

que no fuese preciso sacar copias de los de alguna ó algunas fincas para los interesados en ellas, es justo que todos las paguen.

14. Los derechos de discernimiento de tutela, curaduría, defensoría, asistencia y trabajo del curador de algun heredero menor, loco, fatuo ó desmemoriado, ó del defensor de ausente, no se comprenden en los referidos; pues estos, como peculiares y privativos suyos, los deben satisfacer á mas de los que en el concepto de herederos ó mejorados, si lo fuesen, les tocan; lo cual prevendrá el contador por declaracion al fin de la particion, para que la tasacion se ejecute en los respectivos términos expuestos, pues asi conviene; y en virtud de mandato judicial se practicó en la que de los bienes muy cuantiosos de un Grande (en que habia mejora, dote, menores y gananciales) formalicé en la Corte, no obstante el abuso de igualdad introducido por la ignorancia, y con mi dictamen se practicó en otras particiones, habiéndose aprobado como justo, racional y equitativo, y asi se observa.

CAPITULO OCTAVO.

Del modo de dividir entre un consorte y los herederos del difunto los gananciales adquiridos durante su matrimonio, y mientras esté la herencia proindiviso.

- §. 1. Los gananciales deben dividirse por mitad entre los dos consortes.
- 2, 3 y 4. Modo de dividir entre estos la estimacion, ó el valor de los oficios de regidor, escribano y otros enagenados de la corona que comprehen durante el matrimonio.
5. ¿Como se debe hacer la particion de la finca patrimonial que durante el matrimonio retrae el marido por derecho de sangre, y de la que recupera en virtud del pacto de retroventa?
6. Division de los partos de las siervas dotales de la muger, y de las crias de los animales productivos.
7. ¿Si se han de dividir como gananciales las cosas que los parientes del marido regalan á su muger al tiempo de casarse ó despues; ó los de esta á aquel?
- 8 y 9. ¿Si habrán de dividirse como gananciales los réditos de censo, usufructo, pension, legado anual ó renta vitalicia que la muger lleva en dote al matrimonio?
10. Si la muger hubiere sido partícipe en la negociacion ó arrendamiento que su difunto marido hubiese contraído con alguno, dividirá con los herederos de este la porcion ó parte que le tocaba.
11. Si entre el socio y los herederos del marido difunto y su viuda se renovó tácita ó expresamente la sociedad, debe corresponder á todos los que negociaron, sea util ó perjudicial.
12. Habiendo sido el marido arrendador de alcabalas ú otros derechos Reales, ¿si se comunicarán á su viuda las utilidades ó pérdidas del arrendamiento despues que aquel falleció?
13. ¿Si habiendo sido mercader el marido prosigue su viuda el mismo negocio ó comercio, se le comunicarán las utilidades y pérdidas que haya en dicho giro ó tráfico?
14. ¿Si muerto el marido se entenderá renovada y tácitamente continuada la sociedad conyugal, y por consiguiente se dividirán los gananciales adquiridos durante la proindivision entre la viuda y los herederos de aquel por mitad ó á prorata?
- 15 hasta el 23. Modo de hacer la

division de los gananciales entre hijos de dos ó mas matrimonios, ó entre la muger última y los de la anterior.

24 hasta el 28. Casos en que no se comunican los gananciales á los consortes y observaciones que debe tener presentes el contador en esta materia.

29. ¿Si la muger disuelto el matrimonio podrá repetir y cobrar de los deudores y terceros poseedores, sin cesion del marido ó de sus herederos, la mitad de los gananciales y créditos que la tocan?

30. Probando la muger ó sus herederos que el marido ena-

genó los gananciales con animo de defraudarla, ¿que deberá hacerse?

31 hasta el 33. ¿Si donando el marido ó consumiendo los gananciales en el juego ú otros vicios, tendrá accion la muger contra sus bienes por la mitad de la parte que donó ó dispó?

34. Para la division de gananciales se ha de tener presente la costumbre del pueblo en que se contrajo el matrimonio, con tal que se hallen en el mismo pueblo los bienes que se han de partir; pues de lo contrario se ha de estar á la costumbre de aquel en que se domiciliaren.

1. **D**educidos los bienes que el marido y su muger hubieren puesto por fondo en la sociedad conyugal al tiempo de casarse y despues de casados, como tambien las deudas contraidas durante el matrimonio, en la forma y términos explicados en los capítulos anteriores, resulta como utilidad ó incremento de la misma sociedad todo el residuo, y como ganancial ó multiplicado debe comunicarse en los reinos de Castilla, y dividirse por mitad entre los dos consortes, si viven juntos, segun lo ordena la ley 1.^a, título 4, libro 10. Nov. Rec. que dice: » Toda cosa que el marido y la muger ganaren ó compraren estando de consuno, háyanlo ambos por medio; y si fuere donadío del Rey, y lo diere á ambos, háyanlo marido y muger; y si lo dieren al uno, háyanlo solo aquel á quien lo diere.»

2. En el capítulo 8, título 2, libro 1.^o se trató de los bienes gananciales, reservando para este lugar todo lo relativo á la division de ellos, y ciertas cuestiones que debe tener presentes el contador para el acierto de aquella. Allí se dijo entre otras cosas que es comunicable entre los consortes la estimacion ó valor de los oficios de regidor, escribano y otros enagenados de la Corona que compran durante el matrimonio. A si es que

si la muger fallece con hijos, se vuelve á casar el viudo, muere dejándolos tambien del segundo matrimonio, y existe el oficio al tiempo de su muerte, llevarán los del primero su mitad con su aumento intrinseco, como parte de herencia materna, y partirán con sus medios hermanos la otra mitad, como herederos todos de un mismo padre; lo cual se practica y debe practicar no solo con esta clase de bienes, sino tambien indistintamente con otros cualesquiera comprados ó adquiridos por ambos durante su sociedad, excepto que los interesados se convengan en lo contrario, como siendo mayores de veinticinco años pueden hacerlo. Lo propio milita en el derecho de patronato que adquirió el marido durante el matrimonio por fundacion, dotacion ó construccion de alguna iglesia, pues tambien se comunica á entrambos (1).

3. Supuesto ser comunicable entre los cónyuges la estimacion ó valor de los referidos oficios comprados constante el matrimonio, se duda ¿si habiendo comprado alguno el marido antes de casarse, pero no pagando enteramente su precio; ó si estando gravado con algun censo, se casa, y despues con el dinero dotal de su muger acaba de pagarle, ó redime el censo, tendrá parte la muger en el mismo oficio por la subrogacion de su dinero con que se acabó de pagar ó redimió el gravamen; como tambien si el aumento ó mayor valor que tenga al tiempo de la dissolution del matrimonio será ganancial, y de consiguiente comunicable?

4. Totante á lo primero, aunque es indudable que lo que se compra con el dinero dotal se considera dotal, y lo comprado se subroga en el precio dado por ello, segun ya he dicho (2); sin embargo no sucede asi en el presente caso, porque no se compró durante el matrimonio, como lo exige la ley 49, título 5, Partida 5 (*), sino tan solo se pagó lo que se debia, y por la mera solucion no se trasfiere el dominio á la muger. En orden á lo segundo, el mayor valor que tenga el oficio no será comunicable, y tocará únicamente á su dueño porque no se adquirió con el trabajo ni industria de ambos, ni ellos se le dieron, sino el tiempo, ó tal vez ya le tenia cuando le compró, aunque se le hubiese vendido en menor precio; en cuya atencion se le aplicará por aquel en que se le vendió, asi como si valiere menos;

1 Matienz. ley 5. tit. 9. lib. 5. Rec. glos. 4. num. 5.

2 Véase el cap. 4. §. 9.

* Asi lo dan á entender estas palabras:

» O si fuesen los dineros de la dote de alguna muger, é su marido con voluntad de ella ficiese la compra.»

pues del mismo modo que cuando el aumento ó mejora sobreviene á una cosa del socio por su naturaleza, por el tiempo ó por otra causa accidental, no se comunica á los demas socios, tampoco se debe comunicar este aumento intrínseco á los cónyuges cuando el fundo se hizo de mayor valor por dichos motivos (1). Lo mismo procede y creo que se debe practicar cuando consta que uno de los cónyuges llevó á su matrimonio dinero suficiente para comprar algun oficio ó finca, y el otro ninguno, ni bienes con cuyo producto vendiéndolos se pudiese comprar, ó aunque los llevase resulta existir sin vender, y á poco tiempo de casados compra el oficio ó finca v. gr. por veinte, expresando ser con dicho dinero, y al de la muerte del uno se tasa en sesenta; pues aunque parece que este aumento intrínseco debe agregarse á la sociedad, por haberse comprado el oficio durante ella, tocará solamente al dueño del dinero porque es visto haberse comprado con él y subrogádose en su lugar, y el otro cónyuge, como que ni le tenia para comprarle, ni puso trabajo en su incremento, á nada tendrá derecho, ni tampoco participará de su decremento, si por solo el tiempo le padeciere, excepto que ambos pacten otra cosa (*).

5. En el párrafo 17 del citado capítulo 8, título 2, libro 1.º se dijo que es comunicable entre los dos consortes el precio de la finca patrimonial que durante el matrimonio retrae el marido por derecho de sangre. En orden á la particion, digo que aun cuando el valor de este fundo retraido se inventarie y considere (segun debe hacerse) como aumento del caudal de ambos para saber á quanto ascienden las utilidades de la sociedad, no se ha de dividir entre ellos, sino aplicarse íntegro al marido, como dueño, en parte de pago de su mitad de gananciales, y por su muerte á sus herederos, adjudicando á la muger otra cosa por la mitad que le corresponde de su valor; pues á ninguno se debe despojar del dominio de sus bienes conocidos para adjudicarlos al otro sin que preceda su consentimiento, ó que no se le pueda hacer pago de su haber en otros términos. Asimismo se ha de aplicar al marido la finca que recupera en virtud del pacto de retrovendendo (cuyo precio es tambien comunicable,

1 Matienz. ley 2. tit. 9. lib. 5. Rec. glos. 1. num. 88.

* Podria decirse que habiéndose comprado el oficio durante el matrimonio, debe ser comunicable el aumento de su valor pues todo lo que se adquiriera con el dinero de un consorte corresponde á la sociedad

conyugal, sin atenderse á si el otro cónyuge tenia asimismo dinero, ó á si concurrió con su trabajo á la adquisicion; y dicho aumento viene á ser un fruto sino inmediato, mediato del precio porque se compró. *Febrero reformado.*

segun se dijo en dicho capítulo 8, párrafo 17.) debiendo observar el contador en la adjudicacion, lo expuesto acerca de la retraida por derecho de consanguinidad.

6. Aunque por derecho antiguo no hacia suyos el marido exclusivamente los partos de las siervas dotales de su muger, ni los de los rebaños ó animales productivos, á menos que se hiciera responsable de su deterioro ó pérdida (1), ni se dividian con él, antes bien pertenecian á su muger, ya nacieren durante el matrimonio, ó despues del divorcio (2); no obstante hoy segun nuestras leyes que estan en uso, los partos de las siervas de cualquiera de los consortes son comunicables á entrambos, porque se consideran como frutos (3), y asi como si la esclava se muere, debe resarcirse su precio de los gananciales: asi tambien su parto se debe dividir, porque quien está á la utilidad ó provecho, debe estar tambien al daño, y al contrario. Lo propio milita respecto de los partos ó crias de los animales productivos (4).

7. Acerca del caso en que los parientes del marido regalan á su muger al tiempo de casarse ó despues algunas joyas, vestidos, dinero ú otra cosa, ó por el contrario los de esta á aquel; para saber si estos bienes ó su importe se estimarán por capital del donatario, ó de aquel por cuya contemplacion se dan, ó serán comunicables á entrambos, tendrá presente el contador lo que se dijo en el párrafo 18 del citado capítulo 8, título 2, libro 1, á donde me remito.

8. Hay dos opiniones sobre si los réditos de censo, usufructo, pension, legado anual ó renta vitalicia que la muger lleva en dote al matrimonio, son comunicables al marido, como frutos conyugales, ó está obligado á restituírselos, como bienes dotales, disuelto el matrimonio. La mas corriente es que no lo son: lo primero, porque ya sean constituidos en última voluntad, en cuyo caso son muchos legados anuales, ya en contrato, y entonces es una estipulacion y contrato (*); si el marido los hiciese suyos se consumiría la dote, lo cual resiste el derecho

1 Ley 1. Cod. Solut. matrimon. y 20. tit. 11. Part. 4.

2 Ley Si marito, 32. §. fin. ff. Solut. matrimon.

3 Ley 7. ff. de usufruct. y 5. tit. 4. lib. 10. Nov. Rec. y en ella Matienz. glos. 5. Greg. Lon. en la ley 30. tit. 11. Part. 4.

4 Siendo ya entre nosotros casi desconocida la servidumbre, rara vez ocurrirá el caso de haber de partir el frutoracional

de una sierva, que inhumanamente se consideró en otro tiempo para este y otros efectos civiles como la cria de un animal.

* Esta diferencia de ser muchos los legados y uno solo el contrato en el caso de que se habla, no se funda en sólidas razones, sino en sutilezas del derecho romano, ni sirve para dar claridad sino para confundir; y así entre nosotros no hay para que hacer nunca mención de ella. *Alicq.*

por convenir esten dotadas todas las mugeres para fomento de la sociedad conyugal: lo segundo, porque los frutos que consumen la sustancia de la cosa no pertenecen al marido, y los expresados son de tal naturaleza: lo tercero, porque en el usufructo de todos los bienes se comprenden los frutos é intereses del dinero que se debe, mas no el mismo dinero, y así el marido no podrá usar de dichos réditos y hacerlos suyos sin la obligacion de restituirlos, porque son capital, y consumidos nada queda; y lo cuarto, porque así como llevando la muger en dote no estimada una cantera, pedrera ú otra cosa que no crece ni en que renace por su naturaleza lo que se corta ó saca de ella ni puede haber otro producto (aunque asimismo puede durar algunos años la extraccion), no adquiere el marido las piedras extraídas porque no son frutos, y debe restituir á su muger el importe de ellas, excepto en el caso que expresaré en el capítulo 10, párrafo 14 (1); así tambien si los expresados réditos se consumen, aunque la pension dure muchos años, debe el marido restituirlos como dotales. La opinion contraria es que el marido los hace suyos sin estar obligado á su restitucion, porque se le conceden para ayudar á sostener las cargas matrimoniales, y que por tanto se comunican entre ambos cónyuges como otros cualesquiera frutos ó réditos, sobre lo cual pueden verse los autores que se citan (2).

9. Mas yo distinguiendo digo, que si los réditos, legado ó pension se concedieron á la muger por ciertos y limitados años, ó por los de la vida del donante ó por los del marido solamente, debe este restituirlos, ó lo que perciba de ellos, porque en este caso es como una deuda y obligacion de satisfacer anualmente su importe total, y acabado el tiempo de su concesion, nada queda á la muger en propiedad ni usufructo, así como cuando lleva en dote alguna deuda que ha de pagarse á plazos iguales y ciertos, y lo propio milita en el usufructo por tiempo determinado (3). Pero si la muger tiene derecho á gozarlos toda su vida, nada debe restituirla el marido, porque tal derecho es la propiedad que lleva por dote, y lo que anualmente percibe son frutos, emolumentos y comodidad de aquel derecho insepara-

danse las palabras del legado y del contrato, las cosas sobre que estas recaen, y las circunstancias de las personas y sus fines; y no será menester mas para decidir cualquiera duda que ocurra sobre ellos. *Febrero reformado.*

1 Ley 27. tit. 11. Part. 4. Gutierr. de

tutel. part. 3. cap. 35. num. 2 y 6.

2 García de conyugali acquæstu, num. 172. Gutierr. cap. 352. cit. Spino *Specul. testam.* glos. 13. num. 66.

3 Rodrig. de annuis redditib. lib. 1. quest. 3. num. 15.

ble permanente é inalienable, que viene á ser á semejanza de la propiedad de finca vinculada, de que no puede disponer el poseedor, cuyos frutos son del marido; y aunque este muera, continúa en la muger, y no se constituye de peor condicion que la que tenia antes de casarse, ni queda indotada para volverse á casar. Solamente en el caso y en los términos propuestos en el libro 1, título 2, capítulo 5, párrafo 19, estará obligado á restituir los que justamente se pacten, porque es visto haberlos renunciado á favor de la muger y querido privarse de ellos, lo cual no le está prohibido. Lo mismo digo cuando la muger lleva en dote algun empleo que el marido debe servir, y por muerte de este puede ejercer otro con quien se case, como expresé en el párrafo citado. Y cuando se da á la muger un predio en dote para sustentar con sus frutos las cargas matrimoniales, ó se le promete para este efecto cierta cantidad anual, no debe colacionar los frutos ni esta, porque son alimentos, los cuales no son colacionables como el predio (1), á menos que se pacte lo contrario al tiempo de su donacion ó promesa.

10. Por muerte del marido cesa la sociedad de todos sus bienes, ó de cierta negociacion ó arrendamiento que hubiese contraído con alguno; y si la muger era participe en ella, dividirá la porcion que tocaba al marido con los herederos de este, segun se hace en la convencional cuando uno de los socios admite en ella á otro sin consentimiento de los consocios, pues este no lo es sino solamente del que le admitió; ya porque la sociedad se contrae con el consentimiento, y como no puede ser mi consocio el que no quise que lo fuese, tampoco puede llamarse así el compañero del mio; ya porque la sociedad de muchos se disuelve con la muerte del uno, y el heredero del socio no sucede en ella, y ya porque no puede contraerse sociedad de modo que pase á los herederos (2); y si se contrae no valdrá en cuanto á estos, á menos que la reiteren con su nuevo consentimiento expreso ó tácito (3), ó que sea sociedad de alcabalas ú otras rentas ó derechos públicos, porque esta no espira con la muerte del socio, si al tiempo de contraerla se hizo mencion del heredero, y antes bien pasa á este, excepto que fallezca el socio, cuya industria se eligió, y su heredero, no sea igualmente idóneo para su gobierno y manejo (4).

11. Si entre el socio y herederos del marido difunto y su

1 Gutierr. de tutel. part. 3. cap. 35. num. 7.

2 Ley 1 y 10. tit. 10. Part. 5.

3 Ley 1 y ult. tit. 10. Part. 5.

4 Matienz. ley 2. tit. 9. lib. 5. Rec. glos. 1. num. 18.

viuda se renovó tácita ó expresamente la sociedad, debe corresponder á todos lo que hicieron con el nuevo consentimiento, sea útil ó nocivo; y aunque no se haya contraído nueva sociedad ni intervenido consentimiento, se les ha de comunicar despues de la muerte del socio el lucro percibido de la cosa de la anterior, como el fruto del fondo comun, el alquiler de las caballerías comunes, el de las cosas vendidas &c.; pero si el lucro se adquirió de cosa que no era de la sociedad, como si el socio ó su heredero empleó el precio de las vendidas en alguna negociacion, de la cual percibió algun lucro, no se comunicará este. Y el heredero ó muger del socio difunto tiene obligacion de continuar los negocios de la sociedad que empezaron este y su consocio, mas no de principiar otros nuevos.

12. Si el marido era arrendador de alcabalas, ú otras rentas ó derechos públicos, y al tiempo de su muerte no habia espirado el de ellas, se deben comunicar á su viuda las utilidades y pérdidas que haya en su arrendamiento despues que falleció.

13. Si habiendo sido mercader el marido prosigue su viuda el mismo negocio ó comercio, se presume que su ánimo mas es de continuar la sociedad que de empezar una nueva negociacion; por lo que las utilidades ó pérdidas que haya en su giro y tráfico se le comunicarán, asi como se le comunicarian en vida de su difunto marido.

14. Acerca de la cuestion si muerto el marido se entenderá renovada y tácitamente continuada la sociedad conyugal, y por consiguiente si se dividirán los gananciales adquiridos durante la proindivision entre la viuda y los herederos legitimos por mitad ó á prorata, deberá tener presente el contador lo que se dijo en dicho capítulo 8, título 2, libro 1 desde el párrafo 24 hasta el 32 inclusive.

15. Para hacer la division de los gananciales entre hijos de dos ó mas matrimonios, ó entre la muger última y entre los de la anterior, de qué hablé algo en el capítulo 4.º de este título, desde el párrafo 12 hasta el 17, son precisos dos inventarios, porque realmente son dos liquidaciones y divisiones de diversas herencias, una del primer matrimonio por lo respectivo á la dote de la muger primera si la llevó bienes que mientras duró haya heredado por *testamento* y *abintestato*, ó la hayan donado, arras que su marido la haya ofrecido, gananciales que ambos hubiesen adquirido y legado del quinto ú otro si lo hizo á su marido; y otra del segundo tal vez por iguales derechos. Si hubo mas matrimonios, y existen hijos de todos, mas inventa-

rios y liquidaciones habrá que hacer; y para evitar confusion procuraré explicarlo todo.

16. Constando por los correspondientes inventarios y documentos, ó por probanzas convenio y confesion de los interesados, qué bienes llevaron ó no el marido y sus mugeres á sus matrimonios, y los que heredaron y ganaron durante su respectiva sociedad, ó su importe, y existiendo caudal para cubrir su total; ninguna dificultad hay en hacer la particion, teniendo presentes para la deduccion de la dote y demas haber de la muger segunda los cuatro casos propuestos en los referidos párrafos 14 hasta el 17, porque lo mismo es partir con ella y con los hijos de la primera que con los de ambas; pues aplicando á los de cada una con arreglo á sus disposiciones el respectivo haber materno por dote, gananciales y demas derechos, deducidos previamente los gastos de sus funerales, entierros, misas y legados que hayan hecho, lo que quede perteneciente al padre comun, se debe dividir entre ellos con igualdad, en caso que á ninguno haya mejorado ó hecho legado, ya haya llevado ó no capital suyo á sus matrimonios y adquirido mas gananciales en uno que en otro, ó todos en el uno y ningunos en el otro. La razon es porque como sus hijos estan reintegrados de la parte de sus madres, y hasta que su padre muere, nada se les debe de legitima paterna, ni tampoco la hay, no se debe hacer mérito, ni atender por lo concerniente á esta al matrimonio en que los adquirió, ni á otra cosa sino á que son bienes que su padre dejó, y que todos son sus herederos con igualdad, ó segun su voluntad arreglada á la ley.

17. Pero no debe perder de vista el contador para graduar el haber paterno la obligacion y derecho de reserva, de que traté en el capítulo 24, título 2, libro 2, en caso de que la muger primera haya hecho legado del quinto ó de otra cosa ó cantidad á su marido; pues entonces como por haberse vuelto á casar este perdió su propiedad, y solo le tocó y tuvo el usufructo, debe volver á restituir su importe liquido, y los bienes en que se lo consignó, si existen, á los hijos de ella: á cuyo fin si es legado de cosa específica, ó de cantidad determinada, se separará y se les aplicará, y si es del quinto se deducirán de él los gastos de su funeral, misas, entierro, mandas pias y graciosas, ó su importe; porque este no entró en su poder, y el residuo liquido será para los mismos hijos, y nada para los habidos en la segunda.

18. No procederá esto para con el legado que simplemente

le haya hecho la muger segunda, pues se dividirá entre los hijos de ambos matrimonios, porque por haberse conservado viudo, lo hizo suyo como si de otra parte lo hubiera adquirido, y no incurrió en la pena de reservacion; lo que debe tenerse presente, no solo para el caso de que el muerto haya dejado al sobreviviente algun legado, teniendo hijos, sino para el de que le haya hecho donacion en sanidad, ó haya heredado despues por *testamento* ó *abintestato* á uno ó mas hijos.

19. No constando qué bienes llevaron al matrimonio el marido y su primera muger, pero sí los que quedaron por muerte de esta, todos se reputan gananciales, como queda dicho, y así se deben dividir por mitad entre ambos; y aunque el marido ningunos haya llevado al segundo matrimonio, se ha de aplicar á los hijos del primero la mitad de aquellos (hechas de ella las deducciones referidas), por ser perteneciente á su madre, observándose para no perjudicar á la segunda ni á los suyos en su dote, gananciales y demas derechos lo explicado en el citado capítulo 4 de este título, párrafo 15.

20. Si llevó dote pero no consta qué bienes quedaron cuando falleció, entonces de cualesquiera que á su marido toquen privativamente por razon de capital ó gananciales, ganados en el matrimonio segundo, se satisfará á los hijos de la primera todo lo que en legal forma acreditaren corresponderla por dote, arras y demas derechos; y el resto de ellos, si los hubiere, se dividirá entre todos los hijos de ambos matrimonios, separando primero la dote y demas que á la segunda toque por los suyos.

21. Aunque los hijos del primer matrimonio pretendan gananciales suponiendo haberlos habido en él, no llevarán ninguno si no es que prueben plena y concluyentemente cuales y cuantos son, y que existian al tiempo que murió su madre; porque el que se afianza en la cualidad del tiempo debe probarla como fundamento de su intencion; y sin embargo de que hagan constar que durante dicho matrimonio se compró y adquirió alguna heredad, viña ó otra cosa, no es suficiente esta prueba para que se les abone la mitad de su valor aunque existan, y su padre las lleve al segundo, ni para que se estimen por bienes multiplicados en vida de su madre; porque pudieron haberse comprado con el dinero dotal de esta, ó del capital de aquel, ó haber enagenado algunos suyos de otra especie á dicho fin como sucede muchas veces; por lo que se conceptuarán fondo de la sociedad primera y no gananciales de ella: de suerte que para que en caso de existir, se reputen multiplicados en el primer

matrimonio, es preciso hagan ver claramente que cuando su madre murió habia ademas bienes bastantes para cubrir todo lo que esta y su padre llevaron á su matrimonio, y las deudas contraidas en él (1).

22. No acreditándose suficientemente en que matrimonio de los del padre comun se adquirieron los gananciales, ni los que este lucró mientras estuvo viudo, se dividirán igualmente entre los hijos de ambos si no mejoró alguno; y aunque varios autores (2) dicen que se deben dividir á prorata de lo que duró cada matrimonio, lo cual parece equitativo, no me adhiero á su opinion, porque en el poco tiempo de uno se pudieron haber lucrado muchos, y en el dilatado de otro pocos ó ningunos, ó haberse consumido los adquiridos en el anterior, como se experimenta cada dia, segun los negocios, proporciones, gastos, aplicacion, economia y prosperidad ó adversidad que hubiesen tenido, mayormente cuando el padre pudo haberlos gastado todos, pues hasta que muere ningun hijo tiene derecho á exigir su legitima paterna, ni mas que una probable esperanza de obtenerla, y entonces todos deben ser iguales no habiendo mejora, sin deberse atender al tiempo que duró cada matrimonio, é inferir que adquirió en él los bienes que dejó, sino solamente á cuantos y á que todos son suyos (*). De lo contrario, si v. gr. en el primer matrimonio los habia adquirido todos; nada deberian participar los hijos del segundo, siendo hijos suyos como los otros, y segun la regla del prorateo quedarian privados de su legitima ó perjudicados, lo cual era suponer en el padre la obligacion de reservarlos para los de cada uno, y no poder usar libremente de los que en cada matrimonio ó estando viudo habia adquirido; obligacion que ninguna ley le impone, ni le prohíbe su uso como dueño de todos.

23. Pero si habiéndose casado el marido v. gr. dos veces, no formalizó particion, ni aun descripcion de bienes por muerte de

1 Ayor. de *partit.* part. 3. quest. 13. num. fin.

2 Escobar *comput.* 9. y otros que cita.

* Nada hace al propósito que se acredite ó no lo expuesto, cuando los hijos de dos matrimonios tratan de suceder al padre comun, pues respecto de este es lo mismo que si todos lo fueran de una sola madre, y así Febrero padeció una notable equivocacion. Escobar, á quien cita, solo propone el caso de que habla Febrero en el párrafo siguiente: el caso en que

los hijos de dos matrimonios piden como herederos de sus madres los gananciales que les corresponden, cuando no consta cuantos se adquirieron en el primero, y cuantos en el segundo matrimonio; y es de parecer que deben dividirse entre dichos hijos á prorata del tiempo que duró cada uno, y á proporción de la dote (y demas bienes, añado yo) de cada muger; cuya opinion me parece razonable, aunque merece atenderse lo que dice Febrero, num. cit. *Febrero reformado.*