

tónces pagaba cada uno en la forma expuesta. En cuanto á los derechos de sacar los títulos y papeles que falten de alguna ó algunas fincas de la herencia, ó de la que se divide entre dos ó mas, digo, que ya haya ó no mejora, deben deducirse del cuerpo del caudal, porque si el testador los hubiera sacado, esto ménos dejaria; y puesto que no lo hizo ni dividió sus bienes de modo 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, defensoria, 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 privados 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 así 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 dictámen se practicó en otras particiones, habiéndose aprobado como justo, racional y equitativo, y así se observa.

CAPITULO VIII.

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. | 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? |
| 2, 3 y 4 Modo de dividir entre estos la estimacion ó el valor de los oficios de escribano y otros vendibles y renunciabiles que comprehenden durante el matrimonio. | 8 y 9 ¿Si habrán de dividirse como gananciales los réditos de censo, usufruto, pension, legado anual ó renta vitalicia que la muger lleva en dote al matrimonio? |
| 5 ¿Cómo 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? | 10 Si la muger hubiere sido partícipe en la negociacion ó arrendamiento que su difunto marido hubiese contraido con alguno, dividirá con los herederos de este la porcion ó parte que le tocaba. |
| 6 Division de los partos de las siervas dotales de la muger, y de las crias de los animales productivos. | |

- | | |
|---|--|
| 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 útil ó perjudicial. | 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. |
| 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? | 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? |
| 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? | 30 Probando la muger ó sus herederos que el marido enagenó los gananciales con ánimo de defraudarla, ¿qué deberá hacerse? |
| 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? | 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 disipó. |
| 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. | 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, háyalo 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 escribano y otros vendibles y renunciables que compran durante el matrimonio. Así 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 intrínseco, 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 veinte y cinco 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 entrambos¹.

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 ántes de casarse, pero no pagado 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 gravámen; como tambien si el aumento ó mayor valor que tenga al tiempo de la disolucion del matrimonio será ganancial, y de consiguiente comunicable?

4. Tocante 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 dicho²; sin embargo no sucede así en el presente caso, porque no se compró durante el matrimonio, como lo exige la ley 49 título 5 Partida 5³ (*), sino tan solo se pagó lo que se debia, y por la mera solucion no se transfiere 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 al 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, así como si valiere ménos; 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

¹ Matienz. ley 5 tit. 9 lib. 5 R. gl. 4 n. 5.

² Véase el cap. 4 § 9.

(*) Así lo dan á entender estas palabras: „O

si fueren los dineros de la dote de alguna muger, ó su marido con voluntad de ella ficiese la compra.”

socios, tampoco se debe comunicar este aumento intrínseco á los cónyuges cuando el fundo se hizo de mayor valor por dichos motivos¹. 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 subrogándose 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 10 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 órden 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 cuánto 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, segun se dijo en dicho capítulo 10 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 pactos de las siervas dotales de su muger, ni los de los rebaños ó animales productivos, á ménos que se hiciera res-

¹ Matienz. ley 2 tit. 9 lib. 5 R. gl. 1 n. 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 conyu-

gal, 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, si no inmediato, mediato del precio por que se compró. *Ferbrero reformado.*

ponsable de su deterioro ó pérdida¹, ni se dividian con él, ántes bien pertenecian á su muger, ya nacieran durante el matrimonio, ó despues del divorcio²; 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 frutos³; y así como si la esclava se muere, debe resarcirse su precio de los gananciales, así 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 productivos⁴.

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 10 tít. 2 libro 1, á donde me remito.

8. Hay dos opiniones sobre si los réditos de censo, usufruto, 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 entónces es una estipulacion y contrato (*), si el marido los hiciese suyos se consumiría la dote, lo cual resiste el derecho 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 usufruto 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 restituírselos, porque son capital, y consumidos nada queda: y lo cuarto, porque así como llevando la muger en do-

1 L. 1 Cod. Solut. matrimon. y 20 tit. 11 part. 4.

2 L. Si marito 32 § ff. fin. Solut. matrim.

3 L. 7 ff. De usufruct. y 5 tit. 4 lib. 10 N. R., y en ella Matienzo gl. 5. Greg. Lop. 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 fruto racional 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 mencion de ella. Atiéndanse 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.

te 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 extraidas porque no son frutos, y debe restituír á su muger el importe de ellas, excepto en el caso que expresaré en el capítulo 10 párrafo 14¹; así tambien si los expresados réditos se consumen, aunque la pension dure muchos años, debe el marido restituírlos como dotales. La opinion contraria es que el marido los hace suyos sin estar obligado á su restitution, 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 citan².

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 restituírlos, 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 usufruto, así como cuando lleva en dote alguna deuda que ha de pagarse á plazos iguales y ciertos; y lo propio milita en el usufruto por tiempo determinado³. Pero si la muger tiene derecho á gozarlos toda su vida, nada debe restituírlos 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 inseparable, 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 ántes de casarse, ni queda indotada para volverse á casar. Solamente en el caso y en los términos propuestos en el lib. 1 tít. 2 cap. 7 pár. 19, estará obligado á restituír 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

1 L. 27 tit. 11 part. 4. Gutier. De tutel. part. 3 cap. 35 ns 2 y 6.

2 García De conyugali acquæstu, n. 172. Gu-

tier. cap. 35 cit. Spino Specul. testam. gl. 13 n. 66.

3 Rodrig. De annuis redditib. lib. 1 q. 3 n. 15.

como el predio¹; á ménos 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 contraido con alguno; y si la muger era partícipe 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 herederos²; y si se contrae no valdrá en cuanto á estos, á ménos que la reiteren con su nuevo consentimiento expreso ó tácito³, 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 ántes bien pasa á este, excepto que fallezca el socio, cuya industria se eligió, y su heredero no sea igualmente idóneo para su gobierno y manejo⁴.

11. Si entre el socio y herederos del marido difunto y su viuda se renovó tácita ó expresamente la sociedad, debe corresponder á todos lo que hicieron con el nuevo consentimiento, sea útil ó nocivo: aunque no se haya contraido 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 hay 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 comuni-

1 Gutier. *De tutel.* part. 3 cap. 35 n. 7.
2 L. 1 y 10 tit. 10 part. 5.

3 L. 1 y ult. tit. 10 part. 5.
4 Matienz. ley 2 tit. 9 lib. 5 R. gl. 1 n. 18.

carán, así 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 legítimos por mitad ó á prorrata, deberá tener presente el contador lo que se dijo en dicho cap. 10 tit. 2 lib. 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 que hablé algo en el capítulo 4 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 inventarios 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 deducion 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 legítima 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.