

ver 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 usufruto espire; y solo estará obligado á responder de su deterioro en caso que por su culpa ó negligencia lo padezcan, y no de otra suerte¹. Y á la verdad este parecer es conforme á la intencion del testador, que quiso beneficiar al usufrutuario, pues en todas estas cosas nada mas tiene que el mero uso; y de estar obligado á volverlos en su estimacion, léjos de experimentar utilidad, se le causaba perjuicio, carga y gravámen de 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, ántes bien se baja la tercera ó cuarta parte, ó la mitad, segun su calidad, hechura y estado. Y así me adhiero á esta segunda opinion que he visto practicar siempre².

18. Pero si los referidos bienes muebles perecen y se consumen enteramente aunque sea sin dolo ni culpa del usufrutuario, debe restituir el valor que tenian al tiempo que constituyó la fianza y recibió su usufruto, porque ha de usarlos y disfrutarlos, 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 ménos tuvo negligencia culpable en dejarlos perecer, y no los usó á arbitrio de buen varon: por lo que conviene que ántes que se le entreguen, se estimen por lo justo en venta con su intervencion³. 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 usufrutuario á dar la fianza expresada, si es tan pobre, que por solo serlo no tiene 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 lega, llana y abonada á arbitrio de juez, ó en el propietario de quien perciba el usufruto, y por cuya recta administracion no perezca ni se deteriore la propiedad⁴; y esto es lo mas seguro.

20. Aunque siendo constituido el usufruto en última voluntad,

1 Ayor. *De partit.* part. 2. q. 24. n. 74. Parlad. diff. 29. n. 23. Fachineo lib. 8. *Contron.* cap. 41.

2 Castill. *De usufruct.* cap. 17. desde el n. 24. y cap. 51. Cancr. part. 3. *Var.* cap. 20. desde el n. 211. Ayor. part. 2. y varios otros.

3 Parlad. ibi n. 24.

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

no puede el testador remitir la fianza, ni relevar al usufrutuario de darla, porque está prohibido por las razones expuestas en el párrafo 9; pero si se constituye por contrato en sanidad, dicen los autores¹ que se puede remitir: yo dudo de la certidumbre de su opinion, porque la ley² 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 usufruto de sus bienes, y manda á uno de sus herederos que afiance al usufrutuario, si extinguido el usufruto 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 testador³. Y lo mismo que queda expuesto en cuanto al legatario de usufruto, se debe observar en otros casos por la razon mencionada; pues de lo contrario con facilidad podia el testador eludir y defraudar por este medio las leyes que le prohiben remitirle la fianza⁴.

22. No necesita el usufrutuario 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 usufrutuario, porque siempre es idóneo para pagar y volver los bienes al propietario: el tercero, cuando el padre tiene el usufruto 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 porque seria inicuo, como dice Heineccio⁵, que el hijo tuviese tan poca confianza de su padre;* y el cuarto, cuando el usufruto no ha de volver al propietario ó verdadero heredero del testador.

23. El testador puede dejar á uno solo ó á muchos el usufruto de sus bienes, y todos lo gozarán con igualdad ó segun la parte que señale, porque es divisible y puede competirles parcialmente (a), 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 ántes esté nombrado, y deberá gozarlo primero que el segundo, y así los demas por su orden⁶; y si al-

1 Menoch. *De successioem creat.* lib. 1. § 7. n. 34. Gom. ibi vers. *Et adde quod praedicta satisfatio* Castill. *De usufruct.* cap. 15. Guerreir. *De inventar.* lib. 4. cap. 9. ns. 16 y 17.

2 L. 4. Cod. *De usufruct.* ibi: „*Nec interest, sive ex testamento, sive ex voluntario contractu usufructus constitutus est.*”

3 Jason in leg. *Quod dictum.* ff. *De pact.* n. 10. Fabian *De emptio. et vendition.* part. 3. al princ. n. 63.

4 Roman. singular. 798. Segur. in leg. *Si ex legati causa* n. 73. ff. *De verbor. obligation.* Parlad. dicha differ. 29. n. 21.

5 Recitaciones, § 408 al fin.

[a] Entiéndase esto en cuanto á la comodidad del usufruto, no del mismo derecho de percibir los frutos en que este consiste, pues como cosa incorporal es indivisible. Recuérdese lo dicho en el tit. 1. cap. 3. n. 12. de este libro.—E.

6 Gom. dicho cap. 15. n. 41. et ibi Ayllon.

guno de estos fallece ántes 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 también simplemente ó sin condición á un sujeto la propiedad de una finca y á otro el usufruto, en cuyo caso llevará el propietario no solo la propiedad íntegra, sino la mitad del usufruto, y el usufrutuario la otra mitad de este; de modo que ambos acudirán igualmente á su percibo, no mandando el testador lo contrario. Y la razón es porque la finca consiste en la propiedad y el usufruto juntamente; y como por el hecho de legar al uno la finca, es visto legarle no solo la propiedad sino el usufruto, que es el todo íntegral, y legando este solamente al otro parece que le lega también la finca que legó á aquel, por eso como conjuntos en la misma cosa (que es el usufruto), concurren y son admitidos igualmente á su percepción y disfrute¹.

25. Pero no sucederá esto cuando genérica y universalmente lega á uno ciertos bienes, v. gr. *siervos, caballos &c.*, ó le instituye por heredero usufrutuario de todos sus bienes, y despues lega á otro alguna cosa de las de aquella especie, ú otra determinada en propiedad y usufruto; 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 fuado íntegro al primero, y despues la tercera, cuarta, quinta ó sexta parte de la propia finca al segundo²; ni tampoco cuando lega á uno el usufruto 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 diverso³.

26. Si el testador lega el usufruto de un fundo ó una finca al usufrutuario, es visto legarle no solo el goce de sus frutos ó su usufruto, sino también el de los instrumentos y aperos necesarios que tenía diputados para labrarla, v. gr. mulas ó bueyes, arados, &c: y lo propio milita si tenía trigo separado y destinado para sembrar en ella, pues todo se entiende comprendido en el legado de usufruto bajo la obligación de responder de cada cosa, y otorgar la correspondiente fianza⁴ (*).

27. Dejando el testador por herederos de todos sus bienes á sus

1 Gom. dicho cap. 15. n. 5. Castill. *De usufruct.* cap. 47. n. 1. al 4.

2 Cancr. part. 3. *Var.* cap. 20. ex n. 14.

3 Mantic. *De conject.* lib. 9. tit. 6. n. 23. Menoch. lib. 4. *praesumpt.* 140. n. 36. Castill.

De usufruct. dicho cap. 47. n. 13 al 16.

4 Greg. Lop. en la ley 20. tit. 31. part. 3. gl. 8. Menoch. cons. 140. n. 21 al 23.

(*) El reformador de Febrero tiene por improbable este caso, y el adicionador tratando de justificar al autor se explica en tér-

hijos, y por usufrutuaria de ellos á su muger ó á otro extraño, valdrá el legado del usufruto 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 le debe imponer gravámen en su legitima, ni perjudicar en la propiedad y usufruto de esta¹, la cual no se comprende en aquel, á ménos que conste de la voluntad del testador: y lo mismo procede en cuanto al tercio para con los ascendientes legítimos².

28. Y aunque Ayora³ y otros dicen que el legado de usufruto de todos los bienes valdrá en el caso propuesto, con tal que su valor ó estimacion no exceda del quinto de la hacienda del testador, se fundan en que puede dar su importe al legatario en dinero ó en los mismos bienes, y á los herederos de su legitima en propiedad y usufruto, haciendo la regulacion y computacion por la vida del usufrutuario, segun la forma por derecho prescrita en casos semejantes; porque lo útil no se vicia por lo inútil⁴, 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 usufruto de las otras cuatro partes, de tal suerte, que si el hijo quiere adquirir la propiedad del quinto, debe consentir el legado del usufruto de todos los bienes en cuanto no exceda de aquel su importe, ó contentarse con su legitima en propiedad y usufruto; 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 opinionion mas comun y conforme á nuestro derecho⁵.

29. Cuando el testador deja á alguno el usufruto 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 así tocan al legatario ó usufrutuario como tal, y los debe llevar otorgando la respectiva fianza; y si las tierras están 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

minos ininteligibles. Ciertamente el caso es raro, y el que quiera enterarse de las razones en que se funda dicha doctrina, puede leer á Gregorio Lopez en la ley 20. tit. 31. part. 3. gl. 8.

1 Gom. lib. 1. *Var.* cap. 11. n. 26. vers. *Sed his non obstantibus.*

2 Morquech. *De divis.* lib. 4. cap. 11. n. 44

al 56. Gutier. lib. 5. *Pract.* q. 18. n. 4 al 12.

3 *De partit.* q. 21. n. 70. hasta el 75.

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

5 Castill. *De usufruct.* cap. 45. ns. 14 y 15.

Gutier. dicho lib. 5. y q. 18. ex n. 13.

Morquech. *De divis. honor.* lib. 4. cap. 11.

desde el n. 44.

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 absolutamente¹, y el derecho no concede usufruto de usufruto, ni servidumbre de servidumbre. Lo cual se entiende no mandando el testador lo contrario, ó no disponiendo de ellos en otra forma, pues entónces se debe observar su voluntad².

31. Si el marido dejó á su muger por usufrutuaria 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 usufruto, 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 produjo³.

32. Dejando simplemente el testador á su muger ó á otro el usufruto de todos sus bienes muebles, se duda si se comprenden los venales ó mercaderías destinadas para vender. Unos⁴ dicen que no, y que así no llevará el usufruto de ellos porque no es visto estar comprendidos en el legado general; otros⁵ convienen en lo mismo, excepto que todos los bienes del testador sean venales, pues en este caso se comprenden en el usufruto, y así lo llevará de ellos el usufrutuário.

33. Y otros conciliando las opiniones afirman que si el testador dice que deja ó lega el usufruto 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 usufruto⁶. Bien que aunque omita la palabra *todos*, y diga solamente: *Lego el usufruto de mis bienes, ó lego mis bienes*

1 Gom. en la 40 de Toro n. 74. vers. Quint. *facit.*

2 Castill. *De usufruct.* cap. 42.

3 Ayor. part. 2. q. 22. n. 76.

4 Parlad. differ. 29. dicha, n. 20. Ayor. part. 2. q. 13. n. 78.

5 Alex. en la ley *Generalis*. inserta § 1. Jason en la 1. Cod. *De verbor. signific.*

6 Menoch. lib. 4. *præsumpt.* 137. n. 6. Covar. lib. 2. *Var.* cap. 5. Decio en la ley 1. n. 18. ff. *De regul. jur.* Guerreir. *De decis.* lib. 5. cap. 3. n. 73.

muebles, concibe que deben entenderse todos sin excepcion, ó todos los de la clase que especifica, porque la palabra ó proposicion indefinida equivale á la universal¹, y en el legado de usufruto se comprenden muchas cosas.

34. Al modo que en cuanto á la propiedad y pleno dominio ha lugar el derecho de acrecer, del mismo modo en el usufruto, con la diferencia y ampliacion de que aunque en la propiedad no lo tiene entre los conjuntos con conjuncion legal, en el usufruto 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 ha lugar á la propiedad ni usufruto.

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 usufruto es al contrario; por lo que si el testador deja á dos ó mas por usufrutuários, aceptan todos sus partes, y despues de aceptadas repudia uno de ellos la suya, ó 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 usufruto²; porque en la propiedad, una vez adquirida, está perfecta y consumada la adquisicion; pero el usufruto no se adquiere plena y perfectamente, porque tiene causa y tracto sucesivo, 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 consolidacion³.

36. Si marido y muger hicieren donacion á alguno de todos sus bienes, reservándose su usufruto, y muriese uno de los donantes ántes que el donatario, ¿tocará ó no al que sobrevive todo el usufruto 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 usufruto de los que le pertenecian⁴; pero si la hubiese dejado, se observará su voluntad.

1 Covar. Pinel. y Menoch. ubi supr. Castill. *De usufruct.* caps. 36, 37 y 38.

2 Gom. lib. 1. *Var.* cap. 10. n. 40.

3 Castill. *De usufruct.* cap. 48 Gom. dicho cap. 10. n. 42. et ibi Ayllon.

4 Parlad. differ. 29. dicha n. 19.