

la primera muger, de modo que se ignora qué gananciales hubo en cada uno de sus matrimonios, para dividir entre los hijos de ambos los que tocaron á cada una de sus madres, caso á la verdad que difícilmente puede ofrecerse, es necesario recurrir á pruebas ó en su defecto á conjeturas prudentes, y así el partidor procurará avenir á los interesados, y si no quisieren, y por escrituras ú otras pruebas resultaren comprados en cada matrimonio algunos de los existentes, los estimará por gananciales respectivos de ambos, y aplicará á los hijos de cada uno, como adquiridos en tiempo de sus madres, y con arreglo á sus últimas disposiciones, la mitad de los que aparecieren, pues la otra mitad toca á su padre, en la cual todos son interesados igual é indistintamente, si no mejoró á ninguno. Si nada resultare, se ha de tener en consideración qué tiempo estuvo casado con cada muger; qué negocios manejó, y qué utilidades ó pérdidas tuvo; qué conducta era la de sus mugeres, pues unas disipan los caudales, y otras los conservan ó aumentan; qué enfermedades y contratiempos les sobrevinieron á él ó á sus mugeres, hijos ó hacienda (pues mucho de esto se podrá probar), y hecho un cómputo imparcial y prudente, llamará á los interesados para manifestárselo é instruirles de todo lo que tuvo presente para hacerle. Y si á pesar de esto no se avinieren, lo consultará al juez para que oyéndolos en forma resuelva y le prescriba reglas fijas que le sirvan de norte y pauta para girar la cuenta, con arreglo á las cuales ha de proceder sin mezclarse en hacer oficio de juez; pues siempre que le ocurra duda que no pueda resolver acerca de los gananciales ó de algún otro particular, y los interesados no se convengan, debe proponérsela para dicho efecto, haya ó no menores. Lo que se ha expuesto en orden á los hijos de dos matrimonios milita en los de tres ó mas, sea por muerte del padre ó madre comun, según los casos ocurran.

24. En el mismo capítulo 8 se expresaron los casos en que no se comunican los gananciales, ó pierden los consortes el derecho de percibirlos, y ahora se añadirán algunas observaciones para gobierno del contador. Allí se dijo que cuando uno de los cónyuges comete delito de lesa magestad, nada percibirá de la mitad de gananciales que á no haberle cometido le tocara. Esta pena solo alcanza al perpetrador del crimen, y de ningún modo al otro consorte; quien no pierde su mitad de gananciales ni los demás bienes suyos (1); en cuya atención aun cuando por el

1 Leyes 10 y 11. tit. 4. lib. 10. Nov. Rec.

delito no se confiscan los bienes, si se condena al agresor en alguna pena pecuniaria, deberá descontársele de su mitad, y aplicarse otro tanto como importe al otro consorte, porque el daño que se causa por dolo ó culpa de uno de los socios no debe tocar á los consocios (1).

25. También se dijo que cuando marido y muger se separan recíprocamente con legítima dispensa, cada uno hace suyo privativamente lo que adquiere después de la separación, como también cuando voluntariamente se separan votando castidad, y cuando por impotencia ú otro motivo se declara nulo el matrimonio; pero en todos estos casos se deben partir los gananciales adquiridos hasta que se declaró la separación ó nulidad, porque hasta entonces hubo matrimonio y sociedad legítima entre ellos, y los adquirieron como marido y muger.

26. Aunque es constante que cuando la muger se separa del marido por excesivo rigor de este, se la debe restituir no solo su dote, sino también la mitad de los gananciales adquiridos antes de su separación, como se dijo en dicho capítulo 8, párrafo 43, se duda si tendrá derecho á los ganados después de aquella. A primera vista parece que no, porque la separación se hizo á su instancia aunque el marido diese motivo para ella, y por el hecho de no haber querido vivir con él, es visto que tampoco quiso participar de los gananciales. Pero no obstante la opinión mas comun y segura es que deberá llevar la mitad de los adquiridos posteriormente, pues sería injusto que la muger separada sin delito de su marido y por culpa de este fuese privada del beneficio que la ley concede, y que la perjudicase su inocencia, sacando por el contrario el marido utilidad de su crimen (2). Lo mismo procede cuando la muger dió causa al divorcio, pues ambos son correlativos, y lo que se diga del uno ha de decirse de la otra habiendo igual razón.

27. Asimismo dijo en el indicado capítulo 8, párrafo 35, que cuando la viuda vive escandalosamente pierde los gananciales, que debe restituir á los herederos de su marido; mas no comprende á este la dicha pena de restitución por su vida licenciosa, en razón de que la deshonestidad no es tan vituperable ni ofensiva en un hombre como en una muger (3); por lo cual la casada no puede acusar de adúltero á su marido.

1 Leyes 7 y 13. tit. 10. Part. 5.  
2 Gom. ley 12 de Toro, num. 15. Covarr.  
In epitom. de spons. part. 2. cap. 7. §. 1.

num. 6.  
3 Ley 1. tit. 17. Part. 7.

28. Otra de las causas por que puede perder la muger el derecho á la mitad de gananciales es por renunciarlos voluntariamente, segun se dijo en el capítulo 8, tantas veces citado, párrafos 35 al 39, en cuyo caso no estará obligada á pagar las deudas del matrimonio. Pero si los acepta, y porque advierte luego que no son suficientes para su solucion los renuncia, estará sin embargo obligada á satisfacerla; pues no se puede apartar del contrato que celebró, mediante á que asi los herederos como los acreedores adquirieron derecho á su observancia, aunque si la muger es menor al tiempo de la aceptacion gozará del beneficio de la restitucion (1). Pero no es esto tan cierto que no haya quien lleve lo contrario, fundándose en que por la mera aceptacion no es visto haberse obligado á dicha satisfaccion mas que en cuanto alcancen los gananciales, y si unicamente prestado su consentimiento para su admision, si los hubiese; y en que como por la ley solo está obligada á pagar las expresadas deudas cuando quiere percibirlos, no percibiéndolos queda libre, sino es que al tiempo de admitirlos se obligue, ó despues de viuda contraiga expresamente con los acreedores (2).

29. En el párrafo 19 del citado capítulo 8 se dijo que la muger casada durante el matrimonio tiene el dominio y posesion, aunque revocable, de la mitad de los gananciales (3), y que por fallecimiento de su marido se hace dueña absoluta en posesion y propiedad de ella. Pero se duda 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 le toca. Algunos autores (4) dicen que si se hace mencion juntamente con el marido en el instrumento ó contrato, puede hacerlo; mas no de lo contrario, porque en la sociedad universal ó de todos los bienes no se transfieren los derechos sin la cesion. Pero otros (5), con cuyo parecer me conformo, dicen que no es necesaria la cesion, hágase ó no mencion de la muger en el instrumento, y sean los

1 Gutierr. lib. 4. *Pract.* quæst. 68.

2 Ayor. cap. 8. cit. num. 17.

3 El reformador de Febrero impugna la distincion que hace el autor entre el dominio de la muger y el del marido en los gananciales durante el matrimonio, diciendo que tan irrevocable es el del uno como el del otro; pero lo cierto es que mientras dura el matrimonio, el marido puede trocar, vender y enagenar los gananciales (no siendo los bienes castren-

ses ó casicastroenses, ni precediendo con ánimo de defraudar á la muger); la cual no tiene estas facultades hasta que muere el marido, y puede disponer de su mitad. Por consiguiente hay diferencia entre el dominio de uno y otro.

4 Avendañ. respons. 20. num. 3. Gutierr. lib. 2. *Pract.* quæst. 118. num. 15 y 16.

5 Accv. ley 2. tit. 9. lib. 5. Rec. num. 19, 20 y 21.

bienes muebles, raices, derechos, deudas y acciones: lo primero, porque si se hace dueña absoluta de la parte que le corresponde, luego que muere su marido, es superfluo que pida lo que tiene y el derecho le concede; pues por su mitad le competen todos los interdictos ó remedios posesorios: lo segundo, porque cuando la ley divide algo entre varios, no es necesaria la mutua concesion de unos á otros, y asi el uno sin la del otro puede pedir su parte: lo tercero, porque al modo que el socio puede denunciar por su parte la obra nueva, si lo hace á nombre de los consocios, dando la competente caucion (1), podrá exigir tambien los débitos sin cesion: lo cuarto, porque la sociedad convencional se diferencia en muchas cosas de la conyugal, como dije en el libro 1.º título 2.º capítulo 8.º párrafo 25; y lo quinto, porque segun una ley de Partida (2), lo que un socio adquiere en la compañía universal se comunica á los demas sin cesion; y siéndolo, como lo es, la conyugal en cuanto al lucro, se debe comunicar tambien sin ella.

30. Aunque al marido puede enagenar durante el matrimonio los bienes gananciales, segun se dijo en el párrafo 20 del capítulo 8.º título 2.º libro 1.º, sin embargo, probando la muger ó sus herederos haberlos enagenado con ánimo de defraudarla, si la enagenacion fuere de cosas que consisten en número, peso ó medida, ó de otros muebles que no existen, deberá el marido ó su heredero satisfacerle su parte de su propio patrimonio, ó imputársela en la suya de gananciales; si hecha excusion en sus bienes, no quedare la muger reintegrada, podrá usar de la accion revocatoria contra el poseedor de ellos, como hecha en fraude suyo; y si la enagenacion fue de cosa que existe, podrá usar tambien de la misma accion contra su poseedor sin hacer la excusion (3).

31. Estan discordes los autores sobre si donando el marido ó consumiendo los gananciales en juegos ó en otros vicios, tendrá accion la muger contra sus bienes por la mitad de la parte que donó ó disipó. Unos afirman que cesante el dolo expuesto puede enagenarlos, sin que la muger tenga recurso por su mitad (4): lo primero, porque esta palabra enagenar es tan amplia y general, que comprende todos los contratos, distractos y actos, por los cuales se transfieren el dominio util y el direc-

1 Ley 2. tit. 32. Part. 3. y su glos. 5.

2 Ley 6 tit. 10. Part. 5.

3 Gom. dicha ley, num. 74.

4 Gom. lugar citado, num. 73. Ayor. part. 2. quæst. 41. num. 46.

tó (1): lo segundo, porque la ley habla generalmente, sin distinguir si la enagenacion ha de ser por venta, donacion ú otro título oneroso ó lucrativo, y por lo mismo se comprende en ella la donacion, pues la ley se debe entender segun está escrita sin distincion alguna, y lo tercero (omitiendo otras razones poderosas), porque dicha ley es posterior á las del Fuero, que conceden á la muger la mitad de gananciales y las corrige; y asi en consideracion á que el marido es el que los adquiere (pues las mugeres apenas se pueden mantener decentemente con su honesto trabajo, como lo vemos), le confiere amplias facultades para enagenarlos por cualquier título, sin licencia de su muger como dueño.

32. Otros autores fundados en la mera y libre administracion que conceden al marido, son enteramente de contrario sentir en cuanto á hacer donacion de los gananciales; porque el donar es perder y defalcar el patrimonio, y en la administracion general concedida al marido por la ley con facultad de enagenar, no es visto habérsele dado la de donar, y asi no lo puede hacer el que la tiene, á menos que especialmente se le conceda (2). Mas tocante á la dissipacion en juegos ú otros vicios no son de opuesto dictamen, porque no lo hace con dolo; fuera de que por evitar discordias y litigios, suele no hacerse mérito de ello (3).

33. Y otros conciliando las opiniones y eligiendo un medio, dicen, que siendo pequeña la donacion, y hecha por causa justa á parientes, criados ó amigos, valdrá; mas no si es inmoderada, y no hay causa legítima para hacerla ó si es tal que arruine el patrimonio ó le defalque considerablemente (4) (\*). Esta opinion como mas razonable que la negativa es la que me parece debe seguirse, pues no priva al marido de lo que es suyo, en cuanto se le permite á cualquiera persona prudente, porque aunque cada uno como dueño puede disponer de sus bienes á su voluntad, conviene al estado que no abuse enormemente de esta facultad, y asi estan prohibidas justamente la prodigalidad y dissipacion (5). En este concepto se debe entender la afirmativa, dejando al prudente arbitrio del juez (consideradas las circuns-

1 Ley 1. tit. 14. Part. 1.

2 Molin. de primogen. lib. 5. cap. 10. num. 6.

3 Rodrig. Suar. ley 1. tit. 3. lib. 3 del Fuero Real, vers. *Quaritur circa hoc.*

4 Molin. lugar cit. desde el num. 65. García de conjugal. *acquæst.* num. 148.

\* De la donacion moderada y hecha con justo motivo no puede inferirse el ánimo de perjudicar á la muger, como de la excesiva y hecha sin causa legítima. *Febrero reformado.*

5 Matienz. ley 1. tit. 2. lib. 5. Rec. glos. 1.

tancias de la donacion y donatario, la causa para hacerla, y el caudal del donante) el regular y moderar aquella, pues de lo pequeño no se debe hacer mérito (\*).

34. Cuando no se hizo ningun pacto acerca de los gananciales, se debe tener presente para su division la costumbre del pueblo en que se contrajo el matrimonio (1), con tal que esten en el término del mismo pueblo los bienes que se han de partir; pues no hallándose en él, se ha de estar á la de aquel en que se domiciliaren; y asi para participar la muger de la mitad de los que estan en el pueblo de su domicilio, no es menester pactarlo cuando se casa, si alli se comunican los que se lucran, aunque nada se hable de ellos, y se haya casado en donde no son comunicables: de modo que donde se acostumbrare dividir las ganancias alli existentes se dividirán sin necesidad de pacto, y donde no hubiere tal costumbre, no; como en la ciudad de Córdoba, y en los lugares que comprende su obispado (\*\*).

\* Esta sentencia media, que casi concilia la afirmativa y la negativa, es la que sin recelo deben adoptar los jueces y letrados, como mas conforme á razon; y García asegura (*de conjug. acquæst.* num. 65.) que la halla muy recibida entre nuestros intérpretes. *Febrero reformado.*

1 Ley 24. tit. 11. Part. 4.

\*\* Esto era por una antigua costumbre ó corruptela; pero en el dia adquieren los gananciales las cordobesas como las demás casadas del reino. (Real provision de 16 de junio de 1801, comunicada en 6 de marzo de 1802, que segun circular de 14 de abril de 1801, comprende aun de matrimonios contraidos antes de 28 de

mayo de 1801, en que se publicó en el consejo dicha Real provision, como no se hubiesen disuelto. Pueden verse la ley 13, y su nota, título 4. lib. 10. Nov. Rec.) He aqui el principal fundamento de tan sabia determinacion. Dicha costumbre era injusta y perjudicial al matrimonio; injusta porque deja sin premio el mérito de las mugeres virtuosas, que han cumplido con la obligacion de acrecentar el patrimonio de la familia de que son un agente principal; y perjudicial, porque fomenta la inaccion y el aborrecimiento de los cuidados domésticos, de la economia y prosperidad de las casas cuyo gobierno tienen á su cargo. *Febrero reformado.*