

mérito, porque salieron del caudal de todos antes de fallecer el testador, y estan refundidos en su herencia.

15. Y si antes de la recolección falleciere con hijos el mejorado ó primer llamado, entrarán aquellos á la partición con sus tíos, llevando y pagando lo que su padre llevaria y pagaria, y percibiendo para sí solo el inmediato sucesor los frutos desde la muerte de su padre, hijo del mejorante; de modo que se deberá formar otra cuenta separada entre dicho sucesor y la testamentaria de su padre por la misma regla que la anterior, y con igual proporción, así en cuanto al percibo de frutos como al pago de gastos, valiéndose nuevamente aquellos en caso de tener aumento, para evitar perjuicios á los interesados.

16. Pero si el fundador ó mejorante que no dejó muger falleciere acabada la recolección, y las tierras quedaren barbechadas y sembradas sin manifestarse los frutos, pertenecen los recogidos al caudal comun de su testamentaria, y los que nazcan despues son propios del mejorado, con obligación de satisfacer á la testamentaria los gastos de barbechos, semillas y siembra, ó los que sean segun lo que se haya hecho, los cuales se apreciarán, se pondrán por caudal comun, y se dividirán á proporción de la institución entre el mejorado y demas coherederos; y no teniendo dinero con que satisfacerlos, se le aplicarán en vacío, ó entrada por salida, como recibido su importe en cuenta de la parte que le corresponda, al modo que si los colacionara; no haciéndose mérito en este caso de los de recolección, ni de la utilidad ó pérdida que pueda haber en ellos, pues todo queda de su cuenta y riesgo, y viene á ser lo mismo que si él hubiera barbechado y sembrado por sí propio las tierras. Por ejemplo importan los barbechos y siembra de los bienes de la mejora tres mil reales, y agregados al caudal líquido é igualmente partible de la herencia, compone el total de esta treinta mil reales, que han de dividirse entre tres hijos. En este caso se darán al mejorado siete mil reales efectivos, que con los tres mil que debia aprontar, y retiene en el valor de las labores, suman diez mil, que como á uno de tres le tocan en la herencia; y si antes de la división pagare los tres mil, se le darán cuando esta se haga los diez mil completos, y no llevará tercio ni quinto en frutos, porque solo fue mejorado en los bienes señalados, y no en los demas de su padre, de manera que percibirá en estos su legitima, y en los señalados su mejora vinculada (\*).

(\* Otras muchas especies acerca de la división de frutos de mejora se tocan en el título 5, capítulo 5, por ser su propio lugar, adonde remito al partidador para que se instruya radicalmente.

17. No siendo primer llamado el poseedor del vínculo ó mayorazgo, y dejando frutos pendientes ó manifiestos en las tierras, viñas ú olivares de este que labraba por sí, ó en otros árboles, ó las tierras barbechadas ó sembradas solamente, y arrendamientos de otras, alquileres de casas y réditos de censos, juros y otros efectos semejantes, cuyos plazos de pagas no han cumplido, hay dificultad sobre cómo se han de dividir entre sus herederos y el sucesor estas clases de frutos y gastos; y para la mayor claridad distinguiré de casos.

18. En órden á los pendientes y manifiestos, los herederos del último poseedor los han de percibir á prorata del tiempo que este vivió en aquel año, y tuvo dominio en los bienes vinculados, cuyo año no ha de ser el civil, que empieza en enero y concluye en diciembre, sino el natural, que es de la cosecha de cada fruto, segun el tiempo en que se coge en cada país ó provincia, porque una vez que la naturaleza produce y sazona los frutos en diversos tiempos, se debe observar en cuanto al pago, y contar el año, segun ella misma nos enseña. Por tanto, si el poseedor del mayorazgo fallece v. gr. en fin de mayo, y los frutos son de trigo, uva y aceituna, deben llevar sus herederos y testamentaria la parte correspondiente de trigo desde Santa María de agosto del año anterior, hasta el día de su fallecimiento, que son nueve meses y medio: de uva, desde 1º de octubre del propio año, que es cuando regularmente se hace la vendimia, y son ocho meses; y de aceitunas, desde enero, que son cinco meses si se coge á principios, y sino desde el día que se acostumbra coger; y así de los demas frutos, segun sea el tiempo de su percepción en cada país y en cada finca, produzca ó no todos los años. Lo mismo procede en la lana de cabaña lanar, pues para la prorata se ha de contar el año de esquila á esquila.

19. Antes de repartir los frutos se han de deducir de todo el caudal y valor de cada especie los gastos hechos en el barbecho, siembra, cava, poda, siega, recolección y demas que haya, se han de abonar á la testamentaria del último poseedor los que por parte de este y de ella, despues de muerto, se hayan hecho en su beneficio; y al sucesor los que hiciere; y luego se ha de dividir lo líquido en dos partes, aplicando á cada interesado la que le corresponda á proporción del tiempo que poseyó, v. gr. de trigo, despues de pagado el diezmo, quedan mil quinientas fanegas, y todos los gastos ascienden á dos mil reales, de los cuales suplió quinientos el sucesor, y los mil quinientos el poseedor y su testamentaria. En este caso se aplica á cada uno en trigo, segun

el precio que tenga á la sazón, lo que importan sus expensas, y el residuo del trigo se divide á prorata del tiempo que poseyó, habiendo de esperarse á la cosecha para hacer la división, porque de lo contrario podía suceder que el que hubiese suplido menos llevase mas con perjuicio del otro. Lo propio se ha de observar en la división y prorateo de la lana de cabaña lanar vinculada, y crias de ella, que son sus frutos, si aquella no se ha esquilado, ni estas han nacido al tiempo de la muerte del último poseedor, hecho antes por los herederos de este el reintegro de las crias que faltan y hayan perecido, pues debe entregar la cabaña completa, según la recibió.

20. Quedando barbechadas solamente, ó sembradas por el poseedor las tierras sin manifestarse los frutos, debe el sucesor satisfacer á los herederos del predecesor los gastos hechos en sus labores y siembra, y nada percibirán estos de la cosecha próxima, porque á causa de no estar manifestados, de ignorarse si nacerán ó no, y de haber muerto en tiempo en que no se conocían, no adquirió el último poseedor derecho á ellos, siendo para el caso lo mismo que muera hechos solos los barbechos, que sembradas las tierras, una vez que no se ven nacidos los frutos al tiempo de su fallecimiento, y puede perderse la semilla; de modo que no se reputan tales hasta que nacen; y aunque luego se manifiesten, como ya entonces tiene el sucesor el dominio de las tierras por sí solo, y aun el de los frutos pendientes, porque se contemplan parte de ellas, debe llevarlos todos, y cumple con hacer el expresado pago, á diferencia de cuando están á la vista, en cuyo caso, como el último poseedor adquirió y tuvo dominio en ellos y en el fundo el tiempo que vivió, y este dominio se dividió, se deben dividir también y proratear entre los que le tuvieron.

21. Con la misma proporción y equidad se deben repartir los arrendamientos de las heredades vinculadas, contándose no el día en que se celebró el contrato entre el arrendatario y arrendador, sino desde el tiempo ó mes en que este ha de recoger los frutos, porque como labra las tierras con título ó permiso de su dueño, viene á ser lo mismo que si las labrase este, y así se ha de observar lo propio que está dispuesto por derecho comun acerca de los dotales.

22. Si el poseedor del mayorazgo falleciere después de recogidos los frutos por el arrendador, y de nacidos ó manifestados los de la cosecha siguiente, llevará á proporción del tiempo que vivió, el arrendamiento correspondiente á esta cosecha, sin que para hacer el prorateo sea necesario esperar á que llegue el de reco-

gerlos el arrendador, porque no hay que pagarle á él ni á sus herederos expensas algunas, por no haberlas hecho, excepto que el arrendamiento fuese á esterilidad; pues entonces no puede hacerse hasta que los peritos con vista de los frutos en el tiempo oportuno declaren cuanto debe satisfacer el colono. Y si este tuviese barbechadas solamente las tierras, ó aunque estén sembradas, si no se vieren los frutos, nada llevarán los herederos del último poseedor, por las razones expuestas anteriormente, y porque este nada expendió en su cultivo y beneficio, sino el arrendador, ni adquirió dominio en los frutos, porque no los había, de suerte que en cuanto á la percepción del arrendamiento, que es fruto civil, es lo mismo que si el último poseedor hubiese cultivado por sí propio las tierras, y no se manifestasen los frutos.

23. Siendo casas ú otros edificios los bienes arrendados, ó juros, censos ú otros derechos semejantes, se han de proratear sus alquileres, réditos ó pensiones, contando lo que vivió el poseedor desde el último día en que cumplió el alquiler de la casa, ó el plazo de la escritura de arrendamiento, consignación ó imposición; y no se ha de atender á que el año sea civil ó natural, porque los frutos de estos bienes, como civiles, convencionales y no naturales, corren, se vencen y devengan todos los días.

24. Si el usufructuario deja cogidos al tiempo de morir, los frutos de los bienes raíces que usufructuaba, pertenecen todos enteramente á sus herederos sin la menor disputa, aunque no viva todo el año, pues habiéndolos hecho suyos por el título y derecho que tenía á su percibo, puede transmitirlos á dichos herederos una vez cogidos. Pero si están pendientes, tocan al dueño propietario, á quien pasa consolidado el usufructo con la propiedad, sin embargo de que al tiempo de su fallecimiento se hallen maduros y próximos á su recolección<sup>1</sup>. Lo mismo procede para con los del fideicomiso, pues pasarán al fideicomisario, y á los herederos del fiduciario<sup>2</sup>; porque los frutos pendientes no se llaman tales, antes bien se contemplan una misma cosa con la finca en que existen, y se estiman ser parte de esta, atendido su estado, mas no hablando absolutamente; y como el mero usufructuario ningún dominio tiene en ella, porque la propiedad toca á otro, y sus herederos no pueden pretenderlos, ni hay transmisión, á causa de que el derecho y título que tenía para su percibo, y era coherente á su persona, espiró con su muerte; por eso en el instante

<sup>1</sup> Ley *In singulos*, § al fin, ff. *de annuis legat.*; Gom. en la 40 de Toro, num. 74; Valasc. *de partit.* cap. 50, num. 28 y 29. — <sup>2</sup> Ley 42, ff. *de usuris*.

que fallece, pasan con ella al propietario, en quien se une y consolida el dominio ó propiedad con el usufructo. Así que sus herederos tendrán accion únicamente á recuperar los gastos hechos en sus labores, siembra, semillas, etc., y hasta que se los paguen podrán retenerlos, porque no son ni se llaman frutos, sino el líquido residuo, bajados estos <sup>1</sup>.

25. Lo propio milita para con las pensiones de las fincas productivas; por lo que si el usufructuario muere estando cogidos los frutos por los colonos, á quienes tenia arrendada la finca ó fincas, pertenece la pension á sus herederos, aun cuando no esté cumplido el plazo de su solucion, porque es visto haberlos cogido en nombre del usufructuario á quien correspondian, y en derecho se presume haberlos cogido este; pero si los frutos estuvieron pendientes en ellas, toca al propietario <sup>2</sup>; pues las pensiones de fincas de esta clase, como frutos civiles, se gradúan en el presente caso por la regla que los naturales, porque se tienen en lugar de estos <sup>3</sup>, y deben seguir su naturaleza <sup>4</sup>; y así lo dispuesto acerca de los frutos naturales, se debe observar en las pensiones de las fincas que los producen, pues son frutos civiles <sup>5</sup>. Se amplía lo expuesto en el caso de que parte de los frutos esten pendientes y parte cogidos, pues se ha de observar la propia regla, y es, que los pendientes tocan al propietario, y los cogidos al usufructuario; é igualmente en las pensiones, sin que en ninguno de los casos referidos se prorateen, como algunos quieren; porque el usufructuario hace suyos los frutos, no por la razon de cargas que sobrelleva, como el marido, sino por la de derecho de usufructuar, que le basta tener al tiempo que los percibe, no obstante que al punto se acabe <sup>6</sup>.

26. Pero si el testador instituye á uno por heredero usufructuario de todos sus bienes, y á otro por legatario en propiedad y usufructo de una finca, ya sea antes ó despues en una misma escritura ó en diversas, llevará el legatario su predio en propiedad y usufructo, sin embargo de la institucion universal, y el heredero el de los demas bienes del testador; porque lo genérico se deroga por lo específico <sup>7</sup>.

<sup>1</sup> Ley *Fundus qui*, ff. *Familiæ erciscund.*; Castill. *de usufruct.* cap. 77, num. 1 al 8. — <sup>2</sup> Ayor. part. 2, quæst. 23, num. 3. — <sup>3</sup> Ley *Merces*, 32, ff. *de petition. hereditat.* y ley *Prædiorum*, ff. *de usur.* — <sup>4</sup> Ley *Si eum*, § *Qui injuriarum*, ff. *Si quis cautionibus*. — <sup>5</sup> Alex. consil. 82, num. 49, lib. 2; Gutierr. *Quæst. Canon.* quæst. 33, num. 20. — <sup>6</sup> Valasc. *de partit.* cap. 33, num. 4 y 5. — <sup>7</sup> Ley *In tot. jur.* ff. *de regul. jur.* Ley *Uxorem*, 41, §§ 2 y 5, ff. *de legat.* 3, y regla *Generi, de regul. jur.* in 6; Ayor. dicha quæst. 23, num. 2.

27. Se limita esto en cuanto á las pensiones del arrendamiento del trabajo del siervo, pues se han de dividir á prorata del tiempo entre su señor y los herederos del usufructuario <sup>1</sup>. La razon de diferencia consiste en que de las obras ó trabajo del siervo se puede percibir diariamente la utilidad, porque cada dia se devenga y gana; y así se hace la division de ellos por el tiempo que dura el usufructo, y pertenecen al usufructuario, como percibidas, y por el tiempo restante al propietario, como pendientes; pero los frutos naturales, como no se pueden percibir ni coger en sazón sino en cierta parte del año, se ha de atender necesariamente en cuanto á las pensiones que por su respeto se deben, al tiempo de su percepcion, para que las lleven los herederos del usufructuario. Lo mismo procede para con las pensiones, alquileres de casas, naves y otras cosas que se alquilan; y con los réditos de censos, juros y otros efectos, pues se proratearán, como las obras del siervo, por la propia razon <sup>2</sup>.

28. Si el testador instituye á uno por usufructuario de todos sus bienes, ó le lega el usufructo de ellos, parece que no deberá percibir los frutos que la herencia produzca, hasta que la acepte el propietario, porque el legado del usufructo no empieza antes de su adición, ni antes de esta se da legado de usufructo <sup>3</sup>; pues aunque en los demas legados viene desde la muerte del testador <sup>4</sup>, y se dice empezar, segun derecho comun, desde la aceptación <sup>5</sup>; en el usufructo es al contrario, porque depende de esta <sup>6</sup>. Mas sin embargo de esto, que segun derecho comun es corriente, lo contrario se debe seguir segun el nuestro, porque la ley 1, tit. 18, lib. 10, Nov. Rec., manda que aunque no haya heredero, ó este no quiera heredar, valga y se cumpla todo lo que el testamento contenga, constando de la solemnidad de testigos que prescribe, pues dice: « Y mandamos que el testamento que en la forma susodicha fuere ordenado, valga en cuanto á las mandas y otras cosas que en él se contienen, aunque el testador no haya hecho heredero alguno, y entonces herede aquel que segun derecho y costumbre de la tierra habia de heredar en caso que el testador no hiciera testamento, y cúmplase el testamento. Y si el testador instituyere heredero en el testamento, y el heredero no quisiere heredar, valga el testamento en las mandas y en las otras cosas que en él se contienen. » Por la generalidad con que se explica

<sup>1</sup> Ley *Si operas*, 23, ff. *de usufruct.*; Gom. lib. 2, *Var.* cap. 3, num. 5. — <sup>2</sup> Castill. *de usufruct.* cap. 77. — <sup>3</sup> Ley 1, § *Dies autem*, ff. *Quando dies usufruct. cedat.* — <sup>4</sup> Ley *A Titio*, ff. *de furt.* — <sup>5</sup> Ley *Eam quam*, Cod. *de fideicommissis*. — <sup>6</sup> Dicha ley 1, y § *Dies cit.* y ley *Si serva hereditaria*, ff. *Quibus modis usufructus amittat.*

la ley incluye todos los casos, y como la proposicion indefinida equivale á la universal, es claro que abraza tambien el presente; lo cual se limita en dos casos: 1º cuando el testador en su testamento nulo por pretericion ó exheredacion pone la condicion de que se acepte la herencia para que valga el legado, pues en este caso no valdrá el usufructo ni otro alguno sin que preceda la aceptacion de la herencia: 2º cuando el usufructuario no quiere afianzar habiéndolo pretendido el propietario, pues se constituye de mala fe<sup>1</sup>.

29. Resta saber cuándo los frutos se dirán percibidos por el usufructuario para que sus herederos los hagan suyos. Acerca de esto hay dos opiniones: la primera dice que no solo han de estar separados del suelo, sino custodiados en los parages en que se acostumbran recoger: la segunda (que es la verdadera y corriente) afirma que para que así el usufructuario como el poseedor de buena fe los hagan suyos, basta que estén separados del suelo ó cortados, aunque no se hayan custodiado<sup>2</sup>; pero con esta diferencia, que para hacerlos suyos el usufructuario han de ser separados por él, ó por otro de su mandato y en su nombre, y el poseedor de buena fe los hace suyos indistintamente, ya los perciba por sí en la buena fe de que le pertenecen, ú otro cualquiera sin su precepto<sup>3</sup>. La razon de esta diferencia es porque al poseedor de buena fe se conceptúa por dueño en cuanto á los frutos<sup>4</sup>; y así basta que cualquiera los perciba, para que como tal los adquiera; pero el usufructuario como no los posee como dueño, y solo tiene una servidumbre personal, es indispensable que él ú otro con su voluntad y de su mandato, y no de otro modo, los perciba<sup>5</sup>. De esta diferencia se sigue que si los frutos se caen espontánea ó accidentalmente, como suele suceder á la aceituna, no tocan al usufructuario antes de percibirlos, porque no se pueden decir cogidos por él antes de su aprehension, que es lo que se requiere para lucrarlos; por el contrario, el poseedor de buena fe antes de la aprehension los hace al instante suyos, porque en él no se requiere la percepcion por sí mismo, como en el usufructuario, pues basta que estén separados del suelo<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Matienz. ley 1, glos. 14, tit. 4, lib. 5, Rec. desde el num. 55 al 40, y Castill. de usufruct. cap. 16. — <sup>2</sup> Tiraquel. lib. 2, Retract. § 5, glos. 4; Covarr. lib. 1, Var. cap. 15, num. 12; Gutterr. Canon. Quæst. quæst. 55, num. 4. — <sup>3</sup> Ley Si usufructuarius, ff. Quibus modis ususfruct. amittat. ley Qui scit, § Præterea, y ley Si jur. ff. de usufruct. — <sup>4</sup> Dicha ley Qui scit, § In alieno, vers. Porro. — <sup>5</sup> Valasc. de partition. cap. 55, num. 11 y 12. — <sup>6</sup> Balduin. in § Is vero, Institut. de rerum divis. al fin; Cujac. lib. 4, Feud. tit. 50, col. 2; Valasc. dicho cap. 55, num. 15; Castill. de usufruct.

### CAPITULO XIII.

DE LA SUCESION DE BIENES LIBRES ENTRE ASCENDIENTES, DESCENDIENTES Y TRASVERSALES CUANDO MUEREN ABINTESTATO. ¿QUÉ DEBERAN DISTRIBUIR UNOS Y OTROS POR EL ALMA DEL DIFUNTO? ¿SI EN CASO DE DUDA DEBE GRADUARSE LA SUCESION TESTAMENTARIA POR LA REGLA DEL ABINTESTATO?

De las tres líneas de sucesion que se conocen en el derecho. — Orden con que deben suceder abintestato las dos líneas de descendientes y ascendientes, y declaracion de algunas dudas que ocurren en esta materia, para instruccion de los partidores. — Si por muerte del descendiente perderá el usufructo de sus bienes el ascendiente que le tenia. — De la tercera línea, que es de los trasversales, llamada por la ley á la sucesion abintestato. — Muerto uno abintestato, ¿qué parte de sus bienes deberán distribuir por su alma los que le hereden? — En caso de duda deberá graduarse la sucesion testamentaria por la regla del abintestato. — Cuando uno instituyó simplemente con modo colectivo á un hermano vivo y á los hijos de otro hermano muerto, ó á un extraño y á los de otro extraño, sin especificar sus nombres, ¿cómo se entenderán instituidos?

1. En el libro 2, título 2, capítulo 2, párrafo 13, se dijo que en el derecho se conocen tres líneas de sucesion, á saber: una de *descendientes*, que son los hijos, nietos, biznietos y todos los que descienden de ellos sin limitacion, hasta que se acaba la línea de aquel en quien tuvo principio. Otra de *ascendientes*, que son los padres, abuelos, bisabuelos y demas que suben hasta el primer progenitor. La tercera es de *trasversales ó colaterales*, que son los hermanos, primos, sobrinos, tíos y demas parientes que no ascienden ni descienden como los de las otras líneas<sup>1</sup>. De la sucesion intestada de unos y otros se trató con extension en dicho libro 2, título 2, capítulo 9; y así me contraeré aquí á reasumir parte de aquella doctrina, y hacer las observaciones que juzgue oportunas para la instruccion del contador en el modo de hacer la division de las herencias abintestato.

2. Muriendo pues alguno sin testamento por no haberle hecho,

<sup>1</sup> Ley 2, tit. 15. Part. 6; Matienz. en la ley 1, tit. 8, lib. 5. Rec. glos. 1, num. 1.