

rias. En ellas no se admitirán probanzas de ningún género, puesto que por estar conformes las partes en los hechos no es necesaria la prueba, art. 465.

525. Si la opinión hecha al avalúo se fundase en la segunda de las causas designadas en el art. 457, esto es, en el cohecho de los peritos ó en inteligencia fraudulenta entre ellos y algunos de los interesados para aumentar ó disminuir el valor de cualesquiera bienes, se siguen los siguientes trámites. Desde luego no se convoca á los interesados á junta, porque aquí no cabe avenencia por parte de estos por estar interesada la causa pública en la averiguación y castigo de tan criminales abusos. Dicha oposición se sustanciará, pues, con sujeción á la forma del juicio ordinario, oyéndose al ministerio fiscal para que coadyuve con su autoridad á la averiguación de aquel delito aun cuando haya cesado su representación en la testamentaria, pues que en ella solo tenía por objeto proteger los intereses de personas determinadas que lo requerían por su incapacidad, minoría de edad ó ausencia, y en el caso actual representa el fiscal á la causa pública.

526. Si apareciere motivo fundado para creer que el cohecho ó las inteligencias fraudulentas para el avalúo han tenido lugar, se mandará proceder criminalmente contra los culpables: art. 465. Con este objeto, mandará el juez sacar el tanto de culpa, bien á instancia del ministerio fiscal ó de la parte, ó de oficio, y empezará el juicio criminal, suspendiéndose el pleito civil de testamentaria hasta que recaiga sobre aquel ejecutoria, para evitar gastos y dilaciones inútiles, si por declararse en el fallo sobre la causa criminal, haber habido soborno ó inteligencia fraudulenta en el inventario, se anulara este teniendo que practicarse de nuevo, y asimismo las demás diligencias sobre división y adjudicación de bienes. Sin embargo cuando el soborno se refiere á uno ó mas peritos que tasaron solamente bienes determinados, habiendo efectuado otros peritos la tasación de los demás, parece que tendrá aplicación á este caso por analogía lo dispuesto en el art. 455, en cuanto á poderse proseguir la testamentaria aunque hubiese pleitos pendientes sobre inclusión ó exclusión de bienes en el inventario, en los casos que menciona.

527. Luego que recayese la ejecutoria sobre la causa criminal se continuará el juicio de testamentaria á instancia de alguna de las partes interesadas, bien desde el período de tasación que volverá á efectuarse si aquella fuese condenatoria, ó desde el de división, si fuese absolutoria.

528. No procediendo la causa criminal mencionada, aprobados el inventario y avalúo de los bienes, y terminados todos los pleitos á que uno y otro hayan dado lugar, se procederá á la liquidación y división del caudal: artículo 466. Esta disposición debe entenderse sin perjuicio de los casos en que puede continuar el juicio de testamentaria, aunque hubiera pleitos pendientes sobre la inclusión ó exclusión de bienes en el inventario, según el art. 455, aplicable también á las reclamaciones sobre el avalúo.

529. Consentido por los herederos el avalúo de los bienes hereditarios y hecha á cada uno su adjudicación (y aun después de haberse comunicado á los coherederos la tasación y no haber sido impugnada), ninguno aun-

que sea menor, puede reclamar contra la tasación con pretesto de haber sido leso en alguna cosa por estar subido su precio y no habersele adjudicado. Las razones en que esto se funda son: 1.<sup>a</sup> Porque medió el consentimiento de todos y en su consecuencia el menor hizo lo que el mas diligente é instruido al dar el suyo. 2.<sup>a</sup> Por la incertidumbre, pues se ignoraba á quién tocaría la cosa, y por aquella y por la casualidad se admiten ó permiten muchas cosas que sin ellas no se permitirían. Ahora, Part. I, cap. 3, núm. 31; Gomez, Var., libro 2, cap. 14, núm. 4. 3.<sup>a</sup> Porque quien por convención ó pacto puede tener daño ó utilidad, no se debe llamar leso, aun cuando resulte perjudicado, por ser acto casual y compensarse con el lucro que podía haber percibido. Hermosilla, ley 56, tit. 5, Part. 5.

#### § IV.

*De la división de los bienes hereditarios, tercer período del juicio de testamentaria. Qué sea división y su objeto.*

530. Por división ó partición se entiende en general, según la ley 1.<sup>a</sup>, tit. 15, Part. 6.<sup>a</sup>, «el repartimiento que los hombres hacen entre sí de las cosas que les corresponden en comun por haberlas heredado ó por otra razón.» De suerte, que la división de la herencia es la distribución que se hace de los bienes hereditarios entre los coherederos ó personas á quienes corresponden con arreglo á la voluntad del testador ó á la ley. Su objeto es: que sabiendo cada interesado qué bienes son suyos, se apodere y disponga de ellos según juzgase conveniente, evitándose las discordias que se originan de estar los bienes indivisos, pues ninguno puede ser compelido á tener contra su voluntad comunión de bienes con otro: ley 1.<sup>a</sup>, tit. 10, Part. 5. Como para hacer la división equitativa de la herencia es necesario averiguar la cuota que corresponde á cada interesado, atendiendo á sus derechos, é igualmente los bienes en que consiste la herencia, descontando en su consecuencia de su importe los bienes inventariados que no corresponden á ella y las deudas contra la misma, y añadiendo ó colacionando los percibidos anticipadamente por los habientes derecho que no constan en el inventario, la división de la herencia comprende las diligencias previas de liquidación del haber hereditario. Y asimismo, debiendo verificarse la división ó distribución de bienes por apropiación ó aplicando á cada interesado la parte que le corresponde, comprende aquella naturalmente la adjudicación de los bienes á cada partícipe.

*Nombramiento de contadores.*

531. El período de división principiará por una junta en que se procurará que las partes se pongan de acuerdo para el nombramiento de contadores, esto es, de personas competentes para verificar la liquidación, división y adjudicación de la herencia: art. 467. Se verifica el nombramiento por los interesados conforme también se observaba anteriormente, porque este juicio se rige por la voluntad y avenimiento de los mismos, y se celebra

junta para ello, por ser mas fácil y expedito ponerse de acuerdo, oyendo las razones que alegan unos y otros.

552. *El nombramiento de contadores puede recaer en cualquiera persona de la confianza de los que los elijan:* art. 468. Esta libertad en el nombramiento de contadores no debe entenderse absoluta é ilimitada, sino circunscrita á personas que tengan la inteligencia y la capacidad suficiente para ejercer el cargo que se les confiere, de manera que no resulte la division ilusoria y defectuosa. Anteriormente se requeria para ser contador tener facultad para contratar y comparecer en juicio. Segun dice Febrero, los contadores deben ser inteligentes no solo en cuentas, sino tambien en los puntos de derecho sobre que versan las particiones, pues no concurriendo en ellos ambas circunstancias será absurdo cuanto hagan, se fomentarán por su impericia pleitos costosos y se originarán imponderables perjuicios á los interesados, por cuya razon en la córte solo podian hacer particiones judiciales los abogados, segun el auto del Consejo de 11 de abril de 1768. La nueva ley, sin embargo, solo requiere en su art. 472 que sean letrados los contadores nombrados para dirimir las discordias entre los elegidos.

553. *Cuando todas las partes esten de acuerdo en el nombramiento de un solo contador, como será lo mas conveniente para evitar gastos, desavenencias y dilaciones, este hará la liquidacion y division. En los demás casos habrá dos contadores que procederán unidos á verificar estas operaciones:* art. 469. *Los dos contadores de que habla el artículo anterior, serán nombrados por los interesados, si hubiese avenencia en la eleccion de las personas:* art. 470. *Si no hubiere avenencia en esta eleccion, se procederá del modo y forma prevenidos en los artículos que se refieren al nombramiento de los peritos en el caso de que no esten conformes los interesados:* art. 471. Este artículo se refiere al modo de elegir los peritos en general y los peritos tasadores de los bienes inventariados. En su consecuencia se procederá al nombramiento de contadores conforme á las reglas 1.<sup>a</sup>, 2.<sup>a</sup>, 3.<sup>a</sup> y 8.<sup>a</sup> del art. 505 y á las de los artículos 444 al 447 inclusives, sobre los peritos que debe nombrar cada clase de interesados, que tuviese intereses opuestos respecto de los demás, y atendiendo á los que concurrieren al juicio. Tambien deberán tenerse presentes las consideraciones que llevamos expuestas al explicar dichos artículos. Estas disposiciones son análogas á la práctica anterior, que tenia tambien en cuenta la diversidad ó contraposicion de intereses de las partes; pero con mas exactitud. Y en efecto, segun sientan los autores prácticos, cuando no habia conformidad entre los coherederos sobre el nombramiento de contadores, cada uno podia nombrar el suyo, siempre que fuese llamado por sí á la herencia y no en representacion de otro. Así, decia Febrero, quedando la mujer viuda y sin hijos, é instituyendo su marido por herederos, v. gr., á dos ó mas hermanos, ó á dos hermanos y dos sobrinos hijos de otro hermano, se habia de nombrar dos partidores solos, el uno por los hermanos y sobrinos del difunto y el otro por la viuda, porque todos los herederos representan á su institutor y pretenden una misma cosa, que es la herencia, y aquella otro tanto, como todos juntos, de los bie-

nes gananciales, pero pagada la mujer, si la parte de los herederos queda sin distribuir y quisiesen repartirla entre sí, debian nombrar cada hermano su partidior y los sobrinos otro solo, porque estos no representan mas que una persona que es la de su padre, y como que han de heredar por estirpe, y no llevar todos mas que cada uno de sus tios que suceda por persona, porque lo mismo llevaria su padre si viviera, se estiman por un heredero. Ayora, Part. 1, cap. 5., número final.

554. Cuando no hubiese conformidad entre los contadores nombrados, se procederá á la eleccion ó nombramiento de terceros, que diriman los puntos sobre que versase la discordia.

*Los contadores que se nombren para dirimir las discordias que ocurren entre los elegidos por los interesados, serán letrados de los que ejerzan la profesion en el lugar del juicio, ó en su defecto, en los mas inmediatos:* art. 472. Se requiere que sean letrados los contadores dirimientes para dar mas prestigio y asegurar el acierto en sus dictámenes con la autoridad de la ciencia. *Para su nombramiento, recusacion tiempo en que ha de hacerse y modo de reemplazarlos, se observará cuanto se halla prevenido respecto á los mismos puntos en el art. 505 sobre los peritos en general.*

555. Lo expuesto sobre los contadores se entiende del caso en que los nombrasen los interesados, pues si lo hiciese el testador, deberá estarse á lo que dispusiese, bien nombrando uno solo ó varios para que practiquen la division, bien verificándola por sí mismo: así se deduce de la ley 9, título 15, Part. 6, y de lo dispuesto en el art. 496 que debe entenderse en los términos que expondremos mas adelante. Sin embargo, si estos se negaran á practicar la tasacion ó falleciesen ó se imposibilitasen, nombrarán otros los interesados en la forma expuesta.

556. Los contadores partidores no pueden ser compelidos á aceptar el cargos; pero una vez aceptado, les puede apremiar el juez á que lo ejerzan, ó á responder de lo contrario de los daños y perjuicios que se ignorasen de no evacuarlo á los interesados. Ayora, cap. 4, núm. 4. En tales casos se procede á nombrar otros en nueva junta que se convocará al efecto.

*Reglas generales sobre el modo de desempeñar su cargo los contadores.*

557. *Elegidos los contadores, previa su aceptacion, se les entregarán los autos y por inventario los papeles y documentos relativos al caudal para que procedan á desempeñar su cargo:* art. 474. Dichos documentos y papeles serán, no solamente los títulos de pertenencia de las fincas y demás bienes inventariados, sino tambien los en que consten los derechos de los interesados, como las capitulaciones matrimoniales, para poder deducir la dote perteneciente á la viuda, pues aunque esta no forma parte de los bienes hereditarios, como los desmembra, es relativa á los mismos. Si dichos documentos y papeles constasen ya en el inventario que ha debido practicarse con arreglo al art. 452, podrá entregárseles este ó los que de él se conceptúen necesarios, previa la correspondiente diligencia de entrega y recibo.

538. Los contadores examinarán debidamente los autos, documentos y papeles referidos para proceder á formar los supuestos y á practicar las demás operaciones concernientes á la division, en la forma que expondremos mas adelante. *Si les ocurriesen algunas dudas, podrán recurrir al juez, y este mandará que se convoque á los interesados para una junta á fin de que convengan en lo que crean mas procedente respecto de ellas:* art. 446. Pues nadie mejor que los interesados podrán resolver las dudas que por lo comun versarán sobre derechos ó hechos suyos propios.

*Si conviniesen los interesados en el modo de quedar resueltas aquellas dudas, lo cual se hará constar en el acta de la junta que firmarán los concurrentes, para que conste debidamente, los contadores considerarán lo convenido como supuesto de la liquidacion y division:* art. 476. *Si no hubiese conformidad en la junta, los contadores resolverán las dudas como estimen justo, atendiendo á las explicaciones dadas por los interesados y á los principios de justicia y equidad, adoptando tambien como supuesta la resolution que tomasen, pues que esta no es mas que una interpretacion de los hechos relativos á la testamentaria ó que se deducen de la misma.*

539. Enterados los contadores de los autos, inventario, documentos y demás papeles relativos al caudal, y resueltas las dudas que les ocurrieren en las juntas celebradas con este objeto por las partes é por ellos, y tercero en discordia, deben proceder á las operaciones necesarias para efectuar la division de vienes con arreglo á los derechos y obligaciones de cada partícipe. Estas operaciones se reducen 1.º á sentar los supuestos presupuestos ó suposiciones que se desprenden de los documentos y juntas celebradas; 2.º á efectuar la liquidacion de los bienes hereditarios; 3.º á verificar la division ó distribucion de los mismos entre los partícipes; 4.º á hacer la adjudicacion de aquellos entre estos. Todas estas operaciones se consignan por escrito que por lo comun redacta el contador mas moderno. Escabézanse poniendo el nombre y apellido de los contadores, el de los partícipes que los nombraron y el de la persona de quien procede la herencia que van á partir. A continuacion se extienden los

## SUPUESTOS.

540. Son estos los antecedentes ó hechos relativos á los derechos y obligaciones del difunto, de las personas entre quienes se va á partir la herencia, y demás hechos conducentes á la misma, y que le sirven de fundamento, justificacion y guia. Se llaman supuestos, porque en ellas se dan por ciertas y se consignan las deducciones ó suposiciones que resultan del contenido de los autos y documentos presentados y de las juntas celebradas para resolver las dudas que ocurran. Su objeto, es, que los interesados sepan lo que se tuvo presente; qué motivos ó bases hubo para la liquidacion y division de los bienes, en qué términos se hicieron, si fueron ó no arregladas á derecho; y si se les perjudicó ó no en su haber.

541. Estos hechos ó supuestos deben exponerse con toda claridad y fide-

lidad, numerado cada uno y por separado por orden cronológico. El primer supuesto, sin embargo, debe expresar el hecho de haber fallecido aquel de cuya testamentaria se trata, en tal fecha, con testamento otorgado ante tal escribano, y de haber contraido uno ó mas matrimonios si fuere casado y número de hijos que dejó de cada uno, con expresion del nombre de estos y de los consortes; pues si bien en el caso de haber sido casado el difunto, deberia sentarse primero, siguiendo el orden cronológico rigurosamente, el supuesto de la dote que llevó al matrimonio su mujer, como hacen algunos, se expone antes el hecho del fallecimiento por ser como la base, fundamento y origen causal de la particion, á cuyo supuesto sigue el de la dote y demás bienes que adquirió la mujer en el matrimonio. A estos siguen los demás, en que se consigna el capital que llevó el marido al matrimonio ó á cada uno de ellos, si hubo varios, con expresion de la escritura en que consta y del nombre del escribano que la otorgó; las deudas que resultaren contra el haber hereditario, los bienes que quedaron como gananciales, las mejoras, legados y donaciones que hizo el testador á sus hijos, bienes que han de colacionarse, y por último, el resultado del inventario que se formalizó para saber los bienes que quedaron, liquidacion que de ellos debe hacerse y division de los mismos y de los bienes colacionables.

542. Consignados los supuestos necesarios segun los casos, se procede á hacer la liquidacion de los bienes hereditarios.

## LIQUIDACION.

543. La liquidacion se reduce á formar los contadores con arreglo á los supuestos expresados, la cuenta de lo que debe deducirse del caudal ó agregarse al mismo para saber la suma ó cuota que corresponde á cada partícipe segun sus derechos ú obligaciones respecto de aquel conforme á cada caso.

544. Con este objeto, lo primero que deben practicar los contadores, es formar el *cuero del caudal* ó bienes inventariados, poniendo su total por clases y por mayor; v. gr., en tierras, tanto; en viñas, tanto; en casas, tanto, etc.; y sacando al final la suma que arrojen. A estos bienes deben agregarse los frutos que hayan rendido y bienes que aparezcan desde la formacion del inventario hasta la particion, ó cuya existencia se ignorase.

Este caudal es el que sirve de base para la liquidacion, si bien debe tenerse presente al practicarla, que han de excluirse del mismo las cosas ajenas ó que consta ser de persona no partícipe en la herencia que se hallaron entre los bienes del difunto y que se inventariaron para evitar su extravío, y que asimismo se han de agregar al caudal inventariado los bienes colacionables, segun se expresará mas adelante.

545. En seguida se procede á hacer las deducciones ó *bajas* del caudal hereditario, es decir, á descontarse de él las partidas ó cantidades que por su derecho preferente ó por ser cargas ó deudas del mismo disminuyen el importe, bien de la totalidad de este, bien de la porcion ó cuota de correspondencia á cada partícipe si dichas partidas no existieran.

546. Para saber el orden de prioridad en que deben hacerse estas deducciones, conviene tener presentes las siguientes reglas: 1.<sup>a</sup> Que se han de deducir en primer lugar las partidas que no sufren desmembración por no estar afectas á obligación alguna respecto de los bienes hereditarios; tal es por ejemplo la dote, según expondremos más adelante. Esto se funda, en que si se dedujeran antes que estas partidas cualesquiera otra, disminuiría proporcionalmente el importe de aquellas en caso de no haber bienes suficientes para cubrir las todas, y quedarían en su consecuencia afectadas á las cargas ú obligaciones que no pesan sobre ellas. 2.<sup>a</sup> Por razones análogas á la expuesta, aquellas partidas sobre que no pesan cargas ó deudas, sino á falta de otras partidas, deben deducirse con anterioridad á estas.

Para saber las cargas, deudas ú obligaciones que gravitan sobre unas ú otras partidas, deben tenerse presentes las siguientes reglas generales:

1.<sup>a</sup> Las deudas que son resultado del matrimonio pesan sobre los bienes provenientes de la sociedad conyugal ó gananciales, y en su falta sobre el capital del marido. De aquí se sigue, que los capitales que sirvieron para formar dicha sociedad se han de deducir antes que los gananciales, resultado de los mismos: la dote de la mujer es, además, deuda contra los bienes del marido, á falta de gananciales, y por eso se deduce antes que el capital de este.

2.<sup>a</sup> Que las deudas y gastos que contrajere cada cónyuge en particular y de que no debe responder la sociedad conyugal, debe cargarse sobre el haber propio del que los contrajo.

3.<sup>a</sup> Que asimismo la porción ó cuota de cada partícipe debe sacarse después de satisfechas las cargas y deudas de la sociedad conyugal, las deudas particulares de cada uno, gravitan sobre su cuota respectiva.

Estas reglas bastarán, no obstante su generalidad, para que se comprendan más fácilmente las doctrinas y fundamentos en que se apoya el orden de prioridad que se sigue en las reducciones del haber hereditario, y que es el siguiente.

*Deducción de la dote de la mujer y de las arras que se incorporan á la dote.*

547. Lo primero que el partidor debe bajar del cuerpo del caudal, es la dote legítima y verdadera que la mujer acredita legalmente haber llevado al matrimonio y entregado á su marido, sean legítimos ó extraños los herederos por dos razones:

1.<sup>a</sup> Porque no solo es fondo ó capital suyo puesto en la sociedad conyugal para su incremento, sino también deuda contra los bienes de su marido, y preferida á todas las que este contrajo constante el matrimonio.

2.<sup>a</sup> Porque aunque no haya gananciales, está obligado á restituírsela de sus bienes propios, regularmente hablando: ley 55, tit. 15, Part. 5.

La restitución de la dote debe efectuarse de distinta suerte, según que fuese estimada ó inestimada entregada ó no, recibida ó confesada.

548. En la restitución de la dote que se dió en bienes con estimación que causó venta, ha de devolverse ó descontarse solamente su importe ó pre-

cio en que se valieron, pues el marido se hizo dueño de ellos y puede decirse que la compró con solo la obligación de entregar el precio, y por lo mismo pertenecen á él ó sus herederos el incremento pérdida ó menoscabo que después de verificado el matrimonio, y no antes, tuvieran dichos bienes aunque haya sido ocasionada por algún accidente ó caso fortuito: ley 18, tit. 11, Part. 5.

Si no se hubiesen apreciado los bienes dotales, ó el precio no hubiere causado venta por haberse hecho solo con el objeto de saber su valor para el caso en que se deteriorasen ó perdiesen por culpa del marido, han de restituirse á la mujer los mismos bienes en especie. Pero si fuesen ganados, pertenecerá á la mujer el incremento ó deterioro que tengan, porque no se transfirió al marido el dominio como en los casos anteriores; y así á falta de gananciales, no será este responsable de la pérdida ó deterioro de ellos, con tal que pruebe no haber dimanado de culpa suya; pero si no lo probare, ó el daño que pudiera haberse causado se apreció al tiempo de constituirse la dote, estará obligado á reintegrar con otros bienes equivalentes: leyes 7 y 21, tit. 11, Part. 4. Esta doctrina es aplicable á las huertas, viñas, frutales y demás propiedades de esta clase.

Si se hubiesen entregado en dote al marido bienes inapreciados consistentes en número, peso ó medida, de los que no se puede usar sin consumirse, le pertenecerá el incremento ó decremento que tuvieren; porque en esta clase de bienes, aunque no intervenga precio, siempre se supone que hubo traslación de dominio; pero en la inteligencia de que entregándosele inapreciados, tiene elección él ó su heredero de entregar otros tales ó el valor de ellos. Exceptuase sin embargo el caso en que se hubiese obligado el marido á volver otros tantos bienes idénticos en especie, número y calidad; pues debe cumplir esta obligación, aunque al disolverse el matrimonio valgan más ó menos: ley 21, tit. 11, Part. 4.

Si los bienes inapreciados fueren de otra especie, cumple el heredero con entregarlos á la mujer según se hallen; á no ser que se pruebe haberse perdido ó deteriorado por culpa del marido, pues entonces se hace este responsable al pago con sus propios bienes, igualmente que en los casos susodichos; bien que si hay gananciales, se observa por equidad en Castilla la costumbre de sacar de aquellos el importe de la pérdida ó deterioro, no en consideración de dote, sino como fondo ó capital puesto en la sociedad conyugal. En tal caso la estimación ha de hacerse con arreglo á lo que valían los bienes, cuando la mujer los llevó, y no al tiempo de su restitución. Últimamente debe abonarse á la mujer la pérdida ó deterioro de los bienes dotales inapreciados, cuando estos fueren muebles ó efectos de casa que se vendieron ó consumieron en el servicio de ella, excusándose con esto el marido de comprar otros semejantes.

549. Si los consortes hubiesen pactado otra cosa diferente de lo expuesto acerca del modo de restituir la dote, debe llevarse á efecto, por cuanto es válido todo pacto que no sea contra derecho ó buenas costumbres: ley 1, tit. 1, lib. 10 de la Nov. Recop., lo cual han de tener presente

los contadores, examinando cuidadosamente los contratos ó escrituras matrimoniales.

550. Si en la escritura dotal se da eleccion al marido para restituir los bienes mismos segun, se hallen, aunque sean estimados, ó bien el precio de ellos, y eligiere volver los bienes, cumplirá con entregarlos como quiera que estén, sin abonar su deterioro; pero si no quisiese él ó su heredero devolver los bienes, ha de entregar el precio íntegro de ellos.

Si se hubiere dejado la eleccion á la mujer, en tal caso, si escogiere los bienes, habrá de recibirlos como se encuentren, sufriendo su marido el menoscabo: leyes 18 y 19, tit. 11, Part. 4. Si á ninguno de los consortes se dió la facultad de elegir, corresponde al marido como deudor de la dote.

551. Si consiendiendo la misma en créditos dejase de cobrarlos el marido, debe distinguirse para saber la responsabilidad del marido ó de sus herederos respecto de su entrega. Si el deudor de los bienes dotales fuere el padre ú otro ascendiente de la mujer, no será responsable de la falta de cobro, porque los yernos no deben apremiar judicialmente á los suegros: ley 15, tit. 11, Part. 4; y así ni del cuerpo de bienes, ni de los gananciales, si los hubiere, ni menos del caudal propio del marido deberá descontarse lo que este no haya percibido; por lo que, ó no ha de hacerse mérito de ello, ó si se hace, se ha de aplicar á la mujer en vacío, ó entrada por salida. No siendo ascendiente el deudor de la dote, también es preciso distinguir. Si la deuda dotal fuere necesaria, como la que procede de un contrato oneroso celebrado á favor de la mujer, ó cuando tiene obligacion á dotarla algun extraño (reputándose como tal para este efecto el hermano), debe el marido satisfacerla íntegramente, si por su culpa ó negligencia no la hubiere exigido, dicha ley 15; y ha de rebajarse, no del cuerpo de bienes, porque se perjudicaria á la mujer, sino de los que toquen al marido, quedando á este el derecho de repetir contra el deudor de la dote. Si la deuda dotal fuere voluntaria y de cosa determinada, como cierta alhaja, heredad, etc., será también responsable con sus propios bienes si se descuidare en cobrarla, dando lugar á que el promitente ó deudor se imposibilite de pagarla, y deberá deducirse su importe como en el caso anterior; pero si la deuda voluntaria fuere de cosa indeterminada, por ejemplo, cuando uno ofrece algo en dote sin designar qué cosa, no será responsable por la falta de cobro, y así aun cuando haya gananciales, no deberá descontarse del cuerpo del caudal, ni de los bienes propios del marido, sino que se considerará como si no existiera, ó se aplicará á la mujer segun la llevó al matrimonio: ley 52, dicho título 11.

552. Mejorando el marido los bienes dotales que se entregaron sin apreciar, puede repetir él ó sus herederos y descontar las expensas útiles y necesarias hechas en ellos, de suerte, que consiendiendo la dote en especie y cantidad juntamente, los hechos en la alhaja ó expensa disminuyen la dote en cantidad, y así restituirá la alhaja ó alhajas íntegras, y de la can-

tidad solo el exceso del importe de las expensas, si lo hubiere; estas expensas deben sacarse sin incluir para su abono los frutos que los bienes dotales produjeron durante el patrimonio, por estar destinados á cubrir las cargas. No puede el marido pretender las expensas voluntarias hechas en los bienes dotales, ya se hayan hecho con consentimiento de su mujer, ya sin él: porque estas si bien los embellecen no los mejoran: ley 52, tit. 12. Partida 4.

553. Si el marido hubiese comprado alguna finca con el dinero dotal, y si la compra se hubiere hecho con beneplácito de la mujer, ella será la que adquiera el dominio, y la alhaja se hará dotal, aunque suene comprada á nombre del marido; del mismo modo que si una cosa dotal se trocared por otra, se sustituirá esta en lugar de aquella; leyes 49, tit. 5, Partida 5 y 11, tit. 4, lib. 3 del Fuero Real: de consiguiente el contador deberá adjudicar la misma finca comprada á la mujer, en caso de que esta no quiera dinero, ó no lo haya. Si se hubiere comprado sin consentimiento de la mujer, se hará la finca *dotal en subsidio* solamente, esto es, cuando resulte insolvente el marido; pero si no fuere dotal el dinero, aunque mediare consentimiento de la mujer para la compra de la finca, no se constituirá esta dotal. Para que sepa el contador por cuál precio ha de adjudicar á la mujer estas fincas dotales compradas, debe tener presente que si al tiempo de la compra pactaron los consortes que habian de ser para la mujer sin resultar al marido utilidad ni pérdida, han de aplicársela por el precio de la compra, pues al dueño pertenece el aumento ó deterioro; pero si nada hubieren pactado, se adjudicarán por el precio que tengan al tiempo de la disolucion del matrimonio, de suerte que si valieren entonces mas, redundará el exceso en favor de la sociedad conyugal, y si menos, se completará la falta á la mujer en dinero, ó en una alhaja de la herencia.

554. Si la mujer hubiese llevado en dote alguna pension, legado ánuo, usufructo de finca, renta vitalicia, ó empleo servidero por el marido, en la práctica suele constituirse como dote el importe de la pension ó renta de los diez años primeros siguientes al día de la celebracion del matrimonio, haciendo capital de aquel, y obligándose el marido á restituirla á la mujer, ó á sus herederos, aunque esta no viva los diez años, y si mas viviere, se considera el producto no como dote, sino como fruto de ella; pero siendo esto gravoso para el marido (que tiene derecho á percibir los frutos para sostener las cargas matrimoniales), parece mas equitativo se constituya la dote de esta especie en los términos siguientes. Si consistiere en pension, legado anual ó renta de capital puesto en fondo vitalicio ú otro semejante, podrá obligarse el marido á responder del importe de los diez años, en caso que la mujer los viva, ó por menos tiempo si muriese antes, deducidos los gastos de cobranza, y un rédito anual de tres por ciento, que se tendrán por frutos de la dote, y esta se compondrá del residuo. Si fuere usufructo de casa ú otro edificio, de tierras, viñas, olivares, etc., se deducirá la tercera parte de su producto por razon de gastos de cobranza, reparos, huecos, malas pagas; y el residuo será la dote. Si esta consistiere en empleo servidero

por el marido, se considerará como dote la mitad de la renta de los diez años, y se le dejará la otra mitad por el trabajo personal de servirle, pero si muerta su esposa hubiere de continuar en él, justo será entonces que se considere como dote el importe íntegro de los diez años. También pudieran estipular los consortes al celebrarse el matrimonio, que si muriese la mujer antes que el marido, solo se considere como dote el derecho que aquella llevó de percibir dichas pensiones ó anualidades, reputándose las cobradas como frutos para sostener las cargas matrimoniales, y al contrario si el marido muriese antes que la mujer, se consideren también como dote las referidas pensiones ó anualidades cobradas, debiendo por consiguiente restituirlas, pues en este caso no es ya el marido quien sufre el perjuicio, sino su heredero. De cualquier modo que se constituya esta especie de dote, el contador deberá arreglarse á la escritura dotal, y si en esta no se hubiere hecho ni constituido tal dote al tiempo de celebrarse el matrimonio, no se estimarán por dotales las pensiones ó anualidades, ni parte de ellas; porque en el hecho de no haberse pactado, ni obligado el marido á su restitucion, se entiende haber sido la voluntad de su mujer que no se tuviesen por dote, sino por frutos extradotales. Debe además observar el contador que el capital en metálico de ambos consortes impuesto en fondo vitalicio por la vida de cualquiera de los dos que sobreviva, ó por la de algun hijo suyo, no debe inventariarse ni partirse, porque no existe en la casa, ni ya puede recuperarse; pero se dividirá el derecho de percibir las anualidades, durante la vida de aquel á cuyo favor se impuso, á proporcion de lo que á cada uno corresponda segun su haber.

555. Lo expuesto sobre la dote es aplicable respecto de las arras que se incorporaron á la escritura dotal como aumento de dote.

556. Si el marido hubiere pasado á segundas nupcias, y muriese quedando á deber entrambas dotes, sin dejar bienes suficientes para satisfacer una y otra, será preferida para la restitucion la primera; porque las dos son créditos de igual naturaleza y privilegio, y el primero en tiempo lo es también en derecho; se exceptúan los bienes dotales conocidos y existentes de la segunda mujer, los cuales han de restituirsela antes á esta como suyos porque conserva en ellos la mujer su dominio, y aun cuando se hayan dado apreciados al marido, no perdieron por su valuacion la naturaleza y privilegio de dotales; así, pues, nada llevará de ellos el heredero de la primera mujer: ley 55, tit. 13, Part. 3.

Acerca de si estarán sujetos á responsabilidad para el pago de la primera dote la mitad de gananciales que corresponde á la segunda mujer, si los hubo en este último matrimonio, es cuestion en que hay diversidad de opiniones. Febrero está por la responsabilidad fundándose en que la mujer no adquiere el dominio irrevocable de dichos bienes hasta que fallece el marido, y como al tiempo de adquirirlos, los halla gravados con esta responsabilidad, no puede reclamarlos por ser preferente el pago de la primera dote. El reformador del Febrero, Sr. Gutierrez, se opone á este modo de sentir, apoyado en las leyes 4 y 5, tit. 4, lib 10 de la Novis. Recop., en

que se ordena la comunicacion por mitad entre marido y mujer de dichos gananciales, y por consiguiente supone que esta adquiere desde luego el dominio irrevocable de su mitad. Al contrario los Sres. Aznar y Notario adicinadores de Febrero, defendiendo la doctrina del autor é impugnando al reformador, dicen que segun dicha ley 5.<sup>a</sup> el marido durante el matrimonio puede enajenar sin licencia de la mujer los bienes gananciales, y por consecuencia es claro que la misma no adquiere el dominio irrevocable de su mitad subsistiendo el matrimonio, pues si así fuese no podria el marido enajenarlos sin su otorgamiento. El Sr. Tapia en su Febrero Novísimo, sienta que no puede negarse que esta razon tiene bastante fuerza; pero reflexionando bien, ¿por qué ha de ser responsable la segunda mujer del descuido, omision ó culpa que tuviese el marido en haber retardado el pago de la primera dote? ¿Por qué ha de satisfacer ella en parte una obligacion que no contrajo, ni se convirtió en utilidad suya? Por estas y otras consideraciones que omite en obsequio de la brevedad, le parece que pudiera adoptarse el medio término siguiente: si se probare que con la primera dote se granjeó en el segundo matrimonio, enhorabuena que el total de estas ganancias es é afecto ó sujeto al pago de aquella; pero si constare que los gananciales se adquirieron con otros bienes, no entiende que sea justo privar á la segunda mujer de su mitad para el referido objeto.

En nuestro concepto, esta última doctrina es la que debe adoptarse como mas equitativa.

557. Lo expuesto sobre que la dote primera debe deducirse con preferencia á la segunda se entiende en el caso de que el marido no hubiere dejado bienes suficientes para reintegrar ambos dotes y demás bienes propios de sus mujeres; pero si hubiere dejado bienes bastantes para cubrir estas atenciones, se siguen diferentes reglas segun la diversidad de casos. Desde luego, si no hubo gananciales en el primer matrimonio y el marido llevó algunos bienes al segundo enlace, pero no los suficientes para cubrir la dote y demás haber de la mujer primera, no deberá deducirse esta antes que la de la segunda, porque en tal caso, sufriria la cantidad ó importe de la mitad de gananciales que á esta le pertenecen como fruto de la sociedad legal de su consorcio una disminucion proporcional al importe de la mitad de la dote de la primer mujer, y estaria afectada esta misma de gananciales al pago de la dote primera, siendo así que solo debe estarlo la mitad de gananciales correspondientes al marido y su capital propio mientras basten estos á satisfacer el importe total de aquella, segun se ha dicho. Para evitar pues estos perjuicios á la segunda mujer, debe deducirse antes la dote de esta, y la de la primera se deducirá de la mitad de gananciales del segundo matrimonio correspondiente al marido.

Así lo sientan Febrero y sus reformadores siguiendo á Ayora de Particion. Part. 1, cap. 7, n. 2. En el caso supuesto debe bajarse del caudal inventariado, ante todas cosas, la dote segunda; despues las deudas del segundo matrimonio, y no otras anteriores, pues estas son de car-