

17. T cómo ha de usar los muebles y raíces?
18. al 21. Al usufructuario ¿qué frutos le pertenecen, ó no? y qué obligación tiene?
22. ¿Cómo ha de constituir la fianza de los bienes que se consumen con el uso?
23. 24. 25. ¿T cómo la de los que se deterioran con el mismo uso?
26. Siendo pobre el usufructuario, ¿si estará, ó no obligado à afianzar?
27. Constituyendose el usufructo, en contrato, ¿si se podrá remitir la fianza, ó no?
28. Legando el testador à alguno el usufructo de sus bienes: mandando à uno de sus herederos que afiance al usufructuario: y extinguido el usufructo, pagando algo por éste el fiador, ¿si tendrá, ó no repetición por ello contra los coherederos?
29. ¿En qué casos no necesita el usufructuario dar la fianza?
30. Testador si podrá, ó no legar à uno, ó à muchos, ó alternativamente el usufructo?
31. Legando el testador simplemente à uno la propiedad de un fundo, y à otro su usufructo, ¿cómo dividirán éste?
32. ¿T cómo, si instituye à uno por usufructuario de todos sus bienes, y despues lega à otro la propiedad, y usufructo de alguna cosa de aquella especie?
33. Legando el testador al usufructuario el usufructo de un fundo, ¿qué es visto legarle?
34. 35. Instituyendo el testador à sus hijos por herederos, y à su muger, ó à otro extraño por usufructuario, ¿en qué cantidad tendrá cabimiento el usufructo?
36. 37. En el legado de usufructo de todos los bienes, ¿qué frutos se comprenden?
38. Si el testador dexó à su muger por usufructuaria de todos sus bienes, y entre éstos alguna porción de dinero, que sus herederos emplearon en tráfico, y rindió utilidades ¿qué llevará la muger?
39. 40. Legando el testador à su muger, ó à otro el usufructo de todos sus bienes muebles, ¿si en ellos se comprenderán, ó no los venales?
41. 42. Derecho de acrecer si habrá lugar en el usufructo?
43. Si lo habrá, ó no quando marido, y muger donan à alguno todos sus bienes, reservandose el usufructo, y muere uno de los donantes?
44. ¿Por qué causas se extinguen el usufructo, y uso?

§. III.

45. al 47. ¿Qué frutos y pensiones pertenecen al usufructuario, y al propietario?

- pertenecen al usufructuario, y al propietario?
48. Si el testador instituye à uno por usufructuario de todos sus bienes, y à otro por legatario en propiedad, y usufructo de un predio, qué llevarán ambos?
49. Entre el Señor, y herederos del usufructuario, ¿qué pensiones se han de prorratear?
50. 51. Instituyendo el testador à uno por usufructuario de todos sus bienes, ¿si deberá, ó no percibir los frutos que la herencia produzca, hasta que el propietario la acepte?
52. 53. ¿Quando se dirán, ó no percibidos por el usufructuario los frutos, para que sus herederos los hagan suyos?

§. I.

DE LAS ESPECIES DE USUFRUCTO, en qué conviene, y se diferencia del uso, y legado annuo, y si el usufructuario debe, ó no pagar las deudas del testador, y cargas de los bienes que usufructúa.

Impertinente, ó fuera de proposito parecerá el tocar en este tratado la materia de usufructo; pero como muchos testadores, que carecen de herederos forzosos, suelen dexar à sus mugeres, ó à otros el del todo, ó parte de sus bienes, y à otros la propiedad, y para que se sepa lo que han de usufructuar, es preciso hacer partición, si el marido, ó la muger son los usufructuarios, ù otro: tengo por conveniente explicar (à fin de tinturar al contador) las obligaciones del usufructuario, cómo se han de dividir los frutos que dexa pendientes, y otras cosas à este asunto concernientes; y en su exposicion digo que las principales especies de servidumbre son tres: una se llama *real*, y es la que un fundo, casa, ù otra cosa urbana, ù rustica debe à otra.

2 Otra se titula *servidumbre personal*, y es la que una persona debe à otra, v. g. el derecho que el Señor tiene en su siervo; (1) bien que ésta no es propiamente servidumbre,

(1) Leyes del tit. ff. de Statu homin. y del tit. De his qui sunt sui, vel alieni juris, y §. 1. y todo el tit. Institut. de Jure personar. Tom. I. Dd 3

bre, ò usufructo *formal*, sino *causal*, que depende de su causa, qual es el dominio, porque no puede verificarse en la cosa en que el hombre tiene plenamente éste; (1) y solamente se le puede dar con propiedad el titulo de *personal*, quando el dueño del siervo concede à alguno su servidumbre, ò trabajo por contrato, ò ultima voluntad.

3 Y la otra se llama *mixta*, porque se debe por la finca à la persona, v. g. el uso, la habitacion, y el usufructo. Este usufructo es de dos maneras, *legal*, y *convencional*: el legal es el que proviene de la disposicion de la ley, v. g. el que tiene el padre en los bienes adventicios de su hijo, mientras existe en su poder, y los conyuges en lo que hubieron uno del otro, y deben reservar quando pasan à otras *nuptias*. Y el convencional es el que se adquiere por contrato, ò ultima voluntad, (2) del qual paso à tratar.

4 El usufructo convencional se divide en *causal*, y *formal*. Se llama *causal* el que tiene el dueño en su misma alhaja, que viene à ser la utilidad, rédito, ò fruto que de ella percibe, el qual es inseparable de la propiedad; por cuya razon, y porque no puede caer, ni verificarse en finca, ò alhaja, en que el hombre tiene pleno dominio, excepto en el caso, y modo propuestos en el num. 2. no se titula con propiedad usufructo. (3) Y asi el *dominio*, y la *propiedad* se diferencian en que el dominio es un derecho quasi siempre conjunto con el usufructo; y la propiedad un derecho separado de él; (4) y quando se consolidan ésta, y el usufructo; se llama *propiedad plena*, (5) ò perfecta.

5 El usufructo formal, y verdadero (que se distingue, y separa de la propiedad) es un derecho de usar, y gozar de las cosas ajenas, dexando salva, è ilesa su propiedad, y

(1) Ley In re communi, ff. de Servit. urban. prædior. ley Uti frui, ff. Si usus fructus petat. y ley Cum in fundo, ff. de Jure dot. Bart. in leg. 1. ff. de Servitut. Jason, y Faber. in §. Æque si agat. Institut. de Action.

(2) Ley 8. al fin, ff. de Pericul. & commod. rei vendit.

(3) Ley Uti frui cit. ley. Si cum argentum 21. §. Si fundum meum, ff. de Exception. rei judic. ley Si unus, §. Item si pactus sum, ff. de Pact. y

ley Usufructu, ff. Solut. matrim. Gom. lib. 2. Var. cap. 15. n. 2.

(4) Ley 4. ff. de Usu fruct. ley Si usufructus, ley 4. y ley Cum in fundo, ff. de Jure dot. y leyes 30. tit. 32. Partid. 3. y 12. tit. 14. Partid. 7.

(5) Ley 2. ff. Quibus modis usufructus amittat. dicha ley Cum in fundo: ley Feminae, Cod. de Secund. nuptiis. y ley Si Titio, ff. de Usufruct. legato. Parlador. lib. 1. Rer. cap. 4. per tot.

sustancia. (1) Es de quatro maneras: *natural*, *industrial*, *legal*, y *convencional*. El natural es el que produce la naturaleza por su propia virtud, sin que el hombre ponga su industria, v. g. los arboles, viñas, olivos, &c. El industrial es el que la necesita para ser producido, v. g. las tierras, que no producen, si no las siembran, y cultivan. El legal, ya sea natural, ò industrial, es el que la ley concede, v. g. al padre el de los bienes adventicios de sus hijos. Y el convencional es el que proviene de la concesion del hombre por contrato, ò ultima voluntad. De lo qual tratan latamente los Autores citados en el cap. 1. de mi primera parte ultimamente adicionada, §. 28. n. 288. y de otras cosas, de que por no ser preciso que el contador las sepa, omito la explicacion.

6 Puede constituirse en las cosas raices: (2) en las muebles que no se consumen, pero se deterioran, ò envejecen con el uso, v. g. trastos de casa, ropas, alhajas de plata, oro, &c. en las que con él se consumen, y reciben la funcion en su mismo genero, v. g. aceyte, vino, trigo, y demás semillas, pues aunque en ellas no se verifica propriamente el usufructo, porque necesaria, y quotidianamente se deben consumir, y de otro modo no puede usarlas el usufructuario, se llama impropriamente usufructo este uso: y en las semovientes, v. g. siervos, bueyes, bacas, ovejas, machos, yeguas, y otros ganados. Pero es de advertir que el tesoro hallado en el fundo que usufructúa el usufructuario, no es fruto, sino aumento del fundo, y asi el propietario, ò el usufructuario que lo halle, llevará la quarta parte, y no mas, haciendo lo que preceptúa la ley 1. tit. 13. lib. 6. Rec. segun en el cap. 5. de este libro n. 58. al fin dexo sentado.

7 Se diferencia el usufructo, y el uso: Lo primero, en que el que tiene el usufructo, gana, y hace suyos todos los frutos, rentas, y aprovechamientos de la cosa que usufructúa, y los puede vender, arrendar, y enagenar, aunque no el derecho de usufructuar, porque es personal, y no transmisivo; pero el que no tiene mas que el uso, puede apro-

(1) Ley 1. ff. de Usufruct.

ff. de Usufruct. & quemadmodum.

(2) Ley Omnium prædiorum 3.

aprovecharse solamente de lo que para su gasto, y el de su casa necesite, mas no para vender, ni dar à otro el exceso que rinda, ni enagenar, ni empeñar la cosa en que se le concedió el uso. Y lo segundo, en que el que tiene el usufructo, debe hacer de los frutos los reparos, labores, y demás cosas necesarias à la conservacion de las alhajas, y bienes que usufructúa, y satisfacer de ellos las pensiones anuales; pero el que tiene solamente el uso, à nada está obligado, à excepcion de que la casa sea tan pequeña, que él solo la disfrute enteramente, y se aproveche de todo producto, pues en este caso à todo lo estará. Y convienen en que así el usufructuario como el usuario deben afianzar; aquel en la forma que se expresará en los numeros desde el 15. al 25. segun sean los bienes que ha de usufructuar: y éste, que usará de la alhaja à buena fé, sin hacer en ella cosa alguna, por la qual se la irroque detrimento, ni se pierda. (1)

8 Tambien se diferencian el usufructo, y el legado annuo: Lo primero en que el usufructo se dexa regularmente al usufructuario por toda su vida; (2) pero el legado annuo se hace solamente por ciertos años. (3) Y lo segundo, en que el usufructuario no hace suyos los frutos que dexa pendientes quando fallece, pues como personal se extingue con su persona, por lo que para que sus herederos los puedan percibir, es indispensable que antes de su muerte estén cogidos, ò separados del suelo; (4) como diré en el §. 3. pero al que tiene legado annuo, tocan, aunque no lo estén; y así muriendo despues de entrado el año puede dexar integros los frutos de éste à su heredero, porque los pendientes, ò maduros aumentan el legado; (5) acerca de lo qual, y de otras especies utiles concernientes à este intento, vease al Señor *Castill. de Usufruct.* cap. 8.

9 Como el usufructo ha de ser de los bienes propios del que lo concede, y se duda si el usufructuario de todos debe, ò no pagar las deudas de éste, y los legados que ha.

(1) Leyes 20. 21. y 22. tit. 31. Partid. 3.

(2) §. Finitur, Institut. de Usufruct.

(3) Ley Cum in annos 11. ff. de Annis legat.

(4) Ley defuncta fructuaria §8. ff. de Usufruct. & quemadmodum.

(5) Ley In singulos 8. & ibi glos. ff. de Annis legat. Parlador. different. 29. n. 3.

haga? Y distinguiendo, digo que si el usufructo fue constituido por contrato entre vivos, no está obligado à satisfacerlas, ni sobre su solucion puede ser reconvenido, porque la accion, y obligacion personales no siguen al particular sucesor, y deudor. (1) Y así en este caso deben ser reconvenidos el propietario, ò sus herederos; y no teniendo con que satisfacerlas, se venderá la alhaja en propiedad, y usufructo, en caso que esté hipotecada à su seguridad; pues no estandolo, se venderá solamente la propiedad, à menos que se pruebe fraude en el deudor que enagena el usufructo, en cuyo caso éste, y aquella se venderán. (2) Sobre lo qual, y para su mayor inteligencia veanse los Autores que se citan. (3)

10 Y si se constituye en última voluntad, está obligado el usufructuario à pagarlas de los bienes de la herencia, ya estén, ò no hipotecados à su satisfaccion, y tambien los legados annuos, y à enterrarle, y hacerle sus exequias, porque el legado de usufructo se entiende unicamente de los bienes propios del que lo dexa, de los cuales es válido, y no de los agenos que existen en su poder, ò à que es responsable: (4) pues no se llaman, ni son bienes del testador, sino el residuo líquido, que deducido lo ageno, sobra, y de esto se entiende usufructuario. (5)

11 Se limita la conclusion sentada en el número inmediato, quando el testador legó solamente à uno el usufructo de cierto fundo, ò de otras cosas determinadas, ò de la mitad, tercera, quarta, ò quinta parte, ò otra quota de sus bienes, pues entonces no se han de pagar de ellos las deudas, sino de los demás de la herencia; y no queriendo satisfacerlas de éstos el heredero propietario lo ha de ha-

(1) Ley Quædam, §. Is autem, ff. de Edendo, ley penult. Cod. de Obligation. & action. y ley Adhuc, §. Si operas, ff. de Usufruct.

(2) Gom. lib. 2. Var. cap. 15. num. 8.

(3) Cras. in §. Legatum, quæst. 35. Sr. Cov. lib. 2. Var. cap. 2. Menoch. lib. 4. præsumpt. 143. Sr. Castill. de Usufruct. cap. 59.

(4) Ley Usufructu bonorum, ff.

Ad leg. Falcid. ley final, §. Sin autem, Cod. de Bonis quæ liberis, ley final, §. Et si præfactam, Cod. de Jure deliberand. y ley final, ff. de Usufructu legat. Gom. ibi. Parlador. lib. 2. Rer. quotid. part. 4. cap. fin. §. 2. num. 8.

(5) Ley Subsignatum. §. Bona, ff. de Verbor. obligation. ley Mulier. bona. ff. de Jure dotium. Gut. lib. 5. Pract. quæst. 3. ex n. 17. al 20.

cer de los suyos propios, como se prueba de la ley final, ff. de Usu, & usufruct. legat. que dice: *Nihil interes utrum bonorum quis an rerum tertiae partis usufructum legaverit. Nam si bonorum usufructus legabitur, etiam res alienum ex bonis deducetur; & quod in actionibus erit, computabitur; at si certarum rerum usufructus legatus erit, non idem observabitur.* Lo qual se entiende, excepto que el testador mande lo contrario, o se infiera de su voluntad, pues en otros terminos no está obligado el legatario al débito hereditario, sino solamente el heredero. (1) De esto tratan latamente *Guerreiro de Inventario, lib. 4. cap. 2. n. 25.* hasta el fin, con veinte y una ampliaciones, y catorce limitaciones, y el Señor *Castill. de Usufruct. cap. 58. y 59.* à quienes y à los que citan, puede ver el Jurista, pues por no ser de la inspeccion del contador lego, omito molestarle con su explicacion.

12 Si el testador dice: *Dexo por heredero universal de mis bienes à mi hermano Pedro, para que los goze, y posea por toda su vida: y para despues de ésta instituyo por heredero de ellos à Francisco mi sobrino, hijo de mi hermano Andrés.* Y sobre sus bienes tiene impuesto censo al quitar, ¿se dificulta à quién pertenece la satisfaccion de sus réditos anuales? Sobre lo qual hay discrimen de pareceres. 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 por fideicomiso. (2) Y otros (à cuyo dictamen me inclino) dicen que no es heredero verdadero sino solamente usufructuario. (3)

13 Y como de ser heredero fiduciario con obligacion de restituir la herencia, o usufructuario, resulta notable diferencia, porque siendo heredero gravado, puede retener la quarta *trebellianica* de lo líquido, deducidas deudas, mas

(1) Ley Pro hereditariis, Cod. de Hereditariis action. ley 1. Cod. de Reb. creditor. y ley Ea, quæ, Cod. Familiae eriscund Ayor. part. 2. quæst. 21. num. 67. Morquech. de Divis. bonor. lib. 4. cap. 11. n. 98. hasta el fin.

(2) Jason in leg. Extraneum, Cod. de Heredib. instituend. Sr. Greg.

no,
Lop en la ley 15. tit. 3. Partid. 6. glos. 1. Sr. Molin. de Primogen. lib. 1. cap. 14. n. 11. Gom. lib. 1. Var. cap. 2. n. 9.

(3) Paul. de Castr. consil. 460. Paul. de Montepio. in leg. Titia, §. Titia cum nubere, ff. de Legat. 2. Sr. Covar. lib. 2. Var. cap. 2. n. 5. Parlad. dicha different. 29. n. 13.

no, siendo usufructuario: (1) se sigue de aqui, que el usufructuario aunque no está obligado à pagar de su usufructo las deudas de la herencia, pues (como dexo expuesto) se han de satisfacer de los bienes de ella; pero si el rédito annuo de la misma comodidad, o frutos que de ellos percibe, porque de su producto líquido, bajadas cargas, es de lo que se le instituyó usufructuario; y lo mismo sucede con el diezmo, arrendamiento de la tierra en que existen los frutos pendientes, tributo, gavela, y otras cargas: aunque hayan sobrevenido al usufructo, (2) como senté al fin del num. 290. cap. 1. de dicha mi primera parte, por ser una cosa el pagar el gravamen annual de los mismos frutos, y otra muy diversa el liberar de él los bienes de la herencia, lo qual es satisfacer las deudas de ésta, à 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; (3) y si no quiere pagar el rédito, y dá lugar à que por él se executen los bienes, puede el propietario redimirlo, y retenerlos para sí despues de pagado. (4)

14 Otorgando testamento de conformidad marido, y muger: instituyendose reciprocamente por usufructuarios, y para despues de sus dias por heredero à otro: si muerto el uno, revoca el superstite, como puede, su testamento, (5) deberá restituir al propietario los frutos que percibió de la herencia del difunto; y la razon es, porque en los contratos en que ha lugar la revocacion, o penitencia, no debe percibir lucro el que se recede: (6) y siendo creible que el difunto se convino en dexar al superstite el usufructo de sus bienes, porque instituyó por heredero al otro, como él: una vez que se arrepintió, y cesó la causa, debe

(1) Los. titul. ff. Ad Senatus consultum Trebellian. y ff. Usufructuarius quemadmodum caveat.

(2) Ley Hactenus, ff. de Usufruct. y ley 22. tit. 31. Partid. 3. verb. E si diezmo, o otro tributo, & ibi glos. 5.

(3) Bar. & DD. in leg. Julianus, §. Hæres, ff. de Legat. 1.

(4) Parlad. different. 29. dicha n. 17. al fin.

(5) Suar. in leg. Quoniam in prioribus, limit. 5. ad leg. Fori. Alcia in leg. Licet, Cod. de Pact. Burg. de Paz. consil. 2.

(6) Ley Si pecuniam, ff. de Condit. causa data ley Senatus, ff. de Donation. caus. mort.