

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 entónces, como por haberse vuelto á casar este perdió su propiedad, y solo le tocó y tuvo el usufruto, debe volver á restituir su importe líquido, y los bienes en que se lo consignó, si existen, á los hijos de ellas: 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 líquido 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, entónces 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 acrediten 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 cuáles y cuántos 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 ú 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 él¹.

22. No acreditándose suficientemente en qué matrimonio de los del padre comun se adquirieron los gananciales, ni los que este lucró miéntras estuvo viudo, se dividirán igualmente entre los hijos de ambos si no mejoró á alguno; y aunque varios autores² 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, economía 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 legítima paterna, ni mas que una probable esperanza de obtenerla, y entónces 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 cuántos 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 legítima, ó

1 Ayor. *De partit.* part. 3 q. 13 n. 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 cuántos se adquirieron en el primero, y cuántos en el segundo matrimonio; y es de parecer que deben dividirse entre dichos hijos á prorata del tiempo que duró cada uno, y á proporcion de la dote (y demas bienes añadido yo) de cada muger: cuya opinion me parece razonable, aunque merece atenderse lo que dice Febrero, núm. cit. *Febrero reformado.*

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 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 partidador 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 consideracion 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 le 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 manifestársele 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 algun 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, segun 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 alcan-

za al perpetrador del crimen, y de ningun modo al otro consorte, quien no pierde su mitad de gananciales ni los demas bienes suyos¹, en cuya atencion, aun cuando por el delito no se confiscen 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 consocios².

25. Tambien se dijo que cuando marido y muger se separan recíprocamente con legítima dispensa, cada uno hace suyo privativamente lo que adquiere despues de la separacion, como tambien 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 separacion ó nulidad, porque hasta entónces 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 tambien la mitad de los gananciales adquiridos ántes de su separacion, como se dijo en dicho capítulo 8 párrafo 43, se duda si tendrá derecho á los ganados despues de aquella. A primera vista parece que no, porque la separacion 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 opinion mas comun y segura es que deberá llevar la mitad de los adquiridos posteriormente, pues seria injusto que la muger separada sin delito de su marido y por culpa de este fuese privada del beneficio que la ley le concede, y que la perjudicase su inocencia, sacando por el contrario el marido utilidad de su crimen³. 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 razon.

27. Asimismo se dijo en el indicado capítulo 10 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 restitucion por su vida licenciosa, en razon de que la deshonestidad no es tan vituperable ni ofensiva en un hombre como en una muger⁴; por lo cual la casada no puede acusar de adúltero á su marido.

28. Otra de las causas por que puede perder la muger el derecho

¹ LL. 10 y 11 tit. 4 lib. 10 N. R.

² LL. 7 y 13 tit. 10 part. 5.

³ Gom. ley 12 de Toro n. 15. Covar. *In epi.*

tom. de sops. part. 2 cap. 7 § 1 n. 6.

⁴ L. 1 tit. 17 part. 7.

á la mitad de gananciales es por renunciarlos voluntariamente, segun se dijo en el capítulo 8, tantas veces citado, párrafo 35 al 39, en cuyo caso no estará obligada á pagar los 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 satisfacerlas, pues no se puede apartar del contrato que celebró, mediante á que así 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 restitucion¹. 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 únicamente 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, si no es que al tiempo de admitirlos se obligue, ó despues de viuda contraiga expresamente con los acreedores².

29. En el párrafo 29 del citado capítulo 10 se dijo que la muger casada durante el matrimonio tiene el dominio y posesion, aunque revocable, de la mitad de los gananciales³, 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 autores⁴ 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 otros⁵, 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 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

1 Gutier. lib. 4 Pract. q. 68.

2 Ayor. cap. 8 cit. n. 17.

3 El reformador del 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 castrenses ó cuasicastrenses, ni procediendo 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 n. 3. Gutierr. lib. 2. Pract. q. 118 ns. 15 y 16.

5 Acev. ley 2 tit. 9 lib. 5 R. ns. 19, 20 y 21.

necesaria la mutua concesion de unos á otros; y así 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 caucion¹, podrá exigir tambien los débitos sin cesion: lo cuarto, porque la sociedad convencional se diferencia en muchos casos de la conyugal, como dije en el lib. 1 tit. 2 cap. 8 par. 25; y lo quinto, porque segun una ley de Partida², 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 el marido puede enagenar durante el matrimonio los bienes gananciales, segun se dijo en el párrafo 20 del cap. 8 tit. 2 lib. 1; sin embargo, probando la muger y 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 fué de cosa que existe, podrá usar tambien de la misma accion su poseedor si hacer la excusion³.

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 mitad⁴: 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 útil y el directo⁵: 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 así 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

1 L. 2 tit. 32 part. 3 y su gl. 5.

2 L. 6 tit. 10 part. 5.

3 Gom. dicha ley n. 74.

4 Gom. lugar cit. n. 73. Ayor. part. 2 q. 41 n. 46.

5 L. 1 tit. 14 part. 1.

que conceden al marido, son enteramente de contrario sentir en cuanto á hacer donacion de los gananciales; porque el donar es perder y defalcarse el patrimonio, y en la administracion general concedida al marido por la ley con facultad de enagenar, no es visto habersele dado la de donar; y así no lo puede hacer el que la tiene, á ménos que especialmente se le conceda¹. Mas tocante á la disipacion en juegos ú otros vicios, no son de opuesto dictámen, porque no lo hace con dolo; fuera de que por evitar discordias y litigios suele no hacerse mérito de ello².

33. Y otros conciliandó 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 considerablemente³ (*). 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 así estan prohibidas justamente la prodigalidad y disipacion⁴. En este concepto se debe entender la afirmativa, dejando al prudente arbitrio del juez (consideradas las circunstancias 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 matrimonio⁵, 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 así 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 allí 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 allí 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 (***)).

1 Molin. *De primog.* lib. 5 cap. 10 n. 6.

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

3 Molin. lugar cit. desde el n. 65. Garcia *De conyugal, aquaest.* n. 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.*

4 Matienzo ley 1 tit. 2 lib. 5 R. gl. 1.

(**) 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 Garcia asegura (*De conyugal, aquaest.* n. 65) que la halla muy recibida entre nuestros intérpretes. *Febrero reformado.*

5 L. 24 tit. 11 part. 4.

(***) Esto era por una antigua costumbre ó

CAPITULO IX.

Division de las mejoras hechas por los cónyuges en sus bienes libres y vinculados.

- 1 Las fortalezas ó edificios que hiciera el marido en los pueblos y heredamientos de su mayorazgo, como tambien los reparos y mejoras ejecutadas en ellos, son del propio mayorazgo, y no se consideran como gananciales.
- 2 y 3 Las mejoras hechas en los bienes libres de marido y muger deben dividirse: ¿de qué modo?
- 4 ¿Si tendrá el marido accion para repetir los gastos hechos en las fincas dotales no estimadas?
- 5 Si hay bienes para cubrir la dote y el capital del marido, y á mas de esto resultan por gananciales los gastos *necesarios y útiles* hechos en las fincas dotales, se dividirán entre ambos.
- 6 y 7 Modo de dividir estas mejoras

que se consideran como gananciales.

- 8 Mejorando el marido los bienes dotales, si manda en su testamento que sus herederos entreguen libremente á su consorte lo que llevó á su poder, sin mas expresion, y hubiere ademas frutos pendientes en ellos, ¿deberán en virtud de esta cláusula entregárselos con los frutos; ó estos y las mejoras habrán de inventariarse y dividirse como gananciales?
- 9 y 10 Así como el marido puede repetir los gastos útiles y necesarios hechos en las fincas dotales de su muger, ¿podrá practicar lo propio con los que haga en curarla de sus enfermedades y en su funeral?

1. Si el marido hiciere fortalezas en las ciudades, villas y lugares y heredamientos de su mayorazgo: cercas en dichas ciudades y villas: mejoras y reparos en ellas, en sus edificios y en sus casas, son propias del mismo mayorazgo, y en todo debe suceder el llamado, sin estar obligado á dar parte alguna de su valor á la muger, hijos, herederos ni sucesores del que los hizo; así que, las mejoras hechas por el poseedor en algunas fincas de dicho mayorazgo, no se compensarán con los deterioros causados en otras, porque lo voluntario no se compensa con lo preciso y obligatorio.

2. Tratándose de bienes libres de marido y muger mejorados en su matrimonio, dice Ayora² que si consisten en tierras que se plantaron de viñas, se dividirán, aplicando en ellas á su dueño el valor

corruptela; pero en el día adquieren los gananciales las cordobesas como las demas 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 1804, comprende aun los matrimonios contraidos ántes 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, tit. 4 lib. 10 N. R.) Hé aqui el principal fundamento de tan sabia determinacion. Dicha costumbre era injusta y perjudicial al matrimonio: injus-

ta, 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 innaccioa y el aborrecimiento de los cuidados domésticos, de la economia y prosperidad de las casas cuyo gobierno tienen á su cargo. *Febrero reformado.*

1 Véase el lib. 2 tit. 3 cap. 2 § 16 y sus notas, donde se trató con extension de este punto.

2 Ayor. part. 1 cap. 10.