

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.

que tenían ántes, y partiendo el mayor que con las mejoras tengan, entre él y los herederos del otro: v. gr. valia ciento la tierra, y con las viñas vale docientos: llevará el dueño ciento y cincuenta, los ciento por el valor de la tierra, y los cincuenta por mitad de mejoras, como gananciales; y los herederos del otro los cincuenta restantes, también en concepto de mejoras, y se amojonará y dividirá la viña. Si es casa, molino ó otro edificio, se aplicará íntegro con el costo de lo fabricado ó mejorado al dueño del suelo en que se hizo, quien, si no le cabe por su mitad de gananciales todo el valor expendido en las mejoras, dará á los otros interesados el exceso en dinero; previniendo que en todo evento se ha de atender á lo que costaron, que es lo que salió del caudal comun, y no á lo que valen al tiempo de la particion, ya sea mas ó ménos. La razon de diferencia en practicar así esta division consiste en que la viña la tiene cómoda, y la casa ó edificio no; y en apoyo de este dictámen se citan las leyes 3 y 9 tit. 4 lib. 3 del Ordenamiento real.

3. Pero si no me engaño se ha equivocado Ayora en la inteligencia de las referidas leyes, pues en mi concepto disponen lo mismo (aunque por diverso estilo) en un caso que en otro en cuanto á la propiedad del fundo, como se reconoce de su contexto; pues la ley 3 dice: *Cuando el marido é la muger ponen viña en tierra que sea de cualquier de ellos, é muriere el uno dellos, cuya fuere la tierra, tome el terrazgo, segun ponen otras viñas en aquel lugar, y el vino pártalo con los fijos del muerto, ó con sus herederos si fijos no hubiere: y esto mismo sea de otras labores cualesquiera que se ficiere en el solar del uno dellos:* y la ley 9 dice: *Si el marido ó la muger facen casa en tierra que sea del marido ó de la muger, é muriere el uno dellos, cuya fuere la raiz, de la meitad de la preciadura á quien heredare su buena, cuanto asmaren que cuesta la fechura, é finque cuya fuere la raiz con las cosas; é si cuya fuere la raiz muriere ante, otrosí los que heredaren su buena, den la meitad de la apreciadura, así como dicho es: é otrosí mandamos que esto mesmo sea de los molinos é de los fornos.* Segun el espíritu de estas leyes, aunque concebidas en estilo diferente, entiendo que ya sea viña, olivar, casa, horno, molino, huerta plantada de árboles, ú otras cosas hechas en el solar de uno de los cónyuges, debe el dueño del suelo llevarlo todo, pagando la mitad del costo de mejoras á los herederos del otro: lo primero, porque este carece de título para pretender parte del fundo; y así se cumple con darle lo que en la mitad de mejoras se invirtió, y á no haberse invertido, existiría en dinero ó en otra especie: lo segundo, porque la ley 3 dice: que el dueño de la tierra tome el terrazgo y parta el vino con los herederos del muerto; esto es decir, que lleve la heredad (como que es suya) y la mitad de las cepas, y satisfaga al cónyuge la otra mitad de

estas; pues á no ser este su espíritu, madaría que los dos partiesen la tierra á proporcion con las cepas ó vino, y no que el dueño tomase el terrazgo y partiese el vino con los herederos del muerto; y si no quiere decir esto, ¿qué es tomar el terrazgo sino llevarlo? No alcanzo que sea otra cosa; porque llevar la tierra, y dar parte de ella al otro, implica, pues ya no se verifica llevar sino parte, y las cepas sin tierra no sirven para fructificar sino para el fuego. Por otra parte, aunque la ley mandara clara y expresamente lo contrario, era preciso probar que estaba en uso, y entónces solo en el pueblo en que lo estuviese debería observarse, porque segun la 1.^a de Toro no tienen vigor de tales las del fuero, sino en donde y en lo que son usadas y guardadas; y así no me queda duda que se debe practicar la division en los términos propuestos, excepto que haya costumbre contraria, ó los interesados se convengan en lo que dice Ayora, ó no pueda hacerse de otro modo.

4. Haciendo el marido gastos necesarios en las fincas dotales no estimadas, v. gr. porque amenaza ruina la casa dotal sin su culpa; si la dote consiste en especie y cantidad juntamente, y no hubiere gananciales, se disminuye la dote en la cantidad de los gastos: quiero decir, que tanto ménos tendrá la muger que percibir en dinero del que llevó en dote, y su marido que restituírle, cuanto importen los gastos hechos en la casa. Si consistió solamente en especie, no la disminuyen; pero el marido puede retener por via de prenda la finca en que los hizo, hasta que se los pague su heredero, porque una vez que no hay gananciales, es visto haberlos hecho de su capital, y debe ser reintegrado por su muger, en cuyo beneficio se invirtieron, pues á no estar casada, tendria que buscar dinero para evitar la ruina, ó pereceria la finca, y mejor es usar de la retencion que de la accion; bien que Garcia¹ impugna la retencion de las dotales. Si los gastos son útiles (v. gr. si en la casa se aumentó algun cuarto, ó mejoró la habitacion), y hechos con consentimiento de la muger, ó siendo rica esta, aunque no lo prestase, los puede recuperar de ella el marido por la accion de *mandato*, ó como voluntario procurador²; pero si son *voluntarios* no tiene derecho á su repeticion, y sí únicamente á que la muger los quite de su finca, con tal que de quitarlos no se siga detrimento á esta, de modo que decaiga del estado que tenia cuando la llevó, pues si se le causa, no está obligado á ello, y los perderá el marido compensándolos con los frutos percibidos³. Tampoco tiene accion á repe-

1 De expens. cap. 13 n. 57, fundándose en la ley única. Cod. De rei uzor. actione. § Sed nequae ob impensam.

2 L. Domum. Cod. De reivindicat.

3 L. fin. tit. 11 part. 4. L. del ff. De impens. in rebus dotalis. fact. Gom. en la 50 de Toro n. 51. Garcia De expens. cap. 13 n. 49.

tir los gastos hechos en la recolección de frutos ó en su conservación, excepto que restituya los mismos frutos¹.

5. Si hay bienes para cubrir la dote y 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, y el marido percibirá su parte en la forma expuesta en el párrafo anterior. Y aunque parece que este debe compensar su importe con sus frutos, y hacerlos de estos, no será así, porque los frutos le están concedidos para soportar las cargas matrimoniales; por lo que solo está obligado á hacer de ellos los reparos menores que conduzcan á la conservación de la finca, mas no los mayores que por caso fortuito acaecen y son precisos; pues estos, como que se hacen por la perpetua utilidad y subsistencia de la finca, son de cuenta de la muger, en quien permanece el dominio de ella, y el incremento ó decremento eventual es de su cuenta: y así le competen además de los frutos²; pues siempre que estos se perciben, no por derecho de posesión, sino de dominio, cesa su compensación con las expensas y mejoras hechas en la cosa: es así que el marido las percibe por todos derechos; luego no debe compensarlos³. Es de notar que si el marido restituye toda la dote sin deducir las expensas referidas, hechas en los predios dotales, puede repetir las como pagadas indebidamente y con error⁴.

6. Mas para que el contador no se confunda en el modo de dividir estas mejoras que son gananciales, le instruiré con los ejemplos siguientes. Siendo útiles debe agregar el importe de su valor al caudal efectivo partible, como que son incremento verdadero de él, y no considerar la finca por el mero precio en que la muger la llevó, y aplicársela con ellas, ó por el todo de su tasa (la cual debe hacerse con distinción de lo que vale la finca sin ellas, y luego lo que ellas valen), dejando de entregarla otras cosas, y adjudicándolas á su marido en pago de su mitad: v. gr. vale la finca veinte mil reales, y las mejoras útiles hechas en ella diez mil, por lo que se tasó en treinta mil; y además hay de gananciales en otras cosas otros diez mil, que en todo componen cuarenta mil. En este caso se aplica á la muger su finca en los treinta mil: los veinte mil porque los valía, y los diez mil por las mejoras hechas en ella y mitad de gananciales que hay; y al marido se adjudican los bienes restantes ganados por la otra mitad. Si hubiere mas gananciales se la darán en otros bienes para complemento de su parte; pero si no

1 Garcia dicho cap. 13 n. 57.

2 L. fin. tit. 11 part. 4.

3 Glos. verb. *Superfluum*, al fin in leg. *Emptor*, ff. *De reivindicat.* Grog. Lop. en la ley 41 tit. 28 part. 3 gl. 5. Covar. lib. 1.

Var. cap. 8 n. 4 al fin. Garcia dicho cap. 13 n. fin. Gom. en la ley 46 de Toro n. 3. L. *Quod dicitur*. ff. *De impens. in reb. dotalib. fact.* Baez. *De decim.* cap. 11 n. 11. Gutier. *De tutel.* part. 3 cap. 20 n. 16.

hay mas gananciales que las mejoras, la muger pagará á su marido ó á sus herederos la mitad de estas en dinero, buscándolo si no lo tiene, ó retendrán aquellos la finca para su reintegro con sus frutos.

7. Si las mejoras son *necesarias* se ha de distinguir: ó hay mas gananciales que lo que importan, ó no. Si los hay, para que se pueda hacer pago al marido de su mitad, se pone su total por caudal, como si real y efectivamente existiera, y luego se hace la misma aplicación que cuando son útiles, y al marido se adjudican los demas bienes. Si no hay mas gananciales, se aplica su mitad á la muger en el valor de la finca, y al marido la otra mitad en otra cosa dotal: v. gr. importan las mejoras diez mil, y la finca dotal vale veinte mil; se da á la muger por treinta mil: los veinte mil que valía, los cinco mil por su mitad de gananciales, y los otros cinco mil por la mitad que toca á su marido, y ella deja de tomar en otra cosa dotal; pero si no hay otra cosa dotal que se pueda adjudicar al marido en pago de su mitad de mejoras, entónces es preciso que la muger reintegre con dinero á su marido ó á sus herederos de su mitad, y en su defecto pueden retener estos la misma alhaja hasta que con sus frutos se hagan pago de lo que les toca; pues á no haber expendido su dinero en repararla, lo tendrá en especie, ó en otras cosas, y la muger hubiera perdido su finca dotal. Para graduar de mayores ó menores los gastos ó reparos hechos en las fincas dotales, se ha de atender al fin con que se ejecutaron, y á lo que en cada una expendió el marido, y no á lo que importan los hechos en repetidas ocasiones: por lo que si en una finca dotal hizo muchos en distintos años, ó en uno diversos en varias fincas, que juntos componen una suma crecidísima, se deberán reputar por menores todos, y compensarse con los frutos, sin embargo de la considerable cantidad á que unidos ascienden, porque cada reparo de por sí es de corta cantidad, y hecho únicamente para conservación, uso y producción de la finca, y no para su perpetua duración y subsistencia; y aunque sumados importan mucho, no obsta, porque para su compensación percibió muchos frutos de las fincas dotales, que está obligado á reparar y conservar con ellos, y nada expendió de su privativo caudal ni del adquirido de otra parte.

8. Mejorando el marido los bienes dotales, y mandando en su testamento *que sus herederos entreguen libremente á su muger los que llevó á su poder*, sin mas expresión; si estos bienes están mejorados por aumentos hechos en ellos, ó por haberlos librado de las cargas á que estaban afectos, y á mas de esto hay frutos pendientes en ellos, ¿se duda si en virtud de esta cláusula deberán entregárselos con los frutos, ó si estos y las mejoras y cargas se deberán inventariar y poner por gananciales y dividirse? Parece que sin embargo de

la palabra *libremente*, se han poner por gananciales, como lucrados durante el matrimonio, y dividirse entre ambos cónyuges, respecto de no haber hecho mencion de las mejoras, cargas y frutos, mayormente sabiendo que estos estaban pendientes, y aquellos se habían hecho y redimido, y que todo es comunicable á entrambos, pues si hubiese querido beneficiar á su muger, lo hubiera expresado. Mas no obstante debe decirse lo contrario, con la distincion de que si los herederos no son forzosos, los ha de llevar íntegros la muger con los frutos pendientes, sin descuento de mejoras ni cargas, porque de todo es visto haber querido el testador hacer la donacion y legado, como pudo; y esto quiso decir el testador en la palabra libremente: y si son legítimos ó forzosos se le descontará solamente el exceso á lo que pudo disponer en beneficio de ellos, que es el quinto ó tercio: todo lo cual se entiende deducidas previamente sus deudas, pues hasta que se deducen no hay herencia. Si no mandó mas que restituirla la dote que llevó á su poder, podrán sus herederos descontarla, y cobrar el importe de las mejoras hechas en sus bienes dotales, porque es visto no haber querido legárselas ni beneficiarla con ellas.

9. Así como el marido puede repetir los gastos útiles y necesarios hechos en las fincas dotales de su muger, y retener estas hasta que se reintegre de aquellos, ¿podrá practicar lo propio con los que haga en curarla sus enfermedades y en su funeral? Para resolver esta cuestion respondo del modo siguiente: El marido, haya traído mucha, poca ó ninguna dote su muger, debe curarle sus enfermedades, sufriendo esta carga como una de las matrimoniales, porque es su compañera; recibe de ella servicios, obsequios y beneficios; se expuso á todo cuando se casó; y en fin, porque en el nombre de alimentos no solo se comprenden el vestido, la comida y habitacion, sino tambien las medicinas y todo lo que es necesario para vivir: por lo que carece de accion para repetir de su suegro los gastos que hizo en su curacion, y para retener el todo ó parte de la dote por via de compensacion de ellos, mayormente si él tuvo la culpa de las enfermedades. Sin embargo, dicen algunos autores, que no habiendo sido culpado, si la última que su muger padeció fué crónica, prolija y grave; no alcanzan los frutos de su dote, por ser tenue, para el reintegro de los gastos causados en ella, y el marido protesta que los hace con ánimo de exigirlos y no por piedad ni afecto conyugal, podrá hacerlo, y compensarlos con su dote en caso de no haber gananciales, á la manera que la madre que alimenta á su hijo, y protesta que no lo hace por afecto sino con intencion de cobrar de los herederos de su marido los alimentos que le da; y aun añaden que no es necesaria la protesta, por-

que la dote es patrimonio de la muger, y esta mientras se halla enferma no sirve ni obsequia á su marido, el cual es deudor suyo, y jamas se presume que el deudor gasta con el ánimo de donar. Pero á pesar de estos fundamentos me inclino á lo contrario, que es lo que siempre he visto practicar, por las razones expuestas. Por otra parte, cuando el marido es pobre y la muger rica, debe alimentarle esta como socia conyugal.

10. Si la muger es pobre y su marido rico, debe por su honor enterrarla conforme á su calidad; pero teniendo dote no está obligado á ello, y puede exigir del padre ó persona á quien la ha de restituir, los gastos hechos en su funeral; pues una vez muerta su muger, no tiene que sufrir cargas de matrimonio que ya no hay; y si el padre es pobre, impútese á sí mismo el marido dichos gastos, puesto que los hizo sabiendo su pobreza.

CAPITULO X.

De la division de los frutos pendientes en los bienes de marido y muger, disuelto el matrimonio, sean libres ó vinculados, háyanlos llevado á este, ó adquirido durante él, uno de los dos consortes.

- | | |
|---|---|
| <p>1 Lo que se ha dicho de ser comunicables los frutos, como gananciales, no solo se entiende de los percibidos, sino tambien de los que al tiempo del fallecimiento del consorte estan pendientes y manifiestos.</p> <p>2 Acerca de los frutos no manifiestos, ¿qué distincion deberá hacerse?</p> <p>3 Estando la tierra barbechada y no sembrada, cumple su dueño con dar al otro consorte la mitad de los barbechos, beneficio y gastos hechos hasta entónces, y hace suyos enteramente los frutos que luego nazcan en ella.</p> <p>4 ¿Qué se observará si los frutos fueren de rebaños ó animales libres de cualquiera de los cónyuges?</p> <p>5, 6 y 7 Si la muger hubiere llevado al matrimonio una finca ó mas con frutos á la vista, y muriere ántes que se recojan, ¿cómo habrá de hacerse la division de ellos?</p> <p>8 Si el marido, ántes de contraer ma-</p> | <p>trimonio, hubiere percibido frutos del predio de la esposa, aumentan estos su dote; pero si la hubiere vestido y mantenido mientras se verificaba la boda, hará suyos los frutos percibidos.</p> <p>9 ¿Qué deberá hacerse si el marido ó la muger hubieren llevado al matrimonio, ó heredado durante él alguna finca con frutos sazonados y próximos á su recoleccion?</p> <p>10 Si los frutos estuviesen solo manifiestos en la finca que heredó el marido ó la muger durante el matrimonio, ¿qué deberá hacerse?</p> <p>11 Si la heredad, sea de marido ó muger, estuviere arrendada, y al tiempo de fallecer su dueño, ó el otro consorte, tuviere frutos pendientes, sembrados y beneficiados á costa del arrendador, ¿qué deberá practicarse?</p> <p>12 hasta el 15. ¿Cómo deberá hacerse la division cuando los frutos pendientes que se han de partir son</p> |
|---|---|