

fructo no ha de volver al propietario, ò verdadero heredero del testador. (1)

30 El testador puede dexar à uno solo, ò à muchos el usufructo de sus bienes, y todos lo gozarán con igualdad, ò segun la parte que les señale, (2) porque es divisible, y puede competirles parcialmente: y así pueden dividirlo entre sí, ò arrendarlo, y partir el producto del arrendamiento. (3) Pero si lo lega à muchos alternativamente por años, será preferido el que antes esté nombrado, y deberá gozarlo primero que el segundo, y así los demás por su orden; (4) y si alguno de estos fallece antes que le toque entrar al goce, no tendrán derecho alguno à él sus herederos, porque no lo adquirió por haber premuerto.

31 Puede legar tambien simplemente, ò sin condicion à un sugeto la propiedad de un fundo, y à otro el usufructo de él; en cuyo caso llevará el propietario no solo la propiedad integra, sino la mitad del usufructo, y el usufructuario la otra mitad de éste: de modo, que ambos concurrirán igualmente à su percibo, no mandando el testador lo contrario. (5) Y la razon es, porque el fundo consiste en la propiedad, y usufructo juntamente: (6) y como por el hecho de legar al uno el fundo, es visto legarle no solo su propiedad, sino el usufructo, que es el todo integral: y legando éste solamente al otro, parece que le lega tambien el fundo que legó à aquel; por eso como conjuntos en la misma cosa, (que es el usufructo) concurren, y son admitidos igualmente à su percepcion, y disfrute. (7)

32 Pero no sucederá esto quando generica, y universalmente lega à uno ciertos bienes, v. g. siervos, caballos,

(1) Ley Antiquitas 14. Cod. de Usufruct.

(2) Ley Si usus ructus legatus, §. fin. ff. de Usufruct. Ley Duos, ff. de Usufruct. legato, y ley 1. y el tit. ff. de Usufruct. acrescend.

(3) Ley 1. §. Si usufructu, ff. Ad leg. Falcid. ley 5. §. 1. ff. de Usufruct. y ley Comuni dividundo, §. Cum de Usufructu, ff. Comuni dividundo.

(4) Ley Quoties, ff. de Usufruct.

& ibi glos. & DD. Gom. dicho cap. 15. num. 4. & ibi Aillon.

(5) Ley Si alii fundum 19. y ley Sempronio ea, quæ 33. ff. de Usu, & usufruct. legat. y leyes Idem Neratius 3. y Si proprietas 9. ff. de Usufruct. acrescend.

(6) Ley Qui usumfructum, ff. de Usufruct.

(7) Gom. dicho cap. 15. num. 5. Sr. Castill. de Usufruct. cap. 47. num. 1. al 4.

ellos, &c. ò le instituye por heredero usufructuario de todos sus bienes, y despues lega à otro alguna cosa de las de aquella especie, ò otra determinada en propiedad, y usufructo: porque este legado especifico deroga el generico en aquella parte, y separa de él la cosa legada. Ni quando lega à uno cierta cosa integral, y luego à otro parte cierta de aquella cosa, v. gr. el fundo íntegro al primero, y despues la tercera, quarta, quinta, ò sexta parte del propio fundo al segundo. (1) Ni tampoco quando lega à uno el usufructo de todos sus bienes, y à otro el de un fundo solamente: pues aquel no concurrirá con éste, porque aunque el genero se deroga por la especie, esto se entiende quando ambos recaen sobre un mismo derecho, mas no, recayendo sobre derecho diverso. (2) Otras varias especies, y casos trae el Señor Castillo en el cap. 47. de Usufructu, à quien, y à los que cita, puede ver el aplicado.

33 Si el testador lega el usufructo de un fundo al usufructuario, es visto legarle no solo el goce de sus frutos; ò su usufructo, sino tambien el de los instrumentos, y aperos necesarios que tenia diputados para labrarlo, v. g. mulas, ò bueyes, arados, &c. Y lo propio milita, si tenia trigo separado, y destinado para sembrar en él, pues todo se entiende comprehendido en el legado del usufructo, baxo la obligacion de responder de cada cosa, y otorgar la correspondiente fianza. (3)

34 Dexando el testador por herederos de todos sus bienes à sus hijos, y por usufructuaria de ellos à su muger, ò à 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 por-

(1) Ley Uxorem 41. §. Codicillis, y §. Felicissimo, ff. de Legat. 3. Ley In toto jure 80. ff. de Reg. jur. y Regul. Generi per speciem, de Reg. jur. in 6. Bald. in leg. Quotiens al fin, Cod Famil. exerciscund. Angel. in §. Usufruct. Instit. de Usu ruct. col. 1. Cancr. part. 3. Var. cap. 20. ex n. 14. Gom. dicho cap. 15. n. 5.

(2) Ley Quæsitum 12. §. fin. ff. de Instruct. vel instrument. legat.

Tom. I.

Rolando. consil. 8. n. 37. Mantio. de Conjectur. lib. 9. tit. 6. n. 23. Menoch. lib. 4. præsump. 140. n. 36. Sr. Cas ill. de Usu ruct. dicho cap. 47. ex n. 13. al 16.

(3) Sr. Greg. Lop. en la ley 20. tit. 34. Partid. 3. glos. 8. Bald. in leg. Item si fund 9. §. Seminarii autem, ff. de Usufruct. & quemadmodum. Menoch. consil. 140. num. 21. al 23.

Ec 3

que quiera que su muger goce de él íntegramente, no se les debe imponer gravamen en su legítima, ni perjudicar en la propiedad, ni usufructo de ésta, (1) la qual no se comprende en aquel, à menos que conste de la voluntad del testador. Y lo mismo procede en quanto al tercio para con los ascendientes legítimos. (2)

35 Y aunque *Ayora de Partition. part. 2. quest. 21. n. 70 al 75.* y otros dicen que el legado del usufructo de todos los bienes valdrá en el caso propuesto, con tal que su valor, ò estimacion no exceda del quinto de la hacienda del testador: y se fundan en que se puede dar su importe al legatario en dinero, ò en los mismos bienes, y à los herederos su legítima en propiedad, y usufructo, haciendo la regulacion, y computacion por la vida del usufructuario, segun la forma por derecho (3) prescripta en casos semejantes, porque lo util no se vicia por lo inutil; (4) y siempre es visto que el testador elige los medios, por los que valga el acto, y no se frustre su voluntad. (5) Esto se entiende, quando 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 quatro 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 quanto no exceda de aquel su importe, ò contentarse con su legítima en propiedad, y usufructo; pero en caso de duda, y no constando qual fue la voluntad del testador, se ha de seguir lo resuelto en el numero inmediato, como opinion mas comun, y conforme à nuestro derecho. (6) De cuyo caso, y de otros trata mas largamente *Morquech. de Divis. bonor. lib. 4. cap. 11. ex*

(1) Authent. Novissim. Cod. de Inofficiis. testam. Gom. lib. 1. Var. cap. 11. n. 26. vers. Sed his non obstantibus.

(2) Bart. in leg. Fundi trebetiani, ff. de Usu & usufructu legat. Morquech. de Divis. lib. 4. cap. 11. n. 44. al 55. Gutier. lib. 5. Pract. quest. 18. n. 4. al 12.

(3) Ley Cum Titio 55. y Com-

putationi 68. ff. Ad leg. Falcid. y leyes Non amplius 26. y Potest. 27. ff. de Legat. 1.

(4) Regla Utile per inutile, de Regul. jur. in 6. Ley 3. ff. de Militari. testament.

(6) Sr. Castill. de Usufructo, cap. 45. n. 14. y 15. Gutier. dicho lib. 5. y quest. 18. ex n. 13.

n. 44. à quien podrá ver el contador aplicado, pues por no ser preciso para las particiones, no me dilato mas.

36 Quando el testador lega à alguno el usufructo de todos sus bienes, vienen, y se comprenden en el legado no solo los mismos bienes muebles, y raices, sino los frutos cogidos, y separados del suelo, y las rentas, ò pensiones que de ellos dexó vencidas, porque todos son herencia del difunto, y asi tocan al legatario, ò usufructuario como tal, y los debe llevar, otorgando la respectiva fianza; (1) y si las tierras están sembradas, ò beneficiadas, y no aparecen los frutos, se han de apreciar las labores, y semillas, y de su importe constituirla, pues éstas no son frutos. Lo qual se entiende, ya sean propias del testador, ò ajenas las fincas sembradas; pues siendo arrendadas, deberá pagar el arrendamiento del fruto como hipotecado tacitamente à su responsabilidad.

37 Pero si al tiempo de su muerte están pendientes, y mostrados en los fundos, ò arboles, los debe percibir para sí sin obligacion de afianzar, ni de restituirlos, pues los hace suyos, porque se contemplan una misma cosa con estos, è incremento de ellos à causa de ser inseparables, y no cosa distinta, ni separada, atendido el estado actual de los fundos, y no en otro concepto, ni hablando absolutamente; (2) y el derecho no concede usufructo de usufructo, ni servidumbre de servidumbre. (3) Lo qual se entiende, no mandando el testador lo contrario, ò no disponiendo de ellos en otra forma, pues entonces se debe observar su voluntad; y para la mayor inteligencia vease al Sr. Castill. de Usufruct. c. 42.

38 Si el marido dexó à su muger por usufructuaria de todos sus bienes, y entre éstos cierta porcion de dinero, y sus herederos ignorando lo que habia dispuesto, por estar muy distantes, lo dieron à censo, ò lo emplearon en algun tráfico, negocio, ò compañía; se pregunta, si la muger po-

(1) Leyes Usufructu legato 7. Quamvis 8. Item si fundi 9. y Quotiens 34. §. fin. ff. de Usufruct. & quemadmodum, & ibi Bart. Bald. Angel. y Alberic.

(2) Ley Si pendentes 27. ff. Eod. tit. l. y Fructus pendentes, ff. de Rei-

vindication. ley Nihil 120. §. Fructus ff. de Legat. 1. y §. Is vero. Institut. de Rerum divis. Gom. en la ley 40. de Toro n. 74. vers. Quinto facit.

(3) Ley Nec usus 1. ff. de Usur. fruct. legat. y ley Ut nullo modo 28. Cod. de Usur. n. 2.

podrá pretender por razon del legado de usufructo, y se la deberán entregar todos los réditos, ò utilidades del dinero dado à censo, ò empleado: ò solamente su capital? Y se responde, que no llevará cosa alguna por razon de los réditos, ò utilidades. Y la razon es, porque la herencia del difunto se considera respecto de los bienes que dexa al tiempo de su muerte, y no despues que se aumentó con las utilidades que produjo. (1)

39 Legado simplemente el testador à su muger, ò à otro el usufructo de todos sus bienes muebles, se duda si se comprehenden los venales, ò mercaderías destinadas para vender. Acerca de lo qual hay discordia de pareceres, unos (2) dicen que no, y que asi no llevará el usufructo de ellos, porque no es visto estar comprehendidos en el legado general, y para ello se fundan en el §. 2. de la ley Generali 32. ff. de Usu, & usufruct. legat. cuyo contexto es: *Uxori usumfructum domuum, & omnium rerum, que in his domibus erant, excepto argento, legaverat: item usumfructum fundorum, & salinarum. Quæsitum est, an lanæ cujusque coloris mercis causa paratæ: item purpuræ, que in domibus erant, usufructus ei deberetur? Respondit, excepto argento, & his quæ mercis causa comparata sunt, ceterorum omnium usumfructum legatariam habere.* Otros (3) contextan en lo mismo, excepto que todos los bienes del testador sean venales, pues en este caso se comprehenden en el usufructo, y asi lo llevará de ellos el usufructuario. (4)

40 Y otros conciliando las opiniones, afirman que si el testador dice que dexa, ò lega el usufructo de todos sus bienes, sin limitar, ni exceptuar algunos, se comprehenden todos, aunque sean venales, porque quien todo lo abraza, nada excluye: (5) y que si omite la palabra *todos*, no se comprehenden los venales, por lo que solo de los demás

(1) Ley Uxori usufructu, ff. de Usu, & usufruct. legat. ley Si hæres 3. y ley In ratione legis Falcid. 11. ff. Ad leg. Falcid. Ayor. part. 2. quæst. 22. num. 76.

(2) Parlador. different. 29. dicha 20. Ayor. part. 2. quæst. 13. n. 78.

(3) Alex. en la ley Generali, inserta, §. 1. Jason en la 1. Cod.

de Verbor. significat.

(4) Ley Fundus qui locatus 24. ff. de Instrum. vel instrument. legat. ley Pediculis 32. §. Item cum quæreretur, 4. & ibi glos. & Bart. ff. de Aur. argent. legat.

(5) Ley Juliano 68. y ley Qui habebat 101. ff. de legat. 3. cap. Si Romanorum, dist. 19.

llevará el usufructo. (1) Bien que aunque omita la palabra *todos*, y diga solamente, *lego el usufructo de mis bienes*, ò *lego mis bienes muebles*, concibo que deben entenderse todos sin excepcion, ò todos los de la clase que especifica, porque la palabra, ò proposicion indefinida equivale à la universal, (2) y en el legado de usufructo se comprehenden muchas cosas, como advierte el Sr. Castillo de Usufruct. cap. 36. y 37. à quien en ellos, y en el 38. se podrá ver.

41 Al modo que en quanto à la propiedad, y pleno dominio há lugar el derecho de acrecer, segun expone en el cap. 8. §. 3. lib. 2. de este tratado: del mismo modo en el usufructo; 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 à la persona, la qual 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 en la propiedad, ni usufructo. (3)

42 Sin embargo de que en la propiedad quando uno de los conjuntos percibió su parte, si despues la repudia, no se acrece al otro: en el usufructo es al contrario, pues se acrece; por lo que si el testador dexa à dos, ò mas por usufructuarios: aceptan todos sus partes; y despues de aceptadas, repudia uno de ellos la suya, ò se muere, ò 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 (4) porque en la propiedad una vez adquirida, está perfecta, y consumada la adquisicion; (5)

(1) Ley Quotiens 34. §. ult. ff. de Usufruct. & quemadmodum Pinel. in Rubr. Cod. de Bon. matern. part. 1. n. 38. Menoch. lib. 4. præsumpt. 137. n. 6. Sr. Covar. lib. 2. Var. cap. 5. Decio en la ley 1. n. 18. ff. de Reg. jur. Guerreir. de Divis. lib. 5. cap. 3. num. 73.

(2) Ley Si pluribus 44. ff. de Legat. 2. & ibi glos. Bart. y Bald. y ley Si servitus 23. ff. de Servitut. præ-

dior. urbanor. & ibi glos. Sr. Covar. Pinel. y Menoch. ubi supra.

(3) Ley 1. ff. de Usufruct. accrescend. & ibi glos. & DD.

(4) Dicha ley 1. §. Interdum, y §. Ceterum. Gom. lib. 1. Var. c. 10. num. 40.

(5) Ley Ab emptione 58. ff. de Pact. y ley Traditionibus 20. Cod. eod. tit.

pero en el usufructo no se adquiere plena, y perfectamente, porque tiene causa, y tracto sucesivo, que es al dueño à quien debe pasar, el qual ha de esperar, y tener paciencia hasta que se consolide, (1) 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) Acerca de lo qual vease al Señor *Castillo de Usufruct. cap. 48. per tot.* pues para el contador lego basta lo expuesto.

43 Si marido, y muger hicieren donacion à alguno de todos sus bienes, reservandose su usufructo, y muriese uno de los donantes antes que el donatario, se dificulta, ¿ si tocará, ò no al superstite todo el usufructo de ellos por derecho de acrecer, y lo gozará durante su vida, ò solamente la mitad? Y se resuelve no haber lugar este derecho en el caso propuesto, y que por consiguiente percibirá el donatario íntegramente el de todos los bienes que correspondian al difunto desde su fallecimiento, y el superstite únicamente el de los suyos privativos, porque el difunto nada le dexó de el de los que le tocaban. (3) Pero si se lo dexa, se observará su voluntad.

44 Espiran, y se extinguen el usufructo, y uso por las siguientes causas: La primera, por muerte natural del usufructuario, aunque lo tuviese dado en arrendamiento. La segunda, por muerte civil, que es el destierro perpetuo. La tercera, por mudar su estado, y pasar del de libre al de siervo, ò esclavo, ya sea consintiendo él mismo, ò siendo condenado al de esclavitud por delito cometido. La quarta, por el no uso en diez años entre presentes, y veinte entre ausentes. La quinta, por enagenar el derecho de usufructuar, pues lo pierde, y pasa al propietario, porque como personal es intransmisible, no obstante que pue-

(1) Ley Corruptionem 16. Cod. de Usufruct. ley Omnia 3. al principio. vers. Dare, ff. de Usufruct. & quemadmodum, y ley fin. ff. de Servitut. de adinstituta vel y. 1057

(2) Dicha ley 1. y §. Interdum, ff. de Usufruct. accrescend. Gom. di-

cho cap. ro. n. 41. & ibi Aillon.

(3) Ley Dominus 57. al fin, ff. de Usufruct. & quemadmodum, y ley Idem Neratius 3. ff. de Usufruct. accrescend. Parlador, different. 29. dicha n. 19.

de vender, y arrendar sus frutos. La sexta, quando el usufructuario compra la finca dexada en usufructo, pues entonces se consolida éste con la propiedad, y dexa de serlo. Y la septima, por destruirse la cosa legada por caso fortuito, ò otro motivo, pues aunque el usufructuario quiera reedificarla, no puede sin licencia del propietario. (1)

§. III.

CÓMO SE HAN DE DIVIDIR los frutos que el usufructuario dexa cogidos, ò pendientes, y à quién pertenecen.

45 **D**Exando cogidos el usufructuario al tiempo de morir, los frutos de los bienes raices que usufructuaba, pertenecen todos íntegramente à sus herederos sin la menor disputa, aunque no viva todo el año, y los hace suyos por el titulo, y derecho que tiene à su percibo, y no por razon de natural posesion, y por eso puede transmitirlos à éstos una vez cogidos. Pero si están pendientes, tocan al dueño propietario, à quien pasa consolidado el usufructo con la propiedad, sin embargo de que al tiempo de su fallecimiento se hallen maduros, y próximos à su recoleccion; (2) y lo mismo procede para con los del fideicomiso, pues pasarán al fideicomisario, y no à los herederos del fiduciario, como se prueba de la ley 42 ff. de Usuris, que dice: *Herennius Modestinus respondit fructus, qui post acquisitum ex causa fideicommissi dominium ex terra percipiuntur, ad fideicommissarium pertinere licet major pars anni ante diem fideicommissi cedentem prateriisse dicatur.* Y la razon es, porque los frutos pendientes no se llaman frutos, antes bien se contemplan una misma cosa con

(1) Leyes 24. y 25. tit. 31. Partid. 3. y 3. tit. 8. Partid. 5. ley Si domina, Cod. de Usufruct. ley Reperi, §. fin. y ley Quid tamen 10. ff. Quibus modis usufructus amittat. y §. Finitur, Institut. de Usufruct.

(2) Ley In singulos 8. al fin. ff.

de Annis leg. ley Si fructuarius 13. ff. Quibus modis usufruct. amittat. ley Defuncta fructuaria, ff. de Usufruct. & quemadmodum, y §. Is vero, Institut. de Rerum division. Gom. en la 40. de Toro n. 74. Valasc. de Partit. cap. 30. n. 28. y 29.