

que la madre no concorra ni preste su consentimiento; pues por la ley está autorizado para ello: y así puede ejecutarlo por sí solo, siendo los hijos de entrambos, y cabiendo en las ganancias, según dice la misma ley citada en su segunda parte. Esto se entiende aun cuando en dotar se consuman todos los gananciales que entonces haya, sino exceden en la legítima que al hijo ó hija puede tocar, y no en otra forma, ni en más, sin que la madre tenga acción para reclamarlo ni impedirlo. Lo primero, porque la obligación de dotar de ellos á los hijos es carga del matrimonio para darles estado, y como tal comun igualmente al padre y á la madre. Y lo segundo, porque esta no adquiere dominio irrevocable en ellos hasta que aquel muere, como se verá tratando de los gananciales. Bien entendido que si la dote que el padre da á su hija, aunque sea de los gananciales, excede de la legítima que por su parte sola la puede corresponder, no valdrá en el exceso, porque no puede ser mejorada por esta razón en contrato (1), pues por él solo es dotada. Pero si no bastaren los gananciales, ó no los hubiere, pagará en este caso el padre de los suyos propios lo que falte, ó el todo de lo que prometió, en consecuencia de la obligación que el derecho le impone de dotar á sus hijas, y la madre á nada estará obligada, como dice la misma ley; se entiende cuando de su parte no hubo promesa de dotar. Lo mismo sucederá si el padre al tiempo de dar ú ofrecer la dote ó donación, expresare que es por cuenta de la legítima paterna, y no de la materna, y el hijo ó hija la reciben en este concepto; porque entonces se entiende haber dado y ofrecido únicamente de lo suyo, y querido relevar á la madre de la contribución con su mitad de gananciales; así que se le cargará su total, y no á esta, á menos que todo el caudal paterno no alcance para cumplir la oferta; pues deberá suplir la madre lo que falte de su mitad de gananciales (y no de los patrimoniales), porque la obliga la ley á ello.

23. Milita lo dicho no solo cuando los padres dotan o hacen donación *propter nuptias* á sus hijos de los mismos bienes ganados, entregándoselos, sino aunque les entreguen alguna finca ó fincas que uno de ellos llevó á su matrimonio, ó durante este heredó; pues en ambos casos es visto que la dote y donación en cuanto á su importe fueron hechas de los gananciales, no obstante que su asignación y entrega fuesen de cosa propia de alguno de los dos; porque la ley citada habla indistintamente,

1 Baez. de non meliorand. filiab. cap. 11. num. 126 hasta 129.

y no debe atenderse á la materialidad de la cosa entregada; por lo que el dueño de esta sacará su importe como capital suyo antes que se dividan los gananciales (1); á menos que al tiempo de su entrega renuncie (como puede) el beneficio de la ley, y exprese que quiere no se estime por parte de gananciales, sino como cosa propia suya, de que hace irrevocable donación al donatario ó dotada; pues entonces se observará el pacto, y todo lo entregado será por cuenta de lo suyo, y no de la mitad de gananciales de la madre, y así se practica.

24. ¿Podrá la madre prometer dote á su hija sin licencia de su marido, y á consecuencia de su promesa habrá de pagarse de los gananciales? Algunos afirman que sí; pero la más segura opinión es, que no, y que si lo hace, no vale; porque la ley 55 de Toro, que es la 11. tit. 1. lib. 10. Nov. Rec., la prohíbe hacer contratos y cuasi contratos, y comparecer en juicio sin ella; siendo claro que en el hecho de dotar; además de privar á su marido de los frutos que le están concedidos para satisfacer las cargas matrimoniales, daba lo que no era suyo.

25. Pero si la hija es mayor de veinte y cinco años, y el padre no quiere casarla, ó aunque no los tenga, si pudiendo y habiendo tenido proporción, no la casó según su esfera y costumbre del país, entonces así como en cumpliéndolos puede casarse contra la voluntad de su padre, y pedirle dote (2), porque por derecho está obligado á dársela, y no la madre (3); así también esta con licencia del juez y conocimiento de causa podrá dotarla. Y lo mismo procederá estando ausente el padre y no esperándose su pronto regreso (4) (\*).

26. Si después de haber prometido cierta dote á su hija el marido y la mujer juntos, renunciare esta los gananciales, se ha de pagar de ellos; y no bastando para completarla, deberá suplirse lo que falte de los bienes propios de ambos, no obstante la renuncia; porque por la promesa hecha antes de esta, quedó obligada eficazmente la madre en los mismos términos que su marido á la entrega de su parte (5), pues á ello la obliga la ley 53 de Toro, que es correctoria del derecho antiguo.

1 Ayor. part. 2. quest. 40. num. 42 y 43. de partit.

2 Ley Si filiam. y Authent. Sed si. Cod. de inoffic. testament. et ibi DD. Greg. Lop. en la ley 5. tit. 7. Part. 6. glos. 5. y 8.

3 Leyes 8 y 9. tit. 11. Part. 4. Ley final. Cod. de dotis promiss. ley Qui beros, cit.

4 Morquech. de divis. bonor. lib. 2. cap. 17. num. 3 al 7.

\* Sobre esta materia de casamientos puede verse el contenido de la Real pragmática de 28 de abril de 1803, que es la ley 8. tit. 2. lib. 10. Nov. Rec.

5 Acev. en la ley 8. num. 15. tit. 9. lib. 5. Rec. Morquech. ibi num. 8.

27. Si marido y muger habitaren en un pueblo en que no se comunican los gananciales, puede esta repetir de aquel lo que prometió juntamente con él á la hija de ambos, aunque no lo haya protestado: porque en este caso es visto haber hecho la promesa no con ánimo de donar, sino de fiar á su marido, lo cual la está prohibido (1). Pero esto se entiende, excepto que sea rica, y la conste que su marido se halla imposibilitado de satisfacer todo lo que ofreció; pues entonces se conceptúa haberse obligado á suplir de sus propios bienes aquello á que no alcanzan los de su marido (2).

28. Se ha de satisfacer tambien de los gananciales la dote que el padre estando viudo ofreció á su hija, y la donacion *propter nuptias* hecha al hijo, porque en duda se presume haberla hecho y prometido de ella. Y aunque acerca de esto hay variedad de opiniones, es esta la mas equitativa y corriente en la práctica; porque la carga de dotar como débito causado y contraído durante el matrimonio, sigue los gananciales en él adquiridos; por lo que aunque esté disuelto, se debe pagar de lo que importen (3). Y lo mismo procede con la madre viuda dotante en cuanto á ellos, existiendo los bienes proindiviso, porque milita igual razon, y asi debe obrar la propia disposicion legal (4). Ultimamente debe advertirse que la dote, ya sea dada de los gananciales, ya de otros bienes por los padres juntos, no debe exceder de la legitima que por cada uno pueda corresponder á la hija, á causa de que esta no puede ser mejorada por razon de dote ni casamiento, como se ha dicho.

29. Si el que da ó recibe la dote apreciada se sintiere agraviado de su valuacion, puede pedir que se deshaga el agravio ó lesion en cualquier cantidad que sea, aun cuando no exceda ni llegue á la mitad del justo precio, como sucede en las ventas, cuyo privilegio está concedido al contrato dotal en favor de la dote (5). La accion de repetir el engaño no prescribe mientras no llega el caso de la restitution, á menos que al tiempo de constituir la se renuncie, porque la ley no prefiere término para ello;

1 Leyes 61 de Toro, y *Si vir uxori*. §. fin. ff. *ad senatus consult.* Baez. de *non meliorand. filiab.* cap. 11. num. 41 y 42. Socin. consil. 5. num. 14. lib. 4. Morquech. ibi num. 10 y 11.

2 Baez. dicho num. 41 al fin. Morquech. dicho num. 11.

3 Castell. en la ley 53 de Toro, num. 2 y 43. Ayor. part. 2. quæst. 40. Greg. Lop. en la ley 6. tit. 10. part. 5. glos. 1. Ma-

tienz. en la 3. tit. 9. lib. 5. glos. 7. num. 9. y en la 8. glos. fin. Covarr. lib. 3. *Var. cap.* 19. num. 3 al fin. Acev. en la ley 8. num. 13 y 19. tit. 9. lib. 5. Baez. ibi num. 97. al 125.

4 Ley *A Titio*. ff. *de verbor. obligation.* y ley *Illud*. ff. *ad leg. aquil.* Morquech. ibi num. 13.

5 Ley 16. tit. 11. Part. 4. Gregor. Lopez en ella.

por lo cual si la muger hubiere llevado en dote bienes raices estimados, y el marido los cuidó y conservó de modo que al tiempo de su muerte no se conociere en ellos ruina ni menoscabo; y sin embargo los apreciadores nombrados por sus herederos y por su muger les dieran menos valor que el que se les dió al tiempo de celebrarse el matrimonio; deberá la muger tomarlos por este menor precio, sin que los herederos del marido sean responsables de esta disminucion, la cual pudo provenir al tiempo, ó de no haber tenido realmente los bienes dotales mas estimacion cuando los llevó, aunque hubiese sido mayor su valuacion, como regularmente sucede en todas las dotes, en que se tasa por veinte lo que solo podria venderse por diez: fuera de que no transfiriéndose al marido el dominio natural de los bienes raices, no debe tenerse en cuenta su valuacion, á menos que haya aumentos ó menoscabos conocidos, de los cuales haya sido causa el mismo marido.

30. Por tres causas gana el marido la dote que su muger lleva al matrimonio, y esta la donacion que en razon de él la hace su marido. La primera cuando al tiempo de casarse pactan que si alguno de los dos muere sin hijos, herede el todo ó parte de la dote y de la donacion el que sobreviva. La segunda por costumbre, de suerte que si en el lugar de su domicilio la hay de que falleciendo uno sin hijos, herede el otro lo que le donó, lo llevará, aunque nada estipulen. Y la tercera por adulterio que la muger cometa, por el cual gana el marido su dote y arras (1). Pero en los dos primeros casos está en contrario la práctica y costumbre de estos reinos; pues nada heredan, aunque el muerto no deje sucesion, á menos que conste expresamente de su última voluntad; y asi solo lleva la muger las arras en caso que quepan en la décima de los bienes del marido, ó las joyas ó vestidos sino exceden de la octava parte de su dote; por lo que no se hacen en el dia estas donaciones, y aunque se hagan no valen.

31. Durante el matrimonio pertenecen al marido los frutos de la dote de su muger, sea ó no estimada (2), con tal que concurren tres circunstancias: 1.<sup>a</sup> que el matrimonio se haya celebrado segun el orden establecido; 2.<sup>a</sup> que dicho marido tenga la posesion de la dote; 3.<sup>a</sup> que sufra las cargas matrimoniales (3). Adviértase que de los bosques dotales, cuyo usufructo y utilidad consiste en cortar no solo las ramas sino los mismos árbo-

1 Leyes 23. tit. 11. Part. 4. y 15. tit. 17. Part. 7. Ley *Dotis fructus*. ff. *ead. tit.*

2 Ley *Pro oneribus*. Cod. *de jur. dot.* 3 Ley 25. tit. 11. Part. 4.

les puede hacer la corta, en caso que de su tronco ó raíces nazcan otros, mas no de los árboles frutales, á menos que se sequen ó pudran (1), y entonces deberá reponer otros. Respecto de las esclavas que se dan en dote, si se diere alguna apreciada, y el marido prometiese dar el precio de ella en caso de que el matrimonio se disolviera por muerte ó sentencia judicial, entonces será de su cuenta el daño ó provecho que acaeciese á la esclava; pero no entregándosele esta apreciada, pertenece á su muger el peligro (2). Tampoco es del marido lo que los siervos de la muger adquieren por donacion que alguno les hace, pero sí lo que ganan con su industria (3).

32. Hasta ahora se ha tratado de la dote legítima y numerada que efectivamente recibió el marido; pasemos á la confesada, esto es, á la que él mismo confiesa haber recibido, sin que por otra parte conste su entrega. Esta confesion produce los efectos siguientes. No constando su recibo sino por mera confesion hecha por el marido en testamento ó en otra última voluntad despues de contraido el matrimonio, y de tener en su casa á su muger, no es ni debe estimarse por dote, porque esta confesion, ya sea de cantidad cierta ó de otros bienes no prueba, antes bien se conceptúa hecha con ánimo de donar á la muger su importe, y por consiguiente se reputa como legado, que solo con la muerte se confirma (4); y así aunque sea jurada, no perjudica á los acreedores del conlente en sus respectivos créditos, ni tampoco á los herederos legítimos de este en sus legítimas (5); por lo que solo tendrá cabimiento en el quinto, siendo hijos ú otros legítimos descendientes los herederos; y en el tercio, siendo ascendientes (que es de lo que en perjuicio de ellos se le permite disponer por las leyes 6 y 28 de Toro, como se dirá en el tratado de testamentos); y así se deducirá respectivamente de dicho tercio ó quinto en cuanto alcancen, y no del acervo del caudal inventariado, excepto que los interesados mayores se conxengan en que se deduzca de este, en cuyo caso se expresará así, para que no se atribuya á impericia ó malicia del partidior. Pero siendo extraños los herederos, se bajará del cúmulo de bienes, y no del quinto ni tercio, á menos que el testador lo mande, porque á excepcion de los referidos, todos los demas se gra-

1 Rebuf. in leg. *Sylva caedua ff. de verb. significat.* vers. *Utilit. Gutierr. de tutel. part. 3. cap. 27. num. 11.*

2 Ley 20. tit. 11. Part. 4.

3 Ley 25. tit. 11. Part. 4.

4 Ley 19. tit. 9. Part. 6. Roman. consil.

445. num. 9. Paul. de Castr. consil. 383. lib. 1. col. 3. Bursat. consil. 32. num. 4. 32 y sig. lib. 1.

5 Morquech. *de division. bonor.* lib. 1. cap. 9. num. 12 y 13.

dúan por extraños, aunque sean sus parientes, y no tienen derecho á heredarle por testamento contra su voluntad: y así puede dejarles poco ó nada, y deben contentarse con lo que les quede.

33. Si el marido hizo la confesion por contrato entre vivos, durante el matrimonio, no le perjudica, aunque sea jurada (1). Lo cual se limita y entiende: 1.º excepto que haya renunciado la excepcion de no haberse hecho el pago; 2.º que sino la renunció se haya pasado el tiempo de oponerla, que son dos años (2); 3.º que la haya hecho disuelto el matrimonio; pues en este caso le perjudicará, porque se presume hecha con ánimo de donar su importe á la muger ó á sus herederos; 4.º que haciéndola durante el matrimonio, esté la muger presente, pues entonces prueba contra él, á lo menos se presume hecha con el ánimo expresado, y se estimará como si lo hubiera sido en contrato entre vivos (3), bien que no se confirmará con su muerte en el exceso de los quinientos sueldos de oro que la ley 9. tit. 4. Part. 5 prefine (4); 5.º que precediese promesa de la dote, y despues confesase el marido haberla recibido (5): en cuyos cinco casos le perjudicará su confesion. Pero sin embargo de que en estos casos perjudique al marido su confesion, si la hizo en fraude de sus acreedores ó de las legítimas de sus herederos forzosos, no prueba contra ellos, cuyo fraude se puede inducir de la cualidad de las personas, cantidad que confiese haber recibido, y de otras circunstancias y congeturas, por las que se prueba el dolo (6).

1 Menoch. *præsumpt.* 12. num. 43 al 46. Covarr. lib. 1. *Var. cap. 7. num. 5.*

2 Menoch. *ibi* num. 17 y 19.

3 Alex. consil. 45. num. 5 y 6. vol. 1. Socin. consil. 62. num. 2. vol. 1.

4 Jul. Clar. lib. 4. *Sentent. §. Donat.* num. 3. Menoch. *præsumpt.* cit. num. 39 y 40.

5 Socin. in leg. 1. num. 97, ff. *solut. matrimon.* Salicet. in leg. *Donat. quas. Cod.*

T. I.

*de donat. inter virum et uxorem.*

5 Covarr. lib. 1. *Var. cap. 7. num. 6.*

Menoch. *præsumpt.* 12. cit. num. 53. Gom. en la ley 50 de Toro, num. 52. vers. *Quod tamen limita.*

6 Mascard. *de probat.* lib. 1. conc. 362. Morquech. *de division.* lib. 1. y cap. 9. dicho num. 2.