferencia del *non usus* del usufructo del Derecho común, que lo extingue pasados los plazos de la *longi temporis praescriptio* [52].

En definitiva, a la vista de estos elementos de semejanza que acabamos de examinar, y otros posibles, se revela cómo la encomienda presenta una cierta relación de parentesco con el usufructo del Derecho civil, lo que permite la aplicación por extensión o analogía del régimen jurídico de este último a la primera, aunque no sólo de esa figura. Sin embargo, también existen otros elementos, además de los que ya han ido apareciendo a lo largo de esta exposición, que diferencian netamente esta singular figura indiana del usufructo romano y común, según vamos a comprobar a continuación.

En primer término se nos abre el trascendental problema del propio objeto de la encomienda. A decir verdad, esta es una cuestión que dista mucho de estar clara. Tanto las expresiones legales como los desarrollos doctrinales de la figura son ambiguos en cuanto al objeto sobre el que recae exactamente el derecho del encomendero. En la primera época, durante la llamada *encomienda de servicios personales* (o encomienda «antillana») no cabe duda de que lo que se reparten son los indios, formalmente súbditos libres del rey de Castilla, y el derecho de los encomenderos consiste en la posibilidad de beneficiarse de una serie de servicios laborales forzosos en favor de su persona y hacienda, de acuerdo con las distintas necesidades de trabajo, así como la percepción de di-

[49] *Pol. Ind.*, lib. III, cap. 7, núm. 38.

[50] Inst. 2,4,3.

[51] *Pol. Ind.*, lib. III, cap. 7, núm. 44; cfr. *Recopilación de Leyes de Indias* 6,11 i.f.

[52] C. 3,33,16,1; 3,34,13; *vid.* KASER, *RP*, II², p. 305; cfr. ÁLVAREZ, *Instituciones*, I, tomo II cit., p. 103.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0402

versas prestaciones económicas. En este contexto, si queremos identificar un referente y un modelo en el Derecho romano antiguo, más que en el usufructo deberíamos fijarnos en la figura de las *operae servorum* (*vel animalium*), que en el Derecho justinianeo recibe la consideración de derecho real (servidumbre) distinto e independiente del *usus* y el *usufructo*, aunque análogo a ellos [53], y que consiste en la cesión a su titular de la posibilidad de disfrutar de los servicios de un esclavo ajeno [54]. Aquí el paralelismo es bien claro, y el régimen legal perfectamente aplicable por analogía, en principio (con la importante salvedad que representa la libertad legal de los indios). Sin embargo, los tratadistas del Derecho indiano no acuden a esta figura como instrumento interpretativo, no sólo por su escaso uso en la época, como, sobre todo, porque el tratamiento que ellos hacen del instituto ya no corresponde a esa época, como sabemos, sino a la siguiente fase de su evolución, la de la llamada encomienda «reformada» o *de tributos*. Aquí el derecho del encomendero consiste en percibir y cobrar para sí los tributos satisfechos por los indios encomendados, en virtud de la merced real: el encomendero tiene derecho a gozar y disfrutar de tales tributos, en pago a sus méritos y en compensación por los servicios prestados a la Corona y en favor de los indios, pero soportando a su vez determinadas cargas o gravámenes a cambio. No tienen los encomenderos ningún otro derecho sobre los indios mismos, sobre su persona y bienes, ya que son libres, y ni siquiera pueden tener contacto material con ellos; y tampoco sobre los tributos cedidos tienen un derecho de propiedad, que corresponde exclusivamente a la Corona [55]. ¿Podría considerarse, entonces, que el encomendero tiene un derecho de usufructo sobre el importe de dichos tributos? Habría que tener en cuenta, a este respecto, que el importe del tributo, tasado por oficiales reales de acuerdo con las costumbres de los pobladores, venía satisfecho en dinero o, con más frecuencia, en especie —en particular, productos agropecuarios y frutos de la tierra de las diversas comarcas—, es decir, principalmente en bienes fungibles y consumibles. Sobre tales clases de bienes no cabe, por regla general, hablar de un usufructo propiamente dicho, ya que no puede cumplirse el requisito básico de conservar la sustancia de la cosa (*salva rerum substantia*); todo lo más, podría verse un *quasi ususfructus* [56] que, en realidad, no es un verdadero derecho real, sino una especial relación crediticia. Con todo, en el caso de la encomienda apenas podría hablarse tan siquiera de tal *quasi ususfructus*, ya que para que se dé este se exige que el titular del derecho preste una caución, de modo que, una vez acabado el uso (es decir, consumo) de la cosa, devuelva otro tanto en el mismo género de aquello que recibió [57]; sin embargo, en el supuesto de la encomienda, ni el encomendero ni sus herederos están obligados a entregar a la Corona el importe de los tributos percibidos, que hace suyos incontroverti-

[53] Cfr. KASER, *RP*, II², p. 306.

[54] *Vid.* D. 7,7; cfr. D. 33,2,; cod. 24,1; 35,2,1,9.

[55] *Vid. Pol. Ind.*, lib. III, cap. 3, núm. 3.

[56] D. 7,5,2,1; Inst. 2,4,2.

[57] ÁLVAREZ, *Instituciones* I, tomo II, p. 100; cfr. Inst. 2,4,2.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0402

damente con las deducciones que procedan, y, por consiguiente, tampoco tiene obligación de prestar ninguna caución. Así pues, el encomendero carece de todo derecho real, tanto en relación con los indios como sobre los tributos, y sólo dispone del importe de tales tributos tras la concesión real, que no puede exigirse por la vía de una *actio in rem*, y que recibe, además, de los propios oficiales del rey encargados de hacer la recaudación [58].

Por otra parte, tanto en los textos legales como por parte de los tratadistas indianos, se sigue hablando, incluso en la época de la encomienda «reformada», de «repartimiento» o «encomendación» *de indios*. Aunque lo que es objeto de goce y disfrute para el encomendero son los tributos (que, como tales, son propiedad del rey), lo que se reparte y se entrega son los indios mismos (no sus tierras ni sus bienes), aun cuando no pueda haber ningún contacto material entre ellos y el encomendero. Lo que está operando en el fondo de estas formulaciones es, en realidad, el mismo concepto de encomienda que en la primera época, es decir, una entrega de grupos de indios a los conquistadores, o sus descendientes, para que obtengan de ellos (de su trabajo) una rentabilidad económica. La mejor prueba de ello está en la posibilidad de conmutar el pago de tributos en dinero o en especie por servicios personales en aquellas comarcas en que la rentabilidad de la tierra no sea suficiente para la satisfacción total del tributo, o cuando así lo prefieran los propios interesados, o incluso con carácter general en ciertas regiones. Sigue estando subyacente, pues, una visión según la cual el verdadero objeto del derecho del encomendero es el uso y disfrute de ciertos bienes producidos por los indios y entregados a ellos por concesión y con mediación del rey. A pesar de que Solórzano intenta revestir este hecho real por medio de la complicada construcción de un dominio «útil» sobre los tributos en favor del encomendero, en contraposición al dominio «directo» del rey, sin embargo, la propia inconsistencia dogmática de esta interpretación, la confusión terminológica que se manifiesta en su explicación del fenómeno y, finalmente, el testimonio de otros autores más claros al respecto, demuestran que de lo que propiamente se está hablando es de un *quasi dominium* sobre los indígenas, ejercido directamente por los encomenderos con derecho de uso y disfrute sobre las rentabilidades económicas derivadas de los mismos, a cambio de la realización de una serie de prestaciones en favor de la monarquía y, supuestamente, de los propios indios, y con sometimiento a crecientes gravámenes. En este sentido, la analogía con el usufructo sí parece resultar pertinente, porque sobre el encomendero recae, sin duda, el deber de «conservar la sustancia» del objeto de la encomienda, léase de los indios encomendados, es decir, proteger sus vidas y propiedades y no someterlos a una abusiva explotación económica ni a vejación personal. Pero esta idea sólo se desprende de una interpretación «deconstructiva» del instituto, no de sus auténticas formulaciones legales o doctrinales.

Otro elemento distintivo de la encomienda respecto del usufructo es su carácter hereditario, frente al carácter estrictamente personal y, por tanto, no trasmisible por vía he-

[58] KONETZKE, *América Latina*, II (cit. en n. 4), pp. 174 y ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0402

reditaria, del usufructo del Derecho común [59]. En efecto, aunque desde el punto de vista de su estructura legal la encomienda es una merced real que se concede siempre *ex novo* —y de ahí la prohibición, al menos con carácter general, de las encomiendas «perpetuas», es decir, transmisibles indefinidamente por vía hereditaria—, sin embargo, siempre se admitió en realidad su carácter hereditario. Primeramente por la vía de los hechos («vía de dismulación»), con serias disensiones al respecto entre la Corona y los encomenderos; a partir de 1536, a través de una Real Provisión, se admite ya legalmente la sucesión en la encomienda en la cabeza de un solo sucesor, mediante el artificio de la concesión de la encomienda, formalmente única, pero «por dos vidas», la del encomendero y la de su legítimo sucesor (normalmente el mayor de sus hijos legítimos o, en su caso, su viuda), de acuerdo con las reglas establecidas taxativamente por la ley: desde el punto de vista formal, la encomienda se considera siempre concedida por merced real, de modo que el encomendero nunca adquiere su derecho en virtud de la sucesión por causa de muerte; transcurridas las dos vidas, se entiende que la encomienda se ha extinguido como tal y revierte a la Corona para que se proceda, eventualmente, a una nueva concesión; no obstante, se admitieron con frecuencia prórrogas, e incluso se introdujo con el tiempo la posibilidad legal de una tercera y cuarta vidas, e incluso hubo casos de una quinta. Se establecieron, así, reglas complejas y rigurosas para determinar quién debía suceder exactamente en la segunda y ulteriores vidas de la encomienda, con independencia de quiénes fueran los herederos civiles del encomendero, lo que fue objeto de tratamiento pormenorizado por parte de legisladores y tratadistas [60] y motivó serios problemas y discusiones jurídicas en los que no es menester entrar aquí. Basta con señalar en este punto que, de uno u otro modo, a pesar de esta construcción de ingeniería legal del momento, lo cierto es que en la disciplina jurídica del instituto se está admitiendo un grado de heredabilidad que está ausente en la configuración del usufructo romano y que viene motivado por las exigencias materiales de la época y del entorno en que funcionaba esta figura.

Asimismo, a diferencia del usufructo romano, que se consideraba perfectamente divisible (al contrario que otras servidumbres), ya que puede tener varios titulares sobre un mismo bien [61], la encomienda, en cambio, es un derecho indivisible [62], de manera que no puede haber más de un titular para cada encomienda y, recíprocamente, un encomendero no puede poseer más de una encomienda, salvo casos excepcionales [63]. No sólo se trata

---

[59] Inst. 2,4,3; C. 3,33,17; cfr. Part. 3,31,24.

[60] V. gr. SOLÓRZANO, *Pol. Ind.*, lib. III, caps. 16-24.

[61] D. 7,1,13,3; 35,2,1,9; 45,3,32, entre otros.

[62] *Recopilación de Leyes de Indias* 6,8,21-22; cfr. *Pol. Ind.*, lib. III, cap. 4, núm. 3; cap. 13, núms. 1 y ss.

[63] *Recopilación de Leyes de Indias* 6,8,20; cfr. *Pol. Ind.*, lib. III, cap. 13, núms. 4 y ss. Las excepciones se justifican desde un punto de vista normativo acudiendo precisamente a las reglas del feudo y el usufructo, *vid. Pol. Ind.*, lib. III, cap. 13, núm. 5 y n. 9.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0402

de una indivisibilidad jurídica, sino también física, a fin de que no puedan distribuirse en varias encomiendas los indios pertenecientes a una dada, estableciéndose unos límites mínimos al efecto. La justificación para esta indivisibilidad de la encomienda se pone en el interés de los propios indígenas encomendados, cuyas posibilidades de sufrir abusos crecían en relación directa con el número de encomenderos existentes [64]. Sin embargo, a pesar de esta declaración de principios y esta regulación general, se dejó la puerta abierta a la divisibilidad real de las encomiendas, bien en los casos excepcionales admitidos, bien, con más frecuencia, a través de la concesión de *pensiones*, beneficios económicos derivados de la encomienda en favor de personas distintas del encomendero, empezando por el propio rey, en un intento de equilibrar la exigencia formal de indivisibilidad con la existencia real de diversos intereses gravitando sobre la misma encomienda [65]. Estas pensiones eran concedidas por el rey, también como remuneración de los beneméritos de Indias, por lo que, en la práctica, en poco se distinguían de las propias encomiendas, sometiéndose a un régimen jurídico similar: Solórzano las equipara a las cesiones del ejercicio del usufructo (*perceptio fructuum*), aunque no del propio derecho [66]. En realidad, tales pensiones suponen una verdadera división económica de la encomienda, pero manteniendo su unidad e indivisibilidad jurídico-formal, lo que sirvió como vehículo de compensación de los diversos intereses involucrados al efecto.

Una cuarta diferencia que puede observarse entre el régimen de la encomienda y el del usufructo se encuentra en el marco de los modos de extinción del derecho. El usufructo tiene un carácter permanente: el usufructuario sólo se encuentra obligado por la exigencia de mantener la integridad física y económica de la cosa (*salva rerum substantia*), de forma vitalicia o por el período de tiempo que haya sido pactado, de modo que, en caso de incumplimiento de este deber, ha de responder obligacionalmente frente al nudo propietario, quien no puede privarle del derecho real y debe contentarse, en caso de deterioro de la cosa usufructuada, con la cantidad entregada como caución inicialmente por el usufructuario y, en su caso, con el importe de la indemnización correspondiente [67]. Por el contrario, el derecho a la encomienda puede extinguirse si el encomendero no cumpliera con las diversas obligaciones que asume al recibir el beneficio: en caso de delitos graves o serio incumplimiento de las leyes o de las cargas que gravan a los encomenderos, o bien en caso de maltrato o abuso sobre los indios encomendados, el rey puede revocar la encomienda y declararla vacante, procediendo a una nueva concesión, si lo considera conveniente, o reintegrándola definitivamente a los bienes de la Corona [68]. Como justificación para esta rigurosa postura se aducen como motivos la ingra-

---

[64] *Pol. Ind.*, lib. III, cap. 4, núm. 2; cap. 13, núms. 1 y 2.

[65] *Pol. Ind.*, lib. III, cap. 4, núms. 1-21.

[66] *Pol. Ind.*, lib. III, cap. 4, núm. 10.

[67] D. 7,9,1 pr.; eod. 7 pr.; eod. 12; 7,1,13,2; 7,9,2; cfr. Part. 3,31,20/22.

[68] *Recopilación de Leyes de Indias* 6,8,45/46; 6,9,3/4; *vid. Pol. Ind.*, lib. III, cap. 29, núms. 2 y 5; cap. 3, núm. 31.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0402

titud del beneficiario y el abuso del beneficio recibido, aplicando al respecto las reglas del feudo por analogía [69]. En la medida en que la encomienda es siempre una merced concedida libremente por el rey con unas determinadas finalidades, éste tiene en su mano la posibilidad de privar de ella al beneficiario en cualquier momento, en particular cuando no se cumplen aquellos fines para los que ha sido concedida, y esta determinación puede adoptarse también por sentencia judicial, eventualmente. Con todo, esta posibilidad se redujo en la práctica notablemente, al entenderse inaceptable la privación de la encomienda sin justa causa, como hemos visto con anterioridad [70], e incluso interpretarse de forma restrictiva las razones que motivan la revocación de la misma [71], recayendo así la carga de la prueba siempre en quien afirme el incumplimiento o abuso por el encomendero que motivase la privación [72]. De ahí que, de facto, la encomienda gozara de una gran estabilidad, no muy distinta de la del usufructo, aunque *de jure* fuera un derecho revocable en cualquier momento y, por tanto, mantuviera una existencia en precario, siempre dependiente de la voluntad real. Por otra parte, el encomendero incumplidor siempre podía ser perdonado por el rey y obtener la restitución de la encomienda o una nueva concesión en su favor [73]. Es así, por tanto, que puede hablarse de una tendencia al mantenimiento inalterado de la situación de la encomienda y una presunción favorable a la misma, por lo que, en realidad, se trataría de una situación que se encontraría más cercana en este aspecto al derecho de usufructo de lo que su estructura jurídica señala.

Por fin, un último elemento distintivo entre encomienda y usufructo, y el más determinante según la interpretación de Solórzano [74], es la existencia de numerosos pactos y gravámenes que recaen sobre aquélla, derivados de su propia consideración como liberalidad real, ciertamente remuneratoria de servicios prestados a la monarquía por parte de sus beneficiarios, pero que también exige de ellos el cumplimiento de una serie de deberes en reciprocidad y una actitud de constante rendimiento de cuentas frente al rey y sus delegados territoriales. No es este el lugar para entrar en detalles respecto a cuáles son y qué carácter tienen esas cargas y gravámenes que el encomendero debía soportar [75]; basta con indicar que no sólo eran de carácter cívico-militar respecto a la Corona y los

---

[69] *Pol. Ind.*, lib. III, cap. 29, núms. 2 y 5.

[70] Cfr. *supra*. *Vid. Pol. Ind.*, lib. III, cap. 29 núms. 13 y ss., y 22 ss.; cfr. *Recopilación de Leyes de Indias* 6,8,46.

[71] *Pol. Ind.*, lib. III, cap. 29, núm. 5: «las Encomiendas en quanto miran á remuneracion de servicios, se han de tener por favorables [...]». *Vid.* también *Recopilación de Leyes de Indias*, 6,9,3: se priva de la percepción de los tributos a los encomenderos negligentes, pero no se les priva de la encomienda mientras no actúen dolosamente; *ibid.* 6,10,3/4/22: se deben aplicar otros castigos antes que la privación del derecho; *ibid.*, 6,8,45: audiencia previa antes de la privación de la encomienda.

[72] *Pol. Ind.*, lib. III, cap. 29, núm. 38.

[73] *Pol. Ind.*, lib. III, cap. 29, núms. 47 y ss.

[74] *Pol. Ind.*, lib. III, cap. 3, núm. 28.

[75] *Vid.* al respecto Dougnac Rodríguez, *Manual de Historia del Derecho indiano*, *op. cit.*, pp. 341 y ss.; cfr. Solórzano, *Pol. Ind.*, lib. III, caps. 25 a 28.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0402

indígenas encomendados, sino también de carácter económico y tributario respecto a la Hacienda real; de la importancia que este último aspecto fue adquiriendo con el tiempo es testimonio el hecho de que, progresivamente, las encomiendas fueron perdiendo atractivo económico para los rentistas indianos a medida que se incrementaba el interés fiscal del Estado sobre ellas, hasta su total desaparición en el siglo XVIII [76]. Desde el punto de vista jurídico, la trascendencia de estas cargas y gravámenes es justamente lo que explica, a nuestro modo de ver, la distinta concepción que presenta la encomienda respecto al usufructo en cuanto a la posibilidad de una extinción del derecho por revocación real o judicial, como acabamos de ver, hasta el punto de constituir el motivo principal que excluye doctrinalmente la equiparación de la encomienda al usufructo, el feudo u otras situaciones de doble titularidad jurídico-real.

Vistos así los principales elementos caracterizadores de la encomienda en relación con los del usufructo, podemos avanzar como conclusión en este apartado que el peso de los caracteres diferenciadores parece superar claramente al de los de semejanza, de modo que apenas puede decirse que la encomienda sea un derecho asimilable efectivamente al usufructo desde un punto de vista dogmático estricto. En realidad, la figura parece encontrarse bastante más cerca de la noción de feudo, al menos en orden a las reglas aplicables en la mayoría de los casos, lo cual se manifiesta reiteradamente en el estudio de Solórzano Pereira, como hemos visto, pero sin encontrar en ello ninguna contradicción insalvable. No hay duda, pues, de que los tratadistas indianos eran del todo conscientes de esta dificultad conceptual, y de ahí el esfuerzo por aproximar la encomienda a otras figuras civiles distintas del usufructo, sin establecer unos perfiles cerrados, como ya hemos señalado con anterioridad. A la encomienda no sólo se la hace asemejarse al usufructo, sino también al feudo, al mayorazgo, a la enfiteusis, al derecho de superficie o a figuras fideicomisarias. En realidad, cuando se la equipara al usufructo, ello se hace en un sentido laxo, sin contornos definidos con exactitud; el usufructo se utiliza como una categoría general amplia, que comprende cualesquiera otras situaciones de doble titularidad real en que pueda hablarse de un *dominium directum* y un *dominium utile*, como es el caso del feudo, la enfiteusis o el fideicomiso: esa es la doctrina dominante en el *ius commune*, a la que se suma Solórzano para el análisis de la naturaleza jurídica de la encomienda [77]. Por lo tanto, cuando se afirma que la encomienda es similar a un usufructo sólo se está aludiendo a la ubicación de tal figura, en el cuadro general de las situaciones jurídico-reales, dentro de esa categoría general de la doble titularidad real, y no que sea inmediatamente aplicable en su integridad el régimen jurídico del usufructo según se desprende de los textos romanos y civiles. Así pues, la asimilación al usufructo se presenta como puramente instrumental y nada determinante de la auténtica naturaleza jurídica de la figura. No se trata, por tanto, de una definición dogmáticamente cerrada del

[76] *Vid.* García Gallo, «El encomendero indiano» (cit. en n. 7), pp. 535 y ss.; Ots Capdequí, *Instituciones*, *op. cit.*, pp. 81 y ss.; Konetzke, *América Latina*, II, *op. cit.*, p. 180 y ss.

[77] *Pol. Ind.*, lib. III, cap. 3, núm. 5.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0402

instituto, como no podía ser de otro modo, dados los presupuestos de los que se partía. Pero el caso es que tampoco parece acomodarse la figura a la concepción de otros institutos civiles, porque, aun cuando las analogías con el feudo sean grandes, sin embargo las diferencias son tales que sólo se podría hablar, en todo caso, de un feudo de los denominados «impropios, irregulares o degenerantes», y lo mismo podría decirse respecto a la superficie, la enfiteusis, el usufructo *stricto sensu* y otros derechos análogos [78], por no hablar de los señoríos y mayorazgos, que parecen encontrarse aún más alejados que los anteriores de nuestra figura [79]. En definitiva, ninguna de las categorías jurídico-civiles al uso parece adaptarse plenamente a las características peculiares de la encomienda, a fin de dar cuenta con precisión de su especial naturaleza jurídica.

Para resolver el dilema, Solórzano acaba recurriendo al expediente de caracterizar la encomienda como una «donación modal» [80]. En efecto, la encomienda se constituye por merced y liberalidad de la Corona, aunque se entienda que posee un carácter remuneratorio de los méritos y servicios realizados por el beneficiario; y, asimismo, se imponen una serie de cargas y obligaciones sobre el beneficiario, de suerte que, en caso de incumplimiento de los mismos, el acto de liberalidad podría ser revocado por el concedente [81]. También es cierto que a través de la donación no sólo se constituye el derecho de propiedad, sino también otros derechos patrimoniales y, por supuesto, derechos reales limitados (*iura in re aliena*), por lo que no parece haber ningún obstáculo para entender constituida de ese modo la encomienda [82]. Con todo, si bien todo esto es correcto, sin embargo ello no aporta en realidad ninguna explicación solvente en torno a la naturaleza jurídica de la encomienda como figura institucional del Derecho privado: la donación, como acto de liberalidad, no es un instituto que ocupe un lugar dogmático determinado en la sistemática institucional del Derecho civil, sino que lo atraviesa en su conjunto, constituyendo más bien un *modo* de creación de derechos que puede ser operado por medio de cualquier acto de atribución patrimonial, que se dice realizado *donationis causa*. La donación existe, pues, como una *causa* o fundamento práctico de una adquisición patrimonial [83]; no es un derecho, sino un medio de generación de derechos, y no puede conceptuarse como una institución paralela al usufructo, al feudo o a la enfiteusis, relaciones jurídico-reales definidas con precisión en el esquema institucional civilístico. No puede decirse así que la encomienda *sea* una donación, sino que *se constituye* por medio de una donación con características particulares (*donatio sub modo*).

---

[78] SOLÓRZANO, *Pol. Ind.*, lib. III, cap. 3, núm. 28, citando a MATIENZO.

[79] *Pol. Ind.*, lib. III, cap. 3, núms. 3/10-12/23-24.

[80] *Pol. Ind.*, lib. III, cap. 3, núm. 30; cfr. C. 8,54: *de donationes quae sub modo vel condicione vel ex certo tempore conficiuntur*; C. 8,53,9; 4,38,3, entre otros, y Part. 5,4,6.

[81] Cfr. C. 4,6,2; 8,54,1 pr.

[82] *Pol. Ind.*, lib. III, cap. 3, núm. 32; cfr. D. 7,1; 23,3,66; C. 4,66,1/2; *Libri Feudorum* 1,1, c. 1 *et al.*

[83] *Vid.*, por todos, IGLESIAS, J., *Derecho Romano. Historia e Instituciones*[11], Barcelona, 1993, pp. 614 y ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0402

De aquí, por tanto, que quepa llegar a la conclusión de que Solórzano termina acudiendo al expediente de reconducir la encomienda a una suerte de «donación modal» a la vista del fracaso de los anteriores esfuerzos por equipararla a los diversos supuestos conocidos de *iura in re aliena*. Pero esta salida, si bien es ilustrativa del régimen jurídico que vertebra la institución, no obstante resulta a la postre inadecuada para dar cuenta del problema planteado inicialmente, esto es, el de cómo definir la encomienda desde los parámetros usuales del Derecho civil. Todos los intentos de asimilación se revelan, en última instancia, infructuosos a la hora de intentar explicar el verdadero alcance de la encomienda con las herramientas conceptuales del *ius commune*: sólo pueden trazarse algunas líneas poco definidas de actuación de la figura y aplicarse por analogía algunas reglas tomadas de diferentes institutos conocidos, pero no atribuir ninguna clase de definición válida y cerrada desde los esquemas tradicionales. Y ello no podía ser de otra manera, si tenemos en cuenta que, de todo lo dicho, la conclusión que podemos extraer no es sino que la encomienda constituye un ejemplo clásico —quizá el más significativo— de figura institucional nueva, propia de la colonización indiana y adaptada a la realidad económica y social de aquellos territorios, en la que se entrecruzan influencias aborígenes y aportaciones europeas [84], e inclasificable propiamente desde los conceptos tradicionales del *ius commune* y del Derecho castellano, a los que los juristas, con todo, acuden en la medida de lo posible, a fin de dotar de perfiles jurídicos manejables a una realidad a todas luces innovadora.

III. El segundo de los problemas que nos proponíamos tratar en un principio afecta a un aspecto específico de la conexión entre encomienda y usufructo, y guarda una relación estrecha con lo que hemos visto hasta el momento, tanto por el hecho obvio de que la solución dada al problema general de la definición de la encomienda como una suerte de usufructo *mutatis mutandis* ha de condicionar necesariamente la solución que se dé a esta otra cuestión particular, como por la circunstancia de que el tratamiento otorgado a este aspecto particular habrá de reforzar o desmentir la consideración apuntada sobre la encomienda como una figura institucional nueva, desconocida en el *ius commune* y la tradición jurídica española, y vinculada estrictamente a la realidad indiana.

Si hasta el momento veníamos enfocando la cuestión de la encomienda como usufructo, ahora nos encontramos con la cuestión inversa, esto es, el usufructo de la encomienda. ¿Puede ser la encomienda, en tanto que derecho que proporciona a su titular ciertas rentabilidades económicas, objeto a su vez de un derecho de usufructo (una suerte de *ususfructus nominis*)? SOLÓRZANO PEREIRA se hace eco de esta problemática en relación con una cuestión concreta tratada en el capítulo XVI del libro III de su *Política Indiana*, a saber, si tienen los padres derecho a gozar del usufructo de las encomiendas que

[84] Cfr. OTS CAPDEQUÍ, *El Estado español en las Indias*, *op. cit.*, p. 113.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0402

se dan por nueva merced a sus hijos o hijas que están bajo su patria potestad, o que las han heredado en segunda vida por sucesión de su madre o abuelos maternos [85].

En la base de esta cuestión se encuentra la regulación romana tardía de las facultades patrimoniales del titular de la patria potestad sobre los bienes de su grupo familiar. Como es bien sabido, en el Derecho Romano clásico la regla general era la total incapacidad patrimonial de los hijos *in potestate*: todos los bienes adquiridos por el *filius* revierten en favor del patrimonio familiar, cuya titularidad ostenta el *paterfamilias* (*filius nihil suum habere potest*). Este riguroso principio procedente del Derecho arcaico comienza pronto a resquebrajarse a través de la institución del peculio (profecticio) y, en especial, desde inicios de la época imperial con el *peculium castrense*. En época postclásica, con Constantino, nuevos institutos producen una quiebra aún mayor en el régimen antiguo, conduciendo progresivamente a la total independencia patrimonial de los hijos de familia, si bien el paso definitivo no llegará nunca a darse de forma incontrovertida en el Derecho justinianeo [86]. Concretamente, los dos institutos que abrieron esta posibilidad fueron los llamados *bona materna* (y *materni generis*) y *bona adventicia* (denominación esta no romana, sino romanística).

Los primeros venían constituidos por el conjunto de bienes recibidos por el hijo *in potestate* procedentes de la herencia, testamentaria o legítima, de su madre. Sobre estos bienes se estableció una suerte de doble titularidad real: en principio, tanto el *paterfamilias* como el hijo *in potestate* eran considerados como propietarios, cada uno con diferentes facultades; JUSTINIANO finalmente reinterpretó la situación atribuyendo la propiedad al hijo y un usufructo cualificado al *pater* [87], el cual se consideraba como dueño a efectos de aprovechamiento y uso (*fruendi pontificium, utendi fruendi potestas*), pero sin poder enajenar ni pignorar dichos bienes, aunque con un amplio poder de administración y sin las cargas habituales del usufructo ordinario; el hijo, a su vez, tampoco podía enajenarlos ni pignorarlos sin la voluntad del *pater*, ni disponer de ellos por testamento. A la muerte del padre, estos bienes permanecían en plena propiedad del hijo y, una vez muerto éste, se abría sobre ellos una sucesión intestada especial [88].

Este régimen de los *bona materna* fue extendiéndose paulatinamente por parte de los emperadores sucesores de Constantino también a otros tipos de bienes de distinto origen, como aquellos adquiridos gratuitamente procedentes de los ascendientes de línea materna (*bona materni generis*) [89], así como los lucros nupciales y donaciones esponsalicias [90]. Por fin, Justiniano lo amplió a todas las adquisiciones realizadas por el hijo no procedentes del patrimonio de su *paterfamilias* (*bona adventicia* o *peculium adventi-*

---

[85] *Pol. Ind.*, lib. III, cap. 16, núm. 1.

[86] *Vid.* KASER, *RP*, II², p. 219.

[87] C. 6,60,1; cfr. C.Th. 8,18,1 pr. *Vid.* al respecto KASER, RP, II², p. 218.

[88] Al respecto, con literatura y fuentes, *vid.* KASER, *RP*, II², pp. 217 y ss.

[89] C.Th. 8,18,6-7 (= C. 6,60,2) *i9* (= C. 6,60,3); C. 6,60,4.

[90] C.Th. 8,19,1 (= C. 6,61,1); C. 6,61,2/4-5; Nov. Th. 14,1,8.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0402

cium, en terminología medieval), también sobre los cuales al hijo le correspondía el *dominium* y al *pater* un usufructo legal de aquellas características [91]. Excepcionalmente, el Derecho justinianeo concedió al hijo la plena propiedad, sin usufructo paterno, sobre determinados bienes de este conjunto (*bona adventicia irregularia*): los bienes concedidos al hijo gratuitamente bajo condición de que el *pater* quede excluido de goce de los mismos, o bien cuando el propio *pater* haya rehusado su administración y usufructo; la herencia o donación adquirida por el hijo contra la voluntad del *pater*; los bienes de hermanos o hermanas a los que el hijo haya sido llamado a suceder *ab intestato* junto al *pater*; los elementos patrimoniales adquiridos por el hijo de su madre, cuando ésta haya sido recluida en un convento a causa de un divorcio prohibido; y, finalmente, todos aquellos casos en que exista una imposibilidad legal del *pater* para adquirir. Sobre todos estos bienes el padre carece de usufructo y administración, pero el hijo no puede disponer de ellos por vía testamentaria, sino que únicamente pueden ser objeto de sucesión *ab intestato* [92].

Este régimen particular sobre tales masas patrimoniales pasó al Derecho común [93] y a la tradición histórica española [94], así como, naturalmente, al Derecho aplicable en los territorios de la América hispana [95], constituyendo así el trasfondo sobre el que se desenvuelve la cuestión recogida por SOLÓRZANO en la *Política Indiana* a que hemos hecho referencia más arriba. Este asunto fue objeto de amplia discusión entre los tratadistas de la época, los cuales se encontraban muy divididos al respecto [96]. SOLÓRZANO refleja esta discusión en su obra y se pronuncia al respecto a través de un razonamiento prolijo que vamos a intentar seguir de modo sumario.

Un sector de la doctrina, en que se integraban Luis DE MOLINA, ARIAS PINELO, PASCHALIUS y, en principio, el propio Juan DE SOLÓRZANO [97], sostenía, apoyándose en C. 6,61,4 y 6 y otros textos de la Compilación justinianea, que también en el caso de las encomiendas, igual que en cualesquiera otras rentas y mayorazgos que los hijos en potestad pudieran llegar a adquirir y gozar, debía afirmarse el usufructo del *paterfamilias*, de

[91] C. 6,61,6 pr./1/8 pr.; I. 2,9,1.

[92] C. 6,61,6,1c; cod. 8,1; 6,22,11; I. 2,12 pr.; Nov. 117 c.1; Nov. 118 c.2; Nov. 134 c.11,1.

[93] Sobre su recepción en el derecho común, en particular en el círculo jurídico germánico, *vid.* KNOTHE, H.-G., «Das gemeine Kindervermögenrecht. Zur Anwendung römischer Rechtsquellen unter gewandten Familienstrukturen und Berufsbildern», *ZSS*, 98, 1981, pp. 225 y ss., esp. 282 y ss.

[94] A través de las leyes de Partidas (Part. 4,17,5; 4,18,15; 5,13,24; cfr. LÓPEZ, Gregorio, gl. *Por cualquier de estas maneras*, *El usufructo* y *Deue defender e guardar estos bienes* a Part. 4,17,5; y gl. *La meytad del usufructo* a Part. 4,18,15) y leyes de Toro 47 y 48 (*vid.* comentarios a.h.l. de A. GÓMEZ). *Vid.* al respecto JORDÁN DE ASSO Y DEL RÍO, I., y DE MANUEL Y RODRÍGUEZ, M., *Instituciones del Derecho civil de Castilla*, 5.ª ed. corr. y aum., Madrid, 1792, p. 72; ESCRICHE, J., *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, tomo II, Madrid, 1874, p. 77, s.v. *Bienes adventicios*.

[95] ÁLVAREZ, *Instituciones*, I, tomo I, p. 125; tomo II, p. 101.

[96] Cfr. OTS CAPDEQUÍ, *El Estado español en las Indias*, *op. cit.*, p. 119.

[97] *De Ind. Iure* II, lib. 2, cap. 15, núm. 2.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0402

acuerdo con las nomas generales del *ius commune*. No se entendía, pues, que este beneficio particular constituyera ninguna excepción que lo hiciera merecedor de un régimen similar al de los *adventicia irregularia* o el *peculium castrense*. Por el contrario, otro importante sector doctrinal, encabezado por Juan DE MATIENZO, Gil RAMÍREZ DE ARELLANO (consejero de Indias) y, posteriormente, también Antonio DE LEÓN PINELO [98], sostiene que en el caso de la encomienda no es posible aplicar la regla general del usufructo del *paterfamilias*, incluso en el supuesto de que dicha encomienda le hubiera sido conferida al hijo en atención a los méritos y servicios de su padre o por su causa (*ex contemplatione patris*), y ello sobre la base de diversos textos legislativos y opiniones doctrinales [99]. Esta opinión discriminadora de la encomienda respecto de otros bienes adventicios del hijo se apoya en una serie de argumentos de gran peso y consistencia:

1. La encomienda es un derecho personal, que sólo corresponde a la persona concreta a quien le hubiera sido conferida expresamente por la Corona.

2. La concesión de la encomienda es una mera gracia o liberalidad del Príncipe, por lo que ha de tenerse como integrada en el *peculium castrense* o *quasi castrense* del hijo de familia beneficiado, sobre el cual el *paterfamilias* no ejerce el usufructo y la administración [100].

3. La encomienda presenta analogías con los feudos, que, como concesión personal a su beneficiario en compensación por los servicios prestados y por su naturaleza militar, deben ser contados entre los bienes castrenses y, por tanto, excluidos del usufructo y administración paternos.

4. También muestra analogía con los mayorazgos concedidos expresamente por gracia, donación o merced de la Corona, que deben quedar fuera del usufructo paterno, frente a la regla general de los mayorazgos [101].

5. Las encomiendas son análogas a los feudos militares, porque están concedidas para la defensa de los territorios de las Indias, por lo que sus titulares deben ser equiparados a soldados, no sólo de la milicia armada, sino también de la espiritual, de modo que, al igual que los clérigos, deben gozar de sus bienes libremente, sin usufructo paterno (*peculium quasi castrense*) [102].

---

[98] *Tratado de confirmaciones reales*, parte I, c. 6, n. 15, fol. 25; cfr. *Pol. Ind.*, lib. III, c. 16, núm. 3 n.2.

[99] C. 6,61,7; Part. 1,21,2; 4,17,6; A. GÓMEZ, comm. a 48 L. Taurorum, núm.1, y los cit. *ibid.* y en SOLÓRZANO, *Pol. Ind.*, lib. III, cap. 16, núm. 3 n.3, y *De Ind. Iure* II, lib. 2, cap. 15, núm. 4.

[100] Se citan en apoyo C. 6.61,7 y Part. 4,17,7, y diversas opiniones doctrinales al respecto; *vid.* además C. 12,16,5 pr.

[101] SOLÓRZANO, en *Pol. Ind.*, lib. III, cap. 16, núm. 6, menciona como ejemplo el caso de los mayorazgos concedidos testamentariamente por Enrique II de Castilla en favor de determinados magnates por sus servicios, confirmados legalmente por los Reyes Católicos en 1486 y 1488, y por Felipe II en 1566, provisión recogida en la *Nueva Recopilación* de 1640, 5,7,11 (no tít. 17, como cita erróneamente Solórzano).

[102] C. 1,3,33 [34]; Nov. 123 c.19; X. III,26,9; cfr. 47 L. TAURORUM y comm. de A. GÓMEZ a.h.l., núm. 1.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0402

6. Por último, el argumento que más interesa a los efectos de este estudio: de acuerdo con las reglas generales del Derecho común, no cabe un usufructo sobre otro usufructo (como toda *servitus servitutis*) [103], de manera que ha de excluirse en todo caso el usufructo paterno sobre el derecho de usufructo correspondiente al hijo *in potestate* que se halle en el *peculium adventicium* [104]. Por lo tanto, en la medida en que la encomienda se equipare al usufructo, no será posible la entrega de la misma al usufructo paterno, ni siquiera cuando esa encomienda le haya sido conferida al hijo en correspondencia con los méritos del padre, ya que no por ello dejaría de incurrir claramente en el supuesto prohibido.

A pesar de la gravedad de estos motivos, y aun admitiendo su pertinencia sobre el caso, no obstante Solórzano se mantiene firme en su primera opinión favorable a la aplicación de la regla general del *ius commune* sobre los *bona adventicia* del hijo en potestad [105]. En apoyo de la misma el autor relata un asunto en el que él mismo hubo de actuar como consejero del Marqués de Guadalcázar, virrey del Perú, en 1622. No nos interesan aquí los pormenores del caso (referido a la entrega a la esposa *dotis causa* de unas rentas en concepto de encomienda, que luego pasan por sucesión hereditaria al hijo en potestad), pero lo cierto es que Solórzano rechaza la mayor parte de los argumentos vertidos contra el usufructo paterno sobre la encomienda, que considera indudablemente entre los *bona materna* del hijo, bien acudiendo a las circunstancias particulares del caso, bien a las reglas sobre el derecho de los feudos —para el que las rentas y bienes feudales no pueden considerarse *peculium castrense*—, bien, por último, a la propia práctica de la época, alegando que jamás se dudó, durante su estancia en el Perú, del derecho del padre a disfrutar del usufructo dobre la encomienda del hijo, ni se dedujeron pleitos por ello [106]. Por lo que se refiere al problema que nos ocupa, aun reconociendo que sobre el usufructo conferido al hijo no puede haber un usufructo de su *paterfamilias*, SOLÓRZANO se remite con todo a la opinión común de la doctrina civilista, que distingue el supuesto en que el usufructo hubiera sido concedido al hijo no sólo en atención a él, sino también a su padre, en cuyo caso sí podría ejercitar éste el usufructo a su vez [107], excepción a la regla que encuentra un paralelismo, a su vez, en el derecho de sucesión de los padres en el feudo nuevo del

---

[103] D. 8,3,33,1; D. 33,2,1; *vid.* CASTILLO, *Tract. de usufructu*, c. 63, n.16; cfr. SOLÓRZANO, *Pol. Ind.*, lib. III, cap. 4, núm. 9 y *De Ind. Iure* II, lib. 2, cap. 3, núm. 12 (con más referencias).

[104] Gl. *parentibus* a Nov. 117 c. 1 pr.: «Item & in octavo, quando scilicet ususfructus filio relinquitur: nam in eo pater usumfructum habere non potest: cum servitus servitutis etc. ut *ff* de ser. lega. l. 1»; *vid.* también gl. *Ex lege* a Auth. *Idem est* (*Ut nulli iud., § quia vero. Colla. IX consitut. IX* = Nov. 117 c..4) *apud* C. 6,61,6: «Item nonus, scilicet si usus fructus legatur filio. nam servitus servitutis esse non potest: ut *ff de usufruct. legat.* l. j».

[105] *Pol. Ind.*, lib. III, cap. 16, núms. 10 y ss.

[106] *Pol. Ind.*, lib. III, cap. 16, núm. 20, con referencias doctrinales sobre la fuerza de este argumento en n. 3 a.h.l.

[107] Se trataría de una suerte de usufructo compartido, según parece desprenderse de sus aseveraciones: *vid. ibid.*, núm. 14. Se remite a SUÁREZ, A. GÓMEZ, MÉNDEZ DE CASTRO, PICHARDUS, A. MOLA y otros tratadistas cit. en *De Ind. Iure* II, lib. 2, cap. 15, núm. 24, cuya interpretación se basa en los textos de D. 7,1,74 y D. 37,6,6.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0402

hijo cuando éste hubiera sido investido en él también en atención a su padre (*ex contemplatione patris*).

En definitiva, según se observa, la solución del problema no se hace depender de la aplicación rígida de reglas prefijadas, sino de una serie de consideraciones que desbordan claramente los esquemas preconcebidos y permiten abrir un amplio campo al juego de las diversas argumentaciones en virtud del conjunto de reglas, principios y opiniones de que disponen los intérpretes. En nuestro caso, la concepción de la encomienda como usufructo no es determinante para dar una respuesta a la cuestión planteada ni impide al autor encontrar una solución aparentemente contradictoria con las reglas generales, pero que estima justa y adecuada a las circunstancias, mientras que la aplicación de aquéllas supondría, desde su punto de vista, tanto la ruptura con la práctica ordinaria de su tiempo como la comisión de una injusticia material. Ahora bien, en realidad, si se observa con detalle su argumentación, la equiparación entre encomienda y usufructo no puede tomarse por absoluta, ya que, en tal caso, la solución que da en favor del usufructo paterno no podría extenderse más allá del supuesto planteado (en que la encomienda, o su subrogado, se ha adquirido por parte del hijo también en consideración al padre), puesto que, como él mismo admite, no es posible un usufructo sobre otro usufructo, de modo que la salida para esta evidente contradicción sólo se encuentra, para el caso propuesto, en el hecho de la concesión del derecho al hijo en atención a su padre, algo que no sucede necesariamente en todas las ocasiones. Así pues, cabe deducir de esto que la vinculación entre encomienda y usufructo se concibe como relajada, adoptando formas de mayor o menor proximidad en función de las diversas necesidades prácticas y normativas que deban afrontarse. Una prueba de lo que decimos se encuentra justamente en el recurso simultáneo a las reglas del feudo, que no contemplan un caso similar al planteado, pero sirven como apoyo al argumento defendido en razón de la analogía. Es decir, una vez más, la referencia en este caso al régimen del usufructo revela una utilización laxa de sus reglas en relación con la encomienda, a fin de obtener de ellas soluciones válidas, inspiradas en el Derecho común, que sirvieran para regular una institución distinta, que no encuentra un paralelo exacto en el Derecho europeo, sino una constelación de figuras con las que presenta ciertas analogías y fuertes discrepancias.

En síntesis, dos conclusiones podemos extraer básicamente de las discusiones que acabamos de reseñar:

Primera. Que la encomienda es una institución nueva, necesitada de renovados enfoques que desbordan las categorías tradicionales del *ius commune*, pero que se sirven de ellas en vía útil.

Segunda. Recíprocamente, que los esquemas derivados del Derecho común no siempre se adaptan con perfección a las necesidades del Nuevo Mundo, pero, en todo caso, facilitan a los juristas formados en sus técnicas y principios una flexibilidad de pensamiento, una capacidad de discusión y adaptación que permitió encauzar el desarrollo normativo de esa nueva realidad a través de unos cauces conocidos y conectados con la tradición jurídica europea.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0402

https://doi.org/10.55104/FRDC_0402