monio que una muger luxuriosa; aunque es cierto que puede ser privado de la legítima administracion que tiene en los bienes de los hijos (*n.* 33.).

34 Y últimamente no pueden contraer el tutor y curador con su pupilo y adulto, sino que lo hacen á las claras y con buena fe: el Juez en su territorio con sus súbditos: el Abogado con su litigante durante el pleyto; ni el médico con el enfermo miéntras durase la enfermedad (*dic. n. vers. Quintò y sígg. ley* 4. *tit.* 5. *part.* 5. *y ley* 23. *tit.* 11. *lib.* 5. *de la Recop.*).

CAPITULO XV.

De las servidumbres.

1 La servidumbre se divide en *mere personal. en mere real y en mixta.* La mere personal es *aquella que se debe á la persona por la persona*, como quando concede á otro por contrato ó última voluntad el señor de algun siervo cierta obra ó cierto ministerio, en que este se ha de ocupar (*n.* 1.) La servidumbre mere real es *la que se debe á la cosa por la cosa*, ya sea urbana, ya rústica (*n.* 19. *al fin.*). Y la mixta es *aquella que se debe por la cosa á la persona*, v. gr. el usufructo, el uso, y la habitacion. El usufructo se divide en *legal y en convencional*: el primero es *el que proviene de la disposicion de la ley*, como el que tiene el padre en los bienes del hijo; y el segundo *el que dimana de la disposicion del hombre por contrato ó última voluntad* (*dic. n.* 1.). Tambien se divide el usufructo en *causal y formal*: el causal es el *que tiene qualquiera dueño en sus cosas no distinto ni separado de la propiedad*; aunque no se dice servidumbre, por no verificarse esta en cosa propia, y sí se llama cierta utilidad que proviene y se causa por la misma cosa, y su dominio (*n.* 2.); y el usufructo formal, que por ser distinto y separado de la propiedad, se dice servidumbre personal ó mixta y pertenece á la presente materia, *es un derecho de usar y disfrutar la cosa agena sin deteriorarla* (*n.* 3.).

2 El usufructo puede constituirse en cosas inmuebles y en muebles que no se consumen con el uso, en cuyo caso el usufructuario ha de dar fianzas de que disfrutará la cosa sin deteriorarla como un cuidadoso padre de familia, y de que la restituirá finalizado el usufructo; y aunque en el de los animales ademas de la leche y lana se comprehenden susfectos, no se contienen en el de la esclava sus partos, pues habiéndose destinado todas las cosas terrestres y los fructos para el hombre, es repugnante que este se comprehenda en aquellos. Asimismo se puede constituir el usufructo en las cosas que se consumen con el uso, y sin embargo de que en estas no lo hay propiamente por ser forzoso enagenar su propiedad, con todo al tiempo de constituirse se tasa la estimacion de las cosas de que consta, y se presta caucion de restituirla concluido el usufructo (*dic. n. vers. & talis usufructus. Leyes* 21. *y* 24 *tit.* 31 *Part.* 3.) (*a*).

3 La dicha caucion puede remitirse quando el usufructo se constituye por contrato entre vivos, mas no si se constituye por última voluntad: y si el tal usufructuario es forastero ó tan pobre que no pue-

(*a*) Si las cosas que se consumen con el uso fuéron estimadas, se ha de prestar la caucion de restituir la misma estimacion, y si no se estimáron, se halla obligado el usufructuario á darla de que restituirá otras cosas del mismo género y de la misma bondad (*n.* 4. *vers. Hæc autem cautio.*).

puede prestarla con fiadores, bastará la caucion juratoria, á no ser persona sospechosa, porque entónces se depositará la cosa en algun tercero para que por medio de este perciba aquel los frutos, quedando segura la propiedad. (*dic. n. vers. & adde quod*).

4 Por ser meredividuo el usufructo puede concederse á muchos, y todos concurrirán en él igualmente ó por las partes que se le asignen: pudiéndolo dividir entre sí los usufructuarios por ciertas partes, ó locarlo á algun tercero para que despues se divida el precio, ó á alguno de los socios con obligacion de dar á los demas la parte del precio correspondiente: siendo de notar que si á muchos se lega el usufrructo por años alternativamente, le corresponde el primer año al que fué nombrado primeramente (*n.* 4).

5 Dexando el testador á uno simplemente un fundo y á otro el usufructo de él, al primero pertenecerá toda la propiedad, concurriendo igualmente con el segundo en el usufructo como conjunto en la cosa: porque quando á uno se lega una cosa íntegra y á otro alguna parte substancial suya qual es el usufructo, no puede correr el axîoma ó regla de que al género se deroga por la especie, segun corre legándose á uno generalmente, v. gr. los siervos y á otro alguno de ellos, ó legándose á Pedro una cosa íntegra y á Francisca una parte quotitativa como la tercera ó la quarta. Igualmente si el testador dexa á Pedro todos sus bienes por institucion ú otro qualquiera título, y á Diego el usufructo, ó por el contrario á este el usufructo de todos los bienes y á aquel todos los bienes, pertenece á ambos el usufructo por partes iguales; pero si el testador instituye á uno en todos sus bienes y á otro dexa el usufructo de cierta cosa, se le debe á es-

este *in solidum* aunque la propiedad pertenece al heredero; y al contrario si el testador lega á uno el usufructo de todos sus bienes y á otro dexa una cosa particular, el primero no tiene parte en el usufructo de esta y se debe al segundo plenamente (*n.* 5).

6 El usufructuario se conceptua cierto procurador en la cosa, y por este concepto tiene obligacion de cuidar de ella y atender en un todo á su utilidad, imputándosele de otra suerte el perjuicio que le resulte. En esta atencion el usufructuario debe en nombre del propietario sin otro mandato intentar la accion revindicatoria ú otra competente contra el poseedor ó detentador de la cosa, interrumpir la prescripcion y denunciar la nueva obra que se haga en la cosa (*n.* 6.) (*a*).

7 Si el usufructo se constituye en animales, todas las cabezas principales han de quedar siempre salvas, y así muriendo alguna se ha de suplir de sus partos; bien que esto acontece solamente en el usufructo de una manada ó rebaño de ganado, no en el que se concede de cada una de las cabezas, en cuyo caso no hay obligacion de suplir las que mueran: y además de lo expuesto se halla obligado el usufructuario á las cortas expensas y gastos de la cosa que consistan en su reparacion, y sean respectivas á alguna utilidad temporal y percepcion de los frutos, porque las expensas considerables que miran á la utilidad perpetua de la cosa, pertenecen al propietario. De aquí es que revindicando ó defendiendo en juicio el usufructuario la cosa que dis-

(*a*) Por la *ley* 4. *tit.* 31. *part.* 3. puede el usufructuario en su propio nombre denunciar la nueva obra, del mismo modo que puede parecer en juicio por lo respectivo al usufructo *n.* 7.).

disfruta, no tiene obligacion de satisfacer los gastos necesarios, y si los satisfaciese podrá recobrarlos del propietario, aunque esto no tiene lugar en el padre á quien corresponde el usufructo de los bienes del hijo, como ni en otro qualquiera que lo tenga por disposicion de ley, pues se halla obligado á los gastos del litigio (*n.* 7.).

8 Quando se constituye el usufructo por contrato entre vivos, no puede ser reconvenido el usufructuario por las deudas que hubiese contraido anteriormente el propietario, mediante á que la obligacion personal no sigue al particular sucesor de la cosa, y por tanto se ha de reconvenir al mismo propietario ó á su heredero, vendiéndose, en caso de no tener para pagar, la cosa que se usufructua: si se hallaba hipotecada al acreedor, con respecto á la propiedad y usufructo, y si no se hallaba, con respecto solo á la propiedad, á no ser que se pruebe fraude en el deudor enagenante; pero si el usufructo se dexa por última voluntad, esté ó no hipotecada la cosa, puede ser reconvenido el usufructuario, porque únicamente valen los legados en lo que reste deducidas las deudas (*n.* 8.). (*a*).

9 Así como la propiedad puede confiscarse, y en

(*a*) Aunque el testador legue el usufructo de todos los bienes muebles é inmuebles, ó de alguna parte de ellos, se juzga este usufructuario legatario de cosa particular, y no se halla obligado á satisfacer deudas del testador, procediendo lo mismo en el usufructuario de la tercera ó quarta parte de los bienes, por llamarse tales solamente los que quedan satisfechas las deudas contra el caudal; pero el usufructuario de la tercera ó quarta parte de la herencia debe satisfacer las deudas con respecto á su parte: no debiendo ser reconvenido por los acreedores el usufructuario de todos los bienes, sino el heredero, quien les satisfará con las cosas hereditarias, y así en ellas se disminuirá el usufructo (*n.* 9.).

en ella se puede hacer execucion por qualquiera deuda, así tambien el propietario puede venderla sin el consentimiento del usufructuario, exceptuándose los casos en que el padre tiene el usufructo de los bienes del hijo: ya porque aquel es legítimo administrador de este, y del mismo modo que el menor no puede enagenar sin consentimiento del curador, tampoco el hijo sin licencia del padre; y ya porque este en virtud de la patria potestad tiene un plenísimo derecho para gozar de los bienes del hijo en tales términos que no tiene que dar cuentas, ni sus bienes se hallan obligados tácitamente al hijo (*n.* 9.): y de tal suerte es verdadero lo expuesto que no puede el tal hijo sin licencia del padre enagenar su propiedad ni aun con juramento, por hallarse prohibida la enagenacion en favor de este, sin que pueda estar pendiente y convalecer despues de su fallecimiento (*n.* 10.).

10 El hijo de familia constituido en la patria potestad puede á excepcion del mútuo obligarse eficazmente por qualquiera contrato ó quasi contrato, y debe pagar, teniéndolos, de los bienes castrenses, quasi castrenses y adventicios, cuyo usufructo no pertenezca al padre, en los quales se puede hacer execucion por reputarse en ellos padre de familia; pero esto no puede correr en los bienes profecticios, en atencion á ser del padre con pleno derecho, como ni tampoco en la propiedad de los bienes, en que el padre tiene el usufructo, porque prohibida su enagenacion se conceptua tambien prohibido todo acto por el que se procede á ella: pudiendo ponerse preso por deuda al hijo sino tiene bienes, como si fuese padre de familia (*n.* 11. *véase la ley* 22. *tit.* 11. *lib.* 5. *de la Recop.*).

11 Además de lo referido si el hijo de familia comete algun delito por el que se le confiscan los bie-

bienes, no se comprehende en la confiscacion la propiedad de los bienes adventicios en que el padre tiene el usufructo, para que ni aun en este caso se le infiera perjuicio y pueda ser inquietado por un propietario extraño (*n.* 12), mas si se contiene en la confiscacion el peculio castrense ó quasi castrense, por tener el hijo en él un pleno dominio y una absoluta administracion (*n.* 13.). (*a*).

12 Tampoco se confisca por el delito del hijo el peculio profecticio, por pertenecer en un todo al padre y tener aquel solo la administracion, sin embargo de que esta sea libre y absoluta, pues nunca se juzga concedida la facultad de enagenar: y aun lo que es mas, si el padre incurre en algun crímen, por el que merece confiscacion de bienes, no se ha de confiscar el tal peculio, bien por el delito se pierda la patria potestad, bien suceda lo contrario: cuya opinion se funda en la esperanza con que se halla el hijo de suceder al padre, y en la prevencion que este hizo entregándole el peculio (*n.* 14.).

13 Si el usufructuario enagena por título oneroso ó lucrativo el usufructo, lo pierde inmediatamente y se consolida con la propiedad, segun se halla dispuesto en odio del enagenante, por ser el usufructo un derecho tan personal ó coherente á la persona, que no puede transferirse á otra, mayormente quando siendo anciano el usufructuario podria enagenar á un infante, cuya muerte se miraria para el fin del usufructo en notable perjuicio del propietario; bien es verdad que si el usufructuario hace la enagenacion con la voluntad del propietario, es válida sin duda, y se juzga constituido un nuevo usufructo en la

(*a*) Es mas probable que estos peculios no se confiscan por el crímen del hijo, y que se aplican al padre para su consuelo, aun quedándole otro hijo (*n.* 14.).

la persona que adquiere, atendiéndose la muerte de este y no la del enagenante; pero aunque no puede enagenar el usufructo, sí la comodidad y percepcion de los frutos por el tiempo de su vida, en cuyo acontecimiento el mismo derecho del usufructo formal continua en el usufructuario, y por tanto espirará el usufructo con su muerte, y no con la del cesionario ó adquirente, el qual no se juzga procurador en la cosa, mediante á no tener el derecho del usufructo, ni se halla obligado á prestar caucion de usar de ella como un buen padre de familia, y últimamente no podrá intentar la accion confesoria ni algun remedio posesorio contra el que lo turbe ó despoje, á causa de no transferírsele posesion alguna. (*n.* 15. *leyes* 24. *y* 25. *tit.* 31. *part.* 3.) (*a*). Y con arreglo á la doctrina expuesta si el padre que tiene algun usufructo en los bienes del hijo, ú otro qualquiera usufructuario comete delito por el que se incurra en confiscacion, se confiscará el usufructo por el tiempo que viva el reo condenado con respecto á la comodidad y percepcion de los frutos. (*n.* 16.).

Acá-

(*a*) El Señor Castillo (*in tractat. de usufruct. cap.* 69) defiende que el derecho del usufructo puede enagenarse, y que en el caso de que se enagene no se entiende constituido un nuevo usufructo, mediante á que tan solo se enagena el mismo derecho que competia al usufructuario y se limita por la vida de este; pero asegura que el usufructuario no puede ceder el usufructo á persona extraña, aunque sí concederlo por otro título, porque la cesion es una renuncia total que no puede verificarse en nuestro caso, á causa de ser el usufructo una servidumbre coherente á la persona; bien que si la cesion interviniese de hecho seria inútil, y por ella no incurriria el usufructuario en la pena de perder el usufructo (*n.* 16. *vers. Sed contrariam.*).