

CAPITULO VIGESIMO.

Del usufructo en las herencias y legados.

- §. 1. ¿En que se diferencia el usufructo del legado ánuo?
2. ¿Debe el usufructuario pagar las deudas del propietario?
3. Si procede de última voluntad debe pagarlas.
4. Excepcion de esta doctrina.
5. ¿Quien debe pagar los réditos del censo impuesto sobre la finca de que se tiene el usufructo?
6. El usufructuario debe satisfacer las cargas de la finca.
7. ¿Que debe hacerse en el usufructo reciproco de marido y muger cuando el conyuge viudo lo revoca?
8. El usufructuario de bienes que se consumen con el uso debe dar fianzas.
9. El testador no puede remitir las fianzas al usufructuario.
10. ¿Que se entiende por fianza de usar la cosa á juicio de buen varon?
11. El usufructuario no puede enagenar el derecho de usufructo; pero si los frutos que produzca, disponiendo de ellos como dueño.
12. Tambien son suyos los productos de los ganados, y en qué forma.
13. Cuando el rebaño deja de serlo, se extingue el usufructo.
14. Son igualmente tuyas las ganancias de los siervos.
15. ¿En que terminos puede el usufructuario disponer de los bienes que se consumen con el uso?
16. ¿Como dispone de los que con el uso se deterioran?
17. ¿A que fianza y restitution está obligado respecto de los referidos bienes?
18. Sobre el mismo punto.
19. ¿En que casos no está obligado el usufructuario á la fianza susodicha?
20. ¿Puede el propietario remitir la fianza al usufructuario por contrato?
21. El testador puede mandar á uno de sus herederos que dé fianzas por el usufructuario.
22. Casos en que no hay obligacion en el usufructuario de dar fianzas.
23. El testador puede dejar á varios individuos el usufructo de sus bienes igual ó desigualmente.
24. Cuando se lega á uno la propiedad y á otro el usufructo, corresponde la mitad de este al primero.
25. Excepcion de la doctrina antecedente.
26. Cuando al usufructuario se le lega el usufructo de una finca, se entiende legarle el de los aperos de su labor.
27. Si el testador tiene herederos forzosos solo podrá legar el usufructo de la quinta parte de sus bienes.
28. Opinion de algunos autores sobre el punto precedente.

29. Al heredero usufructuario tocan los frutos existentes de los mismos bienes, otorgando de ellos competente fianza.
30. Pero si estan mostrados ó pendientes, los hace suyos sin obligacion de fianza ni res-titucion alguna.
31. Caso dudoso en esta materia.
32. Cuestion sobre si en el usu-fructo de todos los bienes se comprenden los venales.
33. Opinion mas probable acer-ca de dicha cuestion.
34. Del derecho de acrecer en el usufructo.
35. En el usufructo hay derecho de acrecer aun despues de aceptado por el conjunto, si luego lo repudia.
36. Si marido y muger donan sus bienes reservándose el usu-fructo, no acrece la parte del cónyuge muerto al cón-yuge que sobrevive.

1. **E**l usufructo se diferencia del legado ánuo: lo primero, en que aquel se deja regularmente al usufructuario por toda su vida; pero el legado ánuo se hace solamente por ciertos años; y lo segundo, en que el usufructuario no hace suyos los frutos que deja pendientes cuando fallece, pues como personal se ex-tingue con su persona, por lo cual para que sus herederos los puedan percibir, es indispensable que antes de su muerte esten cogidos ó separados del suelo; pero al que tiene legado ánuo tocan, aunque no lo esten; y asi muriendo despues de entrado el año, puede dejar integros los frutos de este á su heredero, por-que los pendientes ó maduros aumentan el legado (1).

2. Como el usufructo ha de ser de los bienes propios del que lo concede, ¿se duda si el usufructuario de todos debe ó no pa-gar las deudas de este y los legados que haga? Y digo lo prime-ro, que si el usufructo fue constituido por contrato en sanidad, no esta obligado á satisfacerlas, ni sobre su solucion puede ser reconvenido, porque la accion y obligacion personales no si-guen al particular sucesor y deudor. Y asi en este caso deben ser reconvenidos el propietario ó sus herederos; y no teniendo con que satisfacerlas, se venderá la alhaja en propiedad y usufructo, en caso que esté hipotecada á su seguridad; pues no estándolo, se venderá solamente la propiedad, á menos que se pruebe frau-de en el deudor que enajena el usufructo, en cuyo caso este y aquella se venderán (2).

3. Y lo segundo, si se constituye en última voluntad está

1 Parlad different. 29. num. 3. Castill. de usufruct. cap. 8.

2 Gom. lib. 2, Var. cap. 1^a, num. 8.

Cras. in § Legatum. quæst. 25. Covarr. lib. 2. Var. cap. 2. Menoch. lib. 4. præ-sumpt. 143. Castill. de usufruct. cap. 59.

obligado el usufructuario á pagarlas de los bienes de la herencia, ya esten ó no hipocados á su satisfaccion, y tambien los legados á unos, y á costear el entierro y funeral del testador porque el legado de usufructo se entiende unicamente de los bienes propios del que lo deja, de los cuales es válido; y no de los agenos que existen en su poder, ó á que es responsable (1): pues no se llaman ni son bienes del testador, sino el residuo líquido que deducido lo ageno sobra, y de esto se entiende usufructuario (2).

4. Se limita lo que se acaba de decir cuando el testador legó solamente á uno el usufructo de cierta finca, ó de otras cosas determinadas, ó de la mitad, tercera, cuarta ó quinta parte, ú otra cuota de sus bienes: pues entonces no se han de pagar de ellos las deudas, sino de los demas de la herencia; y no queriendo satisfacerlas de estos el heredero propietario, lo ha de hacer de los suyos propios. Lo cual se entiende, excepto que el testador mande lo contrario, ó se infiera de su voluntad: pues en otros términos no está obligado el legatario al débito hereditario, sino solamente el heredero (3).

5. Si el testador dice: *dejo por heredero universal de mis bienes á mi hermano Pedro, para que los goce y posea por toda su vida, y para despues de este instituyo por heredero de ellos á Francisco mi sobrino, hijo de mi hermano Andres, y sobre sus bienes tiene impuesto censo al quitar, ¿á quien pertenece la satisfaccion de sus réditos anuales?* Sobre lo cual hay variedad en el modo de pensar. Unos afirman que el instituido por su vida es verdadero heredero, con la obligacion de restituir despues de ella al otro heredero la herencia como fideicomiso (4). Y otros (á cuyo dictamen me inclino) dicen que no es heredero verdadero, sino solamente usufructuario (5).

6. Y como de ser heredero fiduciario con obligacion de restituir la herencia, ó usufructuario, resulta notable diferencia, porque siendo heredero gravado puede retener la cuarta *trebellánica* de lo líquido, deducidas deudas, mas no siendo usufruc-

1 Gom. ibi. Parlad. lib. 2. *Rer. quotid.* part. 4. cap. fin. § 2. num. 8.

2 Gutierr. lib. 5. *Pract. quæst.* 3. num. 17. al 2o.

3 Ayor. part. 2 quæst. 21. num. 67. Morquech. *de divis bonor.* lib. 4. cap. 11. num. 98 hasta el fin. Guerreir. *de inventar.* lib. 4. cap. 2. desde el num. 25. y Castill. *de usufruct.* cap. 58 y 59.

4 Jason in leg. *Extraneum*, Cod. de hæ-

redib. instituend. Greg. Lop. ley 15 tit. 3. part. 6. glos. 1. Molin. *de primog.* lib. 1. cap. 14. num. 11. Gom. lib. 1. *Var.* cap. 2. num. 9.

5 Paul. de Castr. cons. 460. Paul. de Montepio in leg. *Titia*, §. *Titia cum nubere.* ff. *de legat.* 2. Covarr. lib. 2. *Var.* cap. 2. num. 5. Parlad. dicha different. 29. num. 13.

uario; se sigue de aquí, que el usufructuario, aunque no está obligado a pagar de su usufructo las deudas de la herencia, tiene que satisfacer rédito ánuo de la misma comodidad, ó frutos que de ellos percibe, porque de su producto liquido bajadas cargas es de lo que se instituyó usufructuario; y lo mismo sucede con el diezmo, arrendamiento de la tierra en que existen los frutos pendientes, tributo, gabela y otras cargas, aunque hayan sobrevivido al usufructo (1), por ser una cosa el pagar el gravamen anual de los mismos frutos, y otra muy diversa el liberar de él los bienes de la herencia, como sería satisfacer las deudas de esta, á lo que no está obligado; por lo que si redime el censo, puede su heredero retener los bienes hasta que el propietario le entregue su capital, y si no quiere pagar el rédito. y da lugar á que por él se ejecuten los bienes, puede el propietario redimirlo y retenerlos para sí despues de pagarlo (2).

7. Otorgando testamento de conformidad marido y muger. instituyéndose recíprocamente por usufructuarios, y para despues de sus dias por heredero á otro: si muerto el uno revocare el que sobrevive, como puede, su testamento (3), deberá restituir al propietario los frutos que percibió de la herencia del difunto; y la razon es porque en los contratos, en que há lugar la revocacion ó penitencia, no debe recibir lucro el que se vuelve atras; y siendo creible que el difunto se convino en dejar al que sobrevive el usufructo de sus bienes, porque instituyó por heredero al otro, como él: una vez que se arrepintió y cesó la causa, debe tener lugar la repetición de frutos por este (4); y así sus herederos se lo pagarán.

8. Para poder gozar el usufructuario el usufructo que se le dejó de los bienes que no se consumen con el uso, ya sean muebles ó inmuebles, debe dar fianza, caución ó seguridad de usarlos y gozarlos á arbitrio de buen varon, conservándolos de modo que por su culpa ó negligencia no se pierdan ni deterioren, y restituyéndolos, segun se le entregan, cuando espire el usufructo. Lo cual procede hasta para con el marido que es usufructuario de los de su muger (5) (*).

1 Ley 22. tit. 31. Part. 3. verb. *E si diezmo ó otro tributo*, et; ibi glos 5.

2 Parlad. diferen. 29. dicho num. 17. al fin.

3 Suar. in. leg. *Quoniam in priorib. limit. 5.* ad leg. *Fori.* Alciat. in leg. *Licet.* Cod. de pact. Burg. de Paz, cons. 2.

4 Parlad. quest. 7. per. tot.

5 Ley 20. tit. 31. Part. 3. Castill. de usufruct. cap. 17. num. 4. y cap. 19.

* El usufructuario está obligado tambien á afianzar que usará de la alhaja ó finca con buena fe sin hacer en ella cosa alguna por la cual padezca detrimento, ó se pierda. Dicha ley 20, 21 y 22. tit. 31 Part. 3.

9. No puede el testador remitirle esta fianza, si le deja el usufructo en ultima voluntad: lo primero, por evitar el dolo futuro, pues sería motivo de que abusando de la remision disipase los bienes, como que se le ponía en la ocasion de delinquir (1). Lo segundo, porque su voluntad es que el usufructuario conserve la propiedad de ellos para el propietario; y no pudiendo haber seguridad de que esto se verifique, si no interviene la fianza ó caucion, es visto que por esta razon no puede remitirla. Y lo tercero, porque siendo asi que su ánimo es no dejarle mas que el usufructo, se sigue de remitírsela; que le concede tácita facultad para usar á su arbitrio de los bienes, cuya propiedad quiere por otra parte esté siempre ilesa y salva para el propietario; lo cual implica (2).

10. El modo de usar el usufructo á arbitrio de buen varon es cuidar de los bienes muebles y tratarlos como suyos, y en cuanto á los raices, labrar las tierras á los tiempos oportunos, y á toda ley, como buen labrador, plantar árboles en lugar de los que se sequen, pierdan y arranquen, y hacer en las casas y demas edificios los reparos que necesiten para su conservacion, y evitar su ruina, y si las arrienda el usufructuario (pues puede hacerlo), que sea persona de buena vida (3); y en estos términos ha de constituir la fianza. En cuanto á si el usufructuario podrá ó no hacer cortas en los árboles de los montes ó bosques dados en usufructo, cuya utilidad consiste en cortarlos, y en que de sus raices ó del tronco renazcan otros, véase á Gutierrez (4).

11. Al usufructuario pertenecen los frutos naturales y civiles de los bienes de que se le deja el usufructo, y como dueño de ellos puede arrendarlos, donarlos y disponer de ellos á su arbitrio (5); pero no es dueño de enagenar el derecho de usufructo, y si lo hiciere, le perderá y pasará al propietario. De las casas, molinos y edificios, son suyos los alquileres; pero á costa de estos ha de repararlos de lo necesario para su conservacion temporal. Previniendo que el usufructuario convencional no está obligado á hacer los reparos mayores, que conciernen á su perpetua utilidad: pues estos tocan al propietario; por lo que si en

1 Gutierrez. in leg. *Nemo possét.* 55. ff. de legat. 1. num. 279. Roland. de inventur. quæst. 36. num. 1. quæst. ult. num. 7. y cons. 92. num. 2. lib. 1. Molin. de primog. lib. 1. cap. 15. num. 27. Castell. de usufruct. cap. 11. num. 24. y cap. 15.

2 Castell. dicho cap. 15. num. 30 y 31.

Pagas forens. cap. 15 num. 239. Guerreir. de invent. lib. 4. cap. 2. num. 24.

3 Leyes 22 y final. tit. 31. Part. 3.

4 De tutelis. Part. 3. cap. 27.

5 Leyes 20 y 27. tit. 31. Par. 3. Dicha ley *Usufructu legato.*

ellos hiciere gastos grandes puede repetirlos de este, como que los hizo en su nombre, y como su procurador: lo propio milita en las hechas en pleito por defender ó reivindicar los bienes (1). Lo cual es al contrario en el usufructuario legal, v. gr. el padre que tiene el usufructo en los bienes de su hijo, pues está obligado á ejecutarlos (2). Y sobre cuales se llaman reparos mayores ó menores se debe dejar al arbitrio del juez para que los gradúe, atendida la cualidad de la cosa, sus frutos ó producto y los gastos, y no de otro modo: acerca de lo cual, y de si estará ó no obligado á los gastos de pleitos, véase al señor Castillo (3). Pero es de advertir que aunque al usufructuario corresponden todos los frutos de los bienes que usufructúa, mas no el aumento, sino en cuanto al usufructo: porque sigue la finca á que se agrega, y toca al propietario; y asi ni aun de este aumento tendrá el usufructo, si está separado de ella (4), porque no se le dejó el testador, por no ser suyo cuando murió (*).

12. De los bienes semovientes productivos, v. gr. vacas, yeguas, cabras, ovejas, abejas &c., debe percibir tambien el usufructuario, y le tocan, no solo la lana, leche, miel, cera y manteca que producen, sino las crias ó hijos que procrean; pero en caso de fallecer ó inutilizarse las madres, aunque sea sin culpa suya, está obligado á sustituir y reemplazar de los mismos hijos otras tantas cabezas como las muertas ó inutilizadas; y lo mismo procede con los peces que existen en los estanques, pues pueden pescar y matar algunos (5) porque nacen otros, y por la subrogacion de los cuerpos de estos se renuevan y perpetúan los primeros peces del estanque, y las madres de las crias de los demas animales productivos referidos, y se contemplan los mismos (6). Lo cual en cuanto á las madres muertas se entiende cuando se le deja genéricamente el usufructo de algun rebaño; pues siendo solamente de algunas cabezas ó animales en particular, no tiene obligacion de conservarlas, ni en caso de fallecer, de suplir las que se mueran, porque con su muerte se extingue

1 Gom. lib. 2. *Var.* cap. 15. num. 7. vers. *Item adde*, et ibi Ayllon num. 3. vers. *Quod usufructuarius*. Greg. Lop. en la ley 22. tit. 31. Part. 3. glos. 1 y 2. Pinel. in leg. 1. *Cod. de bon. matern.* part. 2. num. 72.

2 Gom. ibi, vers. *Nec obstat*.

3 *De usufruct.* cap. 55 56 y 57.

4 Baez. *de decima tutor.* cap. 24. num. 10.

* Es de advertir que el tesoro hallado

en el fundo que usufructúa el usufructuario, no es fruto sino aumento del fundo; y así el propietario ó el usufructuario que lo halle, llevará la cuarta parte, y no mas, haciendo lo que preceptúa la ley 3. tit. 22. lib. 10. Nov. Rec.

5 *Cæpola de servit. rusticor. prædior.* cap. 42. num. 6.

6 Gutierr. *de tutel.* part. 3. cap. 27. num. 25 al 28.

su usufructo (1); y si no nacieren hijos, no estará obligado al reemplazo ó suplemento (2). Y lo mismo milita cuando no son animales productivos, v. gr. bueyes, caballos, machos, carneros, sin sus hembras, por lo que muriéndose, se extingue su usufructo por la propia razon, y porque por diligente que sea el hombre, no depende de él la conservacion de su vida: y asi no estará obligado á su restitucion ni á la de su valor, excepto que haya tenido culpa en su muerte.

13. Si habiéndose legado un rebaño al usufructuario pereciesen tantas cabezas que ya deje de serlo, y no se le pueda graduar de tal, se extingue su usufructo: mas no si una ú otra fallece. Y sobre cuando se diga que es ó no rebaño, se debe dejar al arbitrio del juez sabio y prudente, atendida la costumbre del pais, y haberes del testador (3).

14. Corresponde igualmente al usufructuario, y hace suyas las obras que los siervos ejecutan, ó lo que ganan y adquieren con su industria y trabajo: mas no lo que alguno les lega ó dona, á menos que conste de la voluntad del donante. Asimismo no le corresponden los hijos que las siervas procrean: porque estos no son frutos sino aumento de los bienes que usufructúa, el cual cede á favor del propietario, que es su dueño, y el usufructuario no tiene dominio, cuasi dominio ni otro derecho que el de servidumbre en dichos bienes; y ademas de no ser frutos los que no renacen, siendo como es el hombre dignísima criatura, y la causa de la produccion del fruto natural, sería absurdo y oprobio el que se le numerase entre los brutos y comparase con ellos; por cuyas razones, aunque es mas tener el usufructo que el fruto de la cosa (4), no son suyos los partos de las siervas (5).

15. De los bienes que se consumen con el propio uso, por no poderse conservar mas de tres años, y consistir en número, peso ó medida, v. gr. aceite, miel, vino, trigo y demas semillas, puede usar tambien y disponer á su arbitrio. Pero como el usufructo de ellos es el uso de las mismas cosas, y no pueden usarse ni usufructuarse sino gastándolas y consumiéndolas (por lo que se llama *cuasi usufructo*), para constituir la fianza el usufructuario se deben apreciar previamente por lo justo; y

1 *Castill. de usufruct.* cap. 27, num. 11 al 15. *Gom.* cap. 15. cit. num. 7. et ibi *Ayllon*, dicho num. 3.

2 *Ley 21.* tit. 11, Part. 4. glos. in §, *In pecudum*, *Institut. de rerum divisione*.

3 *Connan. Commentar. jur.* lib. 4. cap. 2. num. 5. *Castill.* ibi, num. fin.

4 *Baez. de decima tutor. præstanda*, cap. 23. num. 4.

5 *Ley 23.* tit. 31. Part. 3,

hecho, la constituirá de volver el precio en que se valuaron; y si no se aprecian ha de ser de restituir otras especies iguales en bondad, calidad, peso, medida y número, cuando espire el usufructo (1), y no constituirse alternativamente en cualquiera de los dos casos, como con equivocacion afirman algunos. Y si es dinero, ha de darla de volver la misma cantidad que recibió (2).

16. Y de los que no se consumen, sino que se deterioran y envejecen con el uso, v. gr. alhajas de plata, oro, diamantes, vestidos, tapices, cortinages, ropa blanca, trastos ó muebles de casa, coches y otras semejantes (en los que no puede constituirse propia y adecuadamente el usufructo, porque nada producen sino impropriamente), pertenece igualmente el usufructo al usufructuario, y debe dar fianza de usarlos á arbitrio de buen varon (3).

17. ¿Pero en que términos ha de hacer su restitucion, y constituir por consiguiente la fianza? Está obligado, segun unos, á volver la estimacion que se les dé; porque tasándose, se le trasfiere su dominio, y pasa á la clase de legado de cantidad. Segun otros, cumple con restituirlos en el estado en que se hallen al tiempo que el usufructo espire: y solo estará obligado á responder de su deterioro en caso que por su culpa ó negligencia lo padezcan, y no de otra suerte (4). Y á la verdad este parecer es conforme á la intencion del testador, que quiso beneficiar al usufructuario, pues en todas estas cosas nada mas tiene que el mero uso; y de estar obligado á volverlos en su estimacion, lejos de experimentar utilidad, se le causaba perjuicio, carga y gravamen en custodiarlos, conservarlos, y pagar en dinero lo que vendidos no sacará por ellos, como sucede, pues nunca se da en venta por los muebles la cantidad de su aprecio, antes bien se baja la tercera ó cuarta parte, ó la mitad, segun su calidad, hechura y estado. Y asi me adhiero á esta segunda opinion, que he visto practicar siempre (5).

18. Pero si los referidos bienes muebles perecen y se consumen enteramente, aunque sea sin dolo ni culpa del usufructuario, debe restituir el valor que tenian al tiempo que constituyó la fianza y recibió su usufructo: porque ha de usarlos y disfru-

1 Castell. *de usufruct.* cap. 17. num. 9 al 19. Gracian. regul. 279. num. 6.

2 Castell. *ibi*, num. 7 y 8.

3 Gom. lib. 2. *Var.* cap. 15. cit. num. 3. Ayllon *ibi*, num. 4. vers. *Magna est autem.*

4 Ayor. *de partit.* part. 2. quæst. 24.

num. 74. Parlad. diff. 29 num. 23. Fachineo lib. 8. *Controv.* cap. 41.

5 Castell. *de usufruct.* cap. 17. desde el num. 24. y cap. 51. Cancer. part. 3. *Var.* cap. 20. desde el num. 211. Ayor. part. 2. y varios otros.

tarlos, reservando siempre su propiedad y sustancia; y de aniquilarse ó perecer está obligado á su estimacion, y mas cuando puede conservarlos, pues se presume que á lo menos tuvo negligencia culpable en dejarlos perecer, y no los usó á arbitrio de buen varon; por lo que conviene que antes que se le entreguen, se estimen por lo justo en ventá con su intervencion (1). Lo cual concibo no debe militar para con los animales no productivos, por la razon expuesta en el párrafo 12.

19. No está obligado el usufructuario á dar la fianza expresada, si es tan pobre que por solo serlo, no encuentra quien le fie, en cuyo caso siendo de buena vida y costumbres, basta su caucion jurada de usar los bienes á arbitrio de buen varon, como es obligado, y restituirlos á su tiempo segun por derecho se manda. • Pero si es sospechoso de fuga, ó de conducta irregular, ó forastero, se deberán secuestrar y depositar en persona le- ga, llana y abonada á arbitrio de juez, ó en el propietario de quien perciba el usufructo, y por cuya recta administracion no perezca, ni se deteriore la propiedad (2); y esto es lo mas seguro.

20. Aunque siendo constituido el usufructo en última voluntad, no puede el testador remitir la fianza, ni relevar al usufructuario de darla, porque está prohibido por las razones expuestas en el párrafo 9; pero si se constituye por contrato en sanidad, dicen los autores (3), que se puede remitir: yo dudo de la certidumbre de su opinion, porque la ley (4) romana, de que se deduce esta doctrina, al parecer dice que lo mismo se debe practicar en un caso que en otro, á lo que me inclino.

21. Si el testador lega á alguno el usufructo de sus bienes, y manda á uno de sus herederos que afiance al usufructuario, si extinguido el usufructo pagare algo por este el heredero que constituyó la fianza, no tendrá por ello accion ni repeticion contra los coherederos: porque no lo hizo de su orden ni en su nombre, sino en cumplimiento del precepto del testador (5). Y lo mismo que queda expuesto en cuanto al legatario de usufructo, se debe observar en otros casos por la razon mencionada, pues de lo contrario con facilidad podia el testador eludir y

1 Parlad. ibí, num. 24.

2 Gom. lib. 2. *Var.* cap. 15. num. 3. vers. *Item adde.* Salgad. part. 1. *Labyr.* cap. fin. num. 158. *Castill. de usufruct.* cap. 18. per tot. *Cancer.* part. 3. *Var.* cap. 20. ex num. 218. *Barbos. in collectam.* lib. 4. *Cod. de usufruct.* num. 8.

3 Menoch, *de suocessionum creat.* lib.

1. §. 7. num. 34. *Gom. ibí, vers. Et adde quod prædicta satisfatio.* *Castill. de usufruct.* cap. 15. *Guerreir. de inventar.* lib. 4, cap. 9. num. 16 y 17.

4 Ley 4. *Cod. de usufruct.*

5 Jason in leg. *Quod dictum,* ff. *de pact.* num. 10. *Fabian de emptio. et vendition.* part. 3 al principio, num. 63.

defraudar por este medio las leyes que le prohiben remitirle la fianza (1).

22. No necesita el usufructuario dar la fianza en cuatro casos: el primero, cuando no se duda que ha de venir á él ó sus herederos la propiedad de los bienes; el segundo, cuando el fisco queda por usufructuario, porque siempre es idóneo para pagar y volver los bienes al propietario; el tercero, cuando el padre tiene el usufructo de los bienes adventicios de su hijo, que por *derecho pleno* le toca, pues para disfrutarlos no se le pide, porque ningun derecho le obliga á darla; y el cuarto, cuando el usufructo no ha de volver al propietario ó verdadero heredero del testador.

23. El testador puede dejar á uno solo ó á muchos el usufructo de sus bienes, y todos lo gozarán con igualdad ó segun la parte que señale, porque es divisible y puede competirles parcialmente, y así pueden dividirlo entre sí, ó arrendarlo y partir el producto del arrendamiento. Pero si lo lega á muchos alternativamente por años, será preferido el que antes esté nombrado, y deberá gozarlo primero que el segundo, y así los demas por su orden (2); y si alguno de estos fallece antes que le toque entrar al goce, no tendrán derecho alguno á él sus herederos, porque no lo adquirió por su muerte anticipada.

24. Puede legar tambien simplemente ó sin condicion á un sugeto la propiedad de una finca y á otro el usufructo, en cuyo caso llevará el propietario no solo la propiedad íntegra sino la mitad del usufructo, y el usufructuario la otra mitad de este; de modo que ambos acudirán igualmente á su percibo, no mandando el testador lo contrario. Y la razon es porque la finca consiste en la propiedad y el usufructo juntamente; y como por el hecho de legar al uno la finca, es visto legarle no solo la propiedad sino el usufructo, que es el todo integral; y legando este solamente al otro, parece que le lega tambien la finca que legó á aquel; por eso como conjuntos en la misma cosa (que es el usufructo), concurren y son admitidos igualmente á su percepcion y disfrute (3).

25. Pero no sucederá esto cuando genérica y universalmente lega á uno ciertos bienes, v. gr. siervos, caballos &c., ó le instituye por heredero usufructuario de todos sus bienes, y des-

1 Roman. singular. 798. Segur. in leg. Si ex legati causa, num. 73. ff. de verbor. obligation. Parlador, dicha different. 29. num. 21.

2 Gom. dich cap. 15. num. 41. et ibi Ayllon.

3 Gom. dicho cap. 15. num. 5. Castell. de usufruct. cap. 47, num. 1 al 4.

pues lega á otro alguna cosa de las de aquella especie, ú otra determinada en propiedad y usufructo: porque este legado específico deroga el genérico en aquella parte, y separa de él la cosa legada. Ni cuando lega á uno cierta cosa íntegra, y luego á otro parte cierta de aquella cosa, v. gr. el fundo íntegro al primero, y despues la tercera, cuarta, quinta ó sexta parte de la propia finca al segundo (1). Ni tampoco cuando lega á uno el usufructo de todos sus bienes, y á otro el de una finca solamente; pues aquel no concurrirá con este: porque aunque el género se deroga por la especie, esto se entiende cuando ambos recaen sobre un mismo derecho, mas no recayendo sobre derecho diverso (2).

26. Si el testador lega el usufructo de un fundo ó una finca al usufructuario, es visto legarle no solo el goce de sus frutos ó su usufructo, sino tambien el de los instrumentos y aperos necesarios que tenia diputados para labrarla, v. gr. mulas ó bueyes, arados &c. Y lo propio milita si tenia trigo separado y destinado para sembrar en ella, pues todo se entiende comprendido en el legado de usufructo bajo la obligacion de responder de cada cosa, y otorgar la correspondiente fianza (3) (*).

27. Dejando el testador por herederos de todos sus bienes á sus hijos, y por usufructuaria de ellos á su muger ó á otro extraño, valdrá el legado del usufructo en la quinta parte del de sus bienes, que es de lo que puede disponer libremente sin compensacion con la propiedad: pues porque quiera que su muger goce de él íntegramente, no se les bebe imponer gravamen en su legítima, ni perjudicar en la propiedad y usufructo de esta (4), la cual no se comprende en aquel, á menos que conste de la voluntad del testador. Y lo mismo procede en cuanto al tercio para con los ascendientes legítimos (5).

28. Y aunque Ayora (6) y otros dicen que el legado de usufructo de todos los bienes valdrá en el caso propuesto, con tal que su valor ó estimacion no exceda del quinto de la hacienda

1 Cancer. part. 3. *Var.* cap. 2o. ex. num. 14. Gom. dicho cap. 15. num. 5.

2 Mantic. *de conject.* lib. 9. tit. 6. num. 23. Menoch. lib. 4. *præsumpt.* 14o. num. 36. Castill. *de usufruct.* dicho cap. 47. num. 13 al 16.

3 Greg. Lop. en la ley 2o. tit. 31. Part. 3. glos. 8. Menoch. cons. 14o. num. 21 al 23.

* El reformador de Febrero tiene por improbable este caso, y el adicionador tratando de justificar al autor se explica en terminos ininteligibles. Ciertamente el ca-

so es raro, y el que quiera enterarse de las razones en que se funda dicha doctrina puede leer á Gregorio Lopez en la ley 2o. tit. 31. Part. 3. glos. 8.

4 Gom. lib. 1. *Var.* cap. 11. num. 26. vers. *Sed his nom obstantibus.*

5 Morquech. *de divis.* lib. 4. cap. 11. num. 44 al 56. Gutierr. lib. 5. *Pract.* quæst. 18. num. 4 al 12.

6 *De partition.* quæst. 21. num. 79. hasta el 75.

del testador, y se fundan en que puede dar su importe al legatario en dinero ó en los mismos bienes, y á los herederos de su legítima en propiedad y usufructo, haciendo la regulacion y computacion por la vida del usufructuario, según la forma por derecho prescripta en casos semejantes, porque lo útil no se vicia por lo inútil (1); y siempre es visto que el testador elige los medios, por los que valga el acto y no se frustre su voluntad; esto se entiende cuando claramente consta que quiso se hiciese la compensacion, pues en este caso valdrá el legado existiendo los hijos y compensando la propiedad del quinto con el valor del usufructo de las otras cuatro partes, de tal suerte que si el hijo quiere adquirir la propiedad del quinto, debe consentir el legado del usufructo de todos los bienes en cuanto no exceda de aquel su importe, ó contentarse con su legítima en propiedad y usufructo; pero en caso de duda, y no constando cual fué la voluntad del testador, se ha de seguir lo resuelto en el número precedente, como opinion mas comun y conforme á nuestro derecho (2).

29. Cuando el testador deja á alguno el usufructo de todos sus bienes, se comprenden en el legado no solo los mismos bienes muebles y raices, sino los frutos cogidos y separados del suelo, y las rentas ó pensiones que de ellos dejó vencidas: porque todos son herencia del difunto, y asi tocan al legatario ó usufructuario como tal, y los debe llevar otorgando la respectiva fianza; y si las tierras estan sembradas ó beneficiadas, y no aparecen los frutos, se han de apreciar las labores y semillas, y de su importe constituirla, pues estas no son frutos. Lo cual se entiende ya sean propias del testador ó ajenas las fincas sembradas, pues siendo arrendadas deberá pagar el arrendamiento del fruto como hipotecado tácitamente á su responsabilidad.

30 Pero si al tiempo de su muerte estan pendientes y mostrados en las porciones ó árboles, los debe percibir para sí sin obligacion de afianzar ni de restituirlos: pues los hace suyos porque se contemplan una misma cosa con estos é incremento de ellos, á causa de ser inseparables, y no cosa distinta ni separada atendido el estado actual de las fincas, y no en otro concepto, ni hablando absolutamente (3), y el derecho no concede usufructo de usufructo, ni servidumbre de servidumbre. Lo cual

1 Regla *Utile per inutile. De regul. jur.* in 6.

2 *Castill. de usufruct.* cap. 45. num. 14. y 15. *Gutierr.* dicho lib. 5. y quest. 18

ex num. 13. *Moruech. de divis. honor.* lib. 4. cap. 11. desde el num. 44.

3 *Gom.* en la 40 de Toro. num. 74. *vers. Quint. facit.*

se entiende no mandando el testador lo contrario, ó no disponiendo de ellos en otra forma, pues entonces se debe observar su voluntad (1).

31. Si el marido dejó á su muger por usufructuaria de todos sus bienes, y entre estos cierta porcion de dinero, y sus herederos ignorando lo que habia dispuesto por estar muy distantes lo dieron á censo, ó lo emplearon en algun tráfico, negocio ó compañía; ¿podrá la muger pretender por razon del legado de usufructo, y se le deberán entregar, todos los réditos ó utilidades del dinero dado á censo ó empleado, ó solamente su capital? Respondo que no llevará cosa alguna por razon de los réditos ó utilidades; y la razon es porque la herencia del difunto se considera respecto de los bienes que deja al tiempo de su muerte, y no despues que se aumentó con las utilidades que produjo (2).

32. Dejando simplemente el testador á su muger ó á otro el usufructo de todos sus bienes muebles, se duda si se comprenden los venales ó mercaderías destinadas para vender. Unos (3) dicen que no, y que asi no llevará el usufructo de ellos porque no es visto estar comprendidos en el legado general. Otros (4) convienen en lo mismo, excepto que todos los bienes del testador sean venales, pues en este caso se comprenden en el usufructo, y asi lo llevará de ellos el usufructuario.

33. Y otros conciliando las opiniones afirman que si el testador dice que deja ó lega el usufructo *de todos sus bienes*, sin limitar ni exceptuar algunos, se comprenden todos, aunque sean venales, porque quien todo lo abraza nada excluye, y que si omite la palabra universal *todos*, no se comprenden los venales, por lo que solo de los demas llevará el usufructo (5). Bien que aunque omita la palabra *todos*, y diga solamente *lego el usufructo de mis bienes*, ó *lego mis bienes muebles*, concibo que deben entenderse todos sin excepcion, ó todos los de la clase que especifica, porque la palabra ó proposicion indefinida equivale á la universal (6), y en el legado de usufructo se comprenden muchas cosas.

34. Al modo que en cuanto á la propiedad y pleno dominio há lugar el derecho de acrecer, del mismo modo en el usufructo,

1 Castill. *de usufruct.* cap. 42.

2 Ayor. part. 2. quæst. 22. num. 76.

3 Parlad. different. 29. dicha. num. 2o. Ayor. par. 2. quæst. 13. num. 78.

4 Alex. en la ley *Generalis*, inserta. 4. Jason en la l. Cod. *de verbor. significat.*

5 Menoch. lib. 4. præsumt. 137. num.

6. Covar. lib. 2. *Var.* cap. 5. Decio en la ley 1. num. 18. ff. *de regul. jur.* Guerreir. *de divis.* lib. 5. cap. 3. num. 73.

6 Covar. Pinel y Menoch. ubi supr. Castill. *de usufruct.* cap. 36, 37 y 38.

con la diferencia y ampliacion de que aunque en la propiedad no lo tiene entre los conjuntos con conjuncion legal, en el usufructo es al contrario, pues lo tiene como derecho personal coherente á la persona á la cual se mira y atiende siempre, y mientras vive dura el derecho y causa de su adquisicion. Pero no habiendo conjuncion de personas por la ley ni por el hombre, no há lugar á la propiedad ni usufructo.

35. Sin embargo de que en la propiedad cuando uno de los conjuntos percibió su parte, si despues la repudia no se acrece al otro, en el usufructo es al contrario; por lo que si el testador deja á dos ó más por usufructuarios, aceptan todos sus partes, y despues de aceptadas repudia uno de ellos la suya, ó se muere, ó falta por otro motivo, se acrece su porcion al otro, y no se consolida con la propiedad hasta que todos fallecen, y se extingue el usufructo (1), porque en la propiedad, una vez adquirida, está perfecta y consumada la adquisicion; pero el usufructo, no se adquiere plena y perfectamente, porque tiene causa y tracto succesivo que es al dueño á quien debe pasar, el cual ha de esperar hasta que se consolide, y mientras tanto, como no hay adquisicion plena y perfecta, no tiene lugar el derecho de acrecer, sino como en cosa imperfecta y no plenamente adquirida; y por eso se puede llamar mas poderoso el derecho de acrecer que el de la consolidacion (2).

36. Si marido y muger hicieren donacion á alguno de todos sus bienes, reservándose su usufructo, y muriese uno de los donantes antes que el donatario, ¿tocará ó no al que sobrevive todo el usufructo de ellos por derecho de acrecer, y lo gozará durante su vida, ó solamente la mitad? No ha lugar este derecho en el caso propuesto, y por consiguiente percibirá el donatario íntegramente el de todos los bienes que correspondian al difunto desde su fallecimiento, y el sobreviviente nada mas que el de los suyos privativos; porque el difunto ninguna parte le dejó en el usufructo de los que le pertenecian (3); pero si la hubiese dejado, se observará su voluntad.

1 Gom. lib. 1. *Var.* cap. 10. núm. 40.

2 Castell. *de usufruct.* cap. 48. Gómi.

dicho cap. 10. núm. 42. et. ibi Ayllon.

3 *Parlad. différent.* 29. dicha, núm. 19.