

tica en la sociedad convencional: ley 16, tít. 10, Part. 3. Y si habiéndolos interpelado para su pago no lo hicieron, se le deberán satisfacer desde la interpelación, sea judicial ó extrajudicial, los justos intereses que á no haber expendido su dinero en los bienes de la herencia pudiera haber lucrado empleándolo en otra cosa ó negocio. Ayor., part. 3, *quest.* 20.

Asimismo los gastos hechos en defender la herencia por alguno de los herederos que la posee estando los demás ausentes deben pagársele del caudal hereditario, si aun no se habia dividido. Si se hubiese repartido, recae la obligacion proporcionalmente en los herederos mejorados, legatarios parciales y aun en la mujer por la mitad de gananciales si aun continuaban estos sin segregar del capital del marido. Lo dicho se entiende, de los gastos necesarios y útiles, no de los voluntarios, y la obligacion de indemnizar, solo alcanza á aquellos cuyos intereses hayan sido defendidos.

*Deducciones que deben hacerse de los bienes gananciales antes de proceder á la division de estos.*

598. Deducidos los bienes que el marido y la mujer acreditasen haber puesto por fondo en la sociedad conyugal al tiempo de casarse y despues de casados, y las deudas contraidas durante la sociedad conyugal, y por causa de la misma, en la forma y términos explicados, el residuo se considera como incremento y utilidad de dicha sociedad, esto es, como bienes gananciales, pues si bien suelen llamarse gananciales á los bienes que quedan despues de deducidos del caudal hereditario la dote y bienes parafernales de la mujer y el capital del marido, con propiedad solo son gananciales las utilidades que resultan despues de cubiertas las deudas mencionadas, puesto que los bienes que quedaban anteriormente, se consideran compuestos de dichas deudas y de sus réditos.

596. Son, pues, bienes gananciales todos los que quedasen de los que el marido y la mujer ó cualquiera de ellos, durante el matrimonio y viviendo en uno ó subsistiendo la union de ánimos entre los cónyuges, adquieren por título oneroso ó mediante su trabajo ó industria, y asimismo los frutos de los bienes propios que cada uno lleva al matrimonio, y de los que adquiere para sí por algun título lucrativo, mientras subsiste la sociedad conyugal: leyes 1, 3 y 5, tít. 4, lib. 10, Nov. Recop. Respecto del desarrollo y aplicacion de esta declaracion, pueden consultarse los autores de Instituciones de derecho civil. Febrero lo expone en los núms. 406 y 407. No pudiendo acreditarse, y no constando lo que el marido y la mujer llevaron como capital al matrimonio ó adquirieron durante él por título lucrativo, se tienen por gananciales cuantos se encuentren en la casa; pero si el marido ó la mujer probasen pertenecerles la propiedad de algunos, han de entregárseles: ley 4 citada. Estos bienes gananciales se dividen entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del difunto. Mas antes de proceder á esta division tienen que efectuarse del acervo comun de gananciales varias deducciones de bienes, gastos ó deudas por afectar al mismo.

597. Así pues, debe deducirse de los bienes gananciales antes de dividirse estos, del lecho cotidiano, para entregarlo al viudo ó viuda sobreviviente, porque pertenece á este y que el lecho era comun, si bien volviendo á casarse deberá restituirlo á los herederos del difunto, en el estado en que entonces se halle, sin abonar su deterioro porque le usufructúo legítimamente: ley 6, tít. 6, lib. 3 del Fuero Real.

598. Por lecho matrimonial se entiende el destinado para dormir los consortes, los colchones y jergones, cuatro sábanas, cuatro almohadas, colcha, manta y colgadura si la usaban; si bien debiera atenderse especialmente á las facultades y calidad de las personas y de la costumbre del pueblo. Estas cosas han de inventariarse y apreciarse para adjudicárselas al viudo ó á la viuda, y no dinero en lugar de ellas.

599. Tambien puede deducirse el lecho cotidiano del caudal comun antes de liquidar los gananciales, lo que viene á ser lo mismo que si se dedujera del acervo de estos, pues que contribuyen por mitad á su pago los bienes de uno y otro. Mas no se deducirá del caudal privativo del difunto, excepto si no hubiere gananciales, y fuese costumbre en el pueblo que aun en este caso se lleve el lecho el consorte sobreviviente. Si volviere este á casarse, restituirá solo el importe de la mitad del lecho cuando se dedujo de los gananciales, y el total si la deducion se hizo de los bienes propios del difunto.

600. No existiendo gananciales, y si deudas contraidas durante el matrimonio ó antes por el marido, tendrá la viuda derecho á la cama cotidiana con preferencia á los acreedores, si la cama fuere la misma que llevó la mujer al matrimonio, porque son bienes dotales suyos que no están sujetos á responsabilidad alguna; pero si se hubiese costeadado de los bienes propios del marido, y los acreedores tuvieron hipoteca general ó especial en las prendas de que se compone el lecho, serán preferidos á la viuda; porque esta pretende por causa lucrativa, y aquellos por causa onerosa. Si el lecho se hubiere adquirido durante el matrimonio, esto es, si perteneciere á los bienes ganados en dicho tiempo, y las deudas se contrajeron por ambos cónyuges, tambien serán preferidos los acreedores á la mujer, porque la obligacion comprende á esta; pero si el marido hubiese contraido las deudas antes de casarse, sacará la mujer la mitad del lecho con los gananciales; porque no está obligada á satisfacer las deudas de aquel.

601. Deben tambien deducirse del cuerpo de gananciales las dotes dadas á los hijos y las dominaciones *propter nuptias* concedidas á los hijos del matrimonio de cuya particion de bienes se trata, como carga que son de la sociedad conyugal; pero no habiendo gananciales, es peculiar y privativa del padre la obligacion de dotar, á no ser que la madre hubiese prometido dote á la hija juntamente con su marido, pues en este caso deberá pagarla por mitad cada uno de los consortes. Ley 4, tít. 3, lib. 10 de la Nov.

602. Dichas dotes y donaciones deben deducirse de los gananciales aunque se hicieran por el padre sin que la madre preste para ello su consentimiento, porque la obligacion de dotar es cargo de ambos consortes

cuando hay gananciales, y porque el marido puede disponer de ellos, segun la ley, para fines honestos; pero si este manifestase al dotar ó donar que lo hacia por cuenta de la legítima paterna, y no de la materna, aunque haya gananciales, no ha de satisfacerse de ellos, sino de los bienes del mismo padre, pues se entiende que fue su ánimo no gravar con esta deuda la mitad de ganancias correspondientes á su mujer. Si en este caso no alcanzasen los bienes paternos para cumplir lo prometido en dote ó donacion, deberá suplir la madre lo que falte, de su mitad de gananciales, mas no de sus bienes propios.

603. Si á consecuencia de la dote ó donacion que ofrecieren entrambos cónyuges, entregasen al hijo ó á la hija alguna finca propia de cualquiera de ellos, se entenderá sin embargo que la dote ó donacion fue hecha de los bienes gananciales, porque la ley no exceptúa este caso, y es una materialidad el que se den *tales* ó *cuales* bienes; á no ser que el dueño de la finca renunciare al beneficio de la ley, manifestando que como cosa suya propia hacia donacion irrevocable al donatario ó á la hija dotada, pues entonces esto deberá observarse como pacto formal.

604. Si la madre prometiese dote siendo el padre pobre, con autorizacion de este, deberá aquella satisfacerla de su haber.

605. Si despues de haber prometido dotar el padre y la madre, renunciase esta los gananciales, estará obligada, cuando ellos no alcancen, á pagar de sus bienes propios la parte que la corresponda hasta completar lo ofrecido; porque la promesa se hizo antes que la renuncia, y por consiguiente quedó eficazmente obligada la madre al cumplimiento, segun la ley citada.

606. Si el marido y la mujer prometiesen la dote en un pueblo donde por costumbre no se comuniquen los gananciales á la mujer, no quedará esta obligada con sus propios bienes al cumplimiento de lo prometido, porque en tal caso se entiende que hizo la promesa con el objeto solo de fiar á su esposo, lo cual la está prohibido: ley 61 de Toro. Pero si fuere rica, y el marido no pudiere satisfacer todo lo ofrecido, estará obligada, en dictámen de algunos jurisconsultos, á contribuir con sus propios bienes.

607. No habiendo gananciales en el matrimonio, si el padre ofreciese dotar á la hija, ó hacer al hijo donacion *propter nuptias*, deberá pagarlas de sus propios bienes, aunque tenga en su poder y administre bienes adventicios de dichos hijos, y aunque proteste que hace de estos la donacion ó entrega de la dote, pues por semejante protesta no se exime de la obligacion que le impone la ley teniendo bienes propios; pero si estos no alcanzaren, se pagará de los adventicios el resto, ó el total, siendo el padre absolutamente pobre.

608. Si este hubiere dado á una hija cierta dote, y despues casare otra, se entenderá esta dotada, si no se hubiere expresado, en los mismo términos que la primera, con tal que ninguna de dichas dotes exceda el importe de las respectivas legítimas debidas á las hijas.

609. Si la madre siendo curadora ó administradora de los bienes de su

hija, la dotase, no se entenderá que lo hace de sus bienes propios, sino de los de la hija, por cuanto no está obligada á ello como el padre, á menos que manifieste lo contrario; pero si la ofreciere en dote mas de lo que importen los bienes de la misma hija, se entiende haber prometido de los suyos el exceso.

*Liquidacion y division de los bienes gananciales propiamente dichos, ó deducciones que de ellos deben hacerse, despues de divididos entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del difunto.*

610. Verificadas las deducciones que acabamos de exponer de los bienes que restan despues de deducidos el capital privativo de cada uno de los cónyuges y las deudas contraídas durante la sociedad conyugal y por causa de la misma, las utilidades ó bienes que quedan son los que propiamente se llaman gananciales, y deben dividirse entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del difunto, por mitad ó por partes iguales aunque el un consorte hubiere aportado al matrimonio mas bienes que el otro, excepto en los pueblos donde estuviere en observancia fuero particular que prescriba se haga la division proporcionalmente á los bienes que cada uno hubiere aportado, ó de otra suerte.

611. Esta mitad de bienes gananciales se une al capital ó fondo que cada cónyuge llevó al matrimonio, debiendo hacerse de cada haber las deducciones ó bajas particulares ó correspondientes al mismo. Tales son, las deudas privativas ó peculiares de cada cónyuge, á saber: las contraídas antes del matrimonio, cuya deducion se hará en el orden y forma que se dijo en el número 582 y siguientes; los gastos que haya hecho cada consorte en alimentar á sus padres respectivos ó á los hijos habidos de anterior matrimonio; las dotes de las hijas y las donaciones *propter nuptias* hechas á los hijos de igual procedencia conforme se expuso en el número 585; las dotes y donaciones *propter nuptias* que hicieran los padres á las hijas ó hijos del matrimonio de cuya particion se trata, manifestando que lo hacia por cuenta de la legítima paterna que en su dia correspondia al agraciado, si alcanzare dicha legítima para cubrirlas, conforme se expresó en el número, y las arras que hubiese ofrecido y no entregado el marido á la mujer.

612. Sobre el modo de hacerse esta deducion conviene tener presente lo que expone Febrero atendiendo á la diversidad de circunstancias que pueden ocurrir, y es como sigue:

«Si el marido prometió solamente las arras, sea en el mismo contrato dotal ó en otro separado, se ha de distinguir si hay gananciales, y si la mujer los renuncia ó no. Si no los hay, se han de bajar del caudal propio del marido hasta en la décima, y no mas, como una de las deudas contra este: si los hay y la mujer los renuncia, lo mismo es sacar aquellas del cuerpo de la herencia despues de la dote que del caudal restante, sin distincion de si son ó no del capital del marido, pues entonces todo es de este,

y no se le hace agravio, por no pagársele de sus propios bienes llevados al matrimonio, ni de su parte de gananciales porque no los quiere.

»Pero si la mujer acepta los gananciales despues de bajar la dote, bienes parafernales, deudas del matrimonio, capital del marido y la mitad de gananciales que le tocan, se une la otra mitad de estos al capital del marido, y hechas un cuerpos estas dos partidas, se deduce de su total hasta en la décima el importe de las arras, y no mas, aunque la oferta exceda á esta como deuda contra él, y el residuo líquido es el legitimo haber del marido. Luego se unen la dote, arras, mitad de gananciales y demás derechos pertenecientes á la mujer y lo que sumen es lo que le tocará.

»Si ademas la hubiere legado su marido el quinto ó parte de él, se sacarán las arras, porque siendo estas un débito contra el caudal del marido, habrán de separarse primero como cosa aiena, y de no hacerlo asi, resultaria perjuicio á la mujer. Lo dicho sobre la deduccion de las arras se entiende cuando el marido al contraer matrimonio era soltero, ó viudo sin hijos, pues uno y otro pueden ofrecer arras, y ademas legar el quinto á su esposa, no descendiendo en aquellas la cantidad prefijada por la ley; pero si el viudo que se casó segunda vez, tuviere hijos del primer matrimonio, se deducirán las arras del quinto, porque los hijos y demás descendientes legitimos tienen ya adquirido un derecho á los bienes de su padre, y se les deben todos, segun ley, excepto el quinto, y porque de otro modo se contravendria á la ley 28 de Toro, en la cual se prohíbe al padre disponer de mas que de un quinto en vida y en muerte, por lo que si diere ú ofreciere arras, y ademas legare el quinto, gravaria las legítimas en el importe de las arras.

»Si el marido tuviese ascendientes legitimos y no descendientes, el legado que hiciere á su mujer no podrá exceder del tercio.

»Si al tiempo de hacer la particion estuviere casada segunda vez la mujer, se le debe aplicar solamente el usufructo de las arras, y no su propiedad, porque esta toca á los hijos del marido, y debe reservarla: ley 26, título 13, Part. 3.

»Si el marido hubiera ofrecido arras, y tambien diese joyas ó preseas y vestidos á su esposa viuda ó soltera, debe escoger esta cuál de las dos cosas quiere (pues no se le permite percibirlo todo) dentro de 20 dias despues de requerida por los herederos de su marido; no haciendo la eleccion en ellos, podrán hacerla los herederos, y muerta ella, la pueden hacer los suyos en el mismo término: ley 3, tit. 3, lib. 10, Nov. Recop. Todo esto se ha de entender con arreglo al importe de arras y joyas.

»Si casándose el marido muchas veces ofrece en arras á todas sus mujeres la décima parte de sus bienes, segun puede hacerlo, ha de ser aquella de los que por muerte de cada una le tocaban y percibiria á haberse hecho particion, y no constando á cuánto ascendian, como que son créditos de una naturaleza y privilegio, el primero en tiempo, lo será en derecho, de suerte que los hijos de la primera sacarán la décima de todo lo que deje; los de la segunda, la del residuo, y asi sucesivamente. Por ejemplo, si dejó cien mil

reales líquidos, llevarán los de la primera diez mil que son la décima de ellos; de los noventa mil que quedan, sacarán su décima los de la segunda, etc. Si á alguna ó algunas ofreció cantidad determinada, se ha de mirar si cabe ó no, y asimismo se la consignó en sus bienes presentes ó futuros ó solamente en los presentes: si no cabe, se la abonará lo que quepa y no mas, y si cabia en los que tenia cuando se ofreció y no en los que deja, se le ha de abonar el total, con tal que no se grave la legitima de los descendientes, pues en perjuicio de estos no pudo donar ni ofrecer mas que el quinto.»

613. Aunque algunos autores opinan que el luto ordinario ó cotidiano de la viuda que los herederos del marido deben dar á la misma segun su clase en los pueblos donde haya costumbre de llevarle, debe deducirse del quinto de sus bienes, esta opinion no es admisible; porque segun la ley 30 de Toro, solo deben rebajarse del quinto los gastos del funeral, misas, mandas piadosas y demás legados; no pudiendo por consiguiente gravarse aquel en mas de lo que la ley dispone, á menos que el testador ordenare otra cosa, ó haya tal costumbre en el pueblo. Así pues, dicho luto ó su importe habrá de rebajarse del caudal privativo del difunto como deuda contra él, y no del cuerpo de bienes; porque entonces pagaria la mitad la viuda, siendo de notar que al marido no se debe luto por la muerte de su mujer; porque no tuvo derecho á ser alimentado de los bienes de ella, y así solo habiendo costumbre se le abonará. El luto de los herederos deben costearlo ellos mismos de su privativo haber, y no del caudal comun, porque además de no haber ley que lo prevenga, pagaria la viuda indebidamente la mitad de su importe; tampoco debe costearse del quinto; porque la ley prefijó las deducciones que deben hacerse de él, y esta no se halla comprendida; fuera de que el luto redundaba en utilidad de los mismos herederos, ahorrándoles otros vestidos mientras le gastan.

614. En el núm. 552 se insinuó ya que el marido tenia derecho á repetir los gastos necesarios ó útiles que hiciere en las fincas dotales, reteniéndolas hasta su reintegro. Mas cuando despues de cubrir la dote y el capital del marido, resultan como gananciales dichos gastos, ó por mejor decir, las mejoras que ellos hubiesen producido, habrán de repartirse entre ambos consortes, debiendo hacerse la division del modo siguiente. Suponiendo que la finca dotal cuyo valor primitivo era de veinte mil reales, recibió una mejora de diez mil, y que además hay de gananciales otros diez mil, se aplicará á la mujer su finca valuada en treinta mil: los veinte mil por su valor primitivo, y los diez mil por la mejora, adjudicando al marido los diez mil restantes de gananciales. Si aun hubiere mas de estos, se repartirán por mitad, adjudicando á la mujer su parte en otros bienes; pero si al contrario solo resultare como ganancial la mejora de la finca, se aplicará á la mujer una y otra, y el marido ó su heredero recibirá la mitad que le corresponde de dicha mejora en otros bienes propios de la mujer, ó en dinero que esta le entregue.

Habiendo mejorado el marido los bienes dotales, y mandando en su tes-

tamento que sus herederos *entreguen á la mujer libremente lo que llevó al matrimonio*, deberán entregárselos con todos los frutos y mejoras, pero con esta distincion: si los herederos no son forzosos, habrán de entregarla los bienes dotales sin descuento alguno de frutos ni mejoras; porque se presume que el marido la hizo donacion ó legado de todo, como indica la palabra *libremente*; pero si los herederos fueren forzosos, solo tendrá lugar dicho legado en cuanto no perjudique á la legítima de estos, descontando por consiguiente el exceso. No obstante lo expuesto, si el marido dijese solo que se la devuelva la dote, podrán los herederos, de cualquiera clase que sean, descontarla el importe de las mejoras, pues en tal caso no hay lugar á la presuncion de que fue su ánimo donárselas ó legárselas.

615. El marido no podrá repetir los gastos que hubiere hecho en la última enfermedad, porque se comprenden en la clase de alimentos que debe suministrarla, pero sí los gastos funerarios, porque no deben hacerse á costa de él, sino de los bienes de la mujer, pues disuelto el matrimonio cesan todas las obligaciones de la sociedad conyugal.

*Modo de hacerse las deducciones ó liquidacion y division de los gananciales y demás bienes cuando ha habido dos ó mas matrimonios ó hijos de ambos.*

616. Las reglas expuestas sobre el modo de hacerse las deducciones ó liquidacion y division de los bienes de cuya sucesion se trata por muerte de un cónyuge, y en su consecuencia, sobre el modo de liquidarse y dividirse los gananciales, se refiere al caso de que solo hubiese habido un matrimonio, ó de que habiendo existido dos ó mas, se hubiese verificado al disolverse cada uno de ellos, el inventario y liquidacion de los bienes respectivos y del haber del cónyuge difunto ó de sus herederos y del sobreviviente, antes de contraer este un nuevo enlace. Mas cuando por haber contraído, por ejemplo, el marido, segundo matrimonio sin practicar el referido inventario y particion de bienes por muerte de la primera mujer, se hallasen confundidos los bienes aportados al primer enlace por ambos consortes con los llevados al segundo por la segunda mujer, y el marido de esta y de la primera, y asimismo los demás bienes, adquiridos durante ambos consorcios, y se disolviese el último por muerte de alguno de los cónyuges y hubiese hijos de ambos enlaces, si bien deberán formarse tantas particiones quantos sean los matrimonios contraídos, puesto que se trata de otras tantas herencias, deberán seguirse, para saber las cantidades que deben deducirse ó las deducciones que deben hacerse con anterioridad ó posterioridad, diferentes reglas especiales, segun la diversidad de casos que pueden ocurrir, aunque con sujecion al espíritu de las reglas expuestas en el núm. 546, para que resulte aplicarse á cada consorte ó á sus herederos solo é íntegramente los bienes suyos propios ó que les corresponden como adquiridos en la sociedad conyugal efecto de su matrimonio, y no bienes adquiridos que deban considerarse como aportados ó adquiridos en otro enlace.

Hé aquí las reglas que deben seguirse aplicadas á los casos principales

que ocurren sacadas de las que expone Febrero, como pudiendo servir de norma para los demás.

1.º Cuando constare solamente lo que la mujer primera llevó en dote ó por otro título al matrimonio, pero no se sabe los bienes que quedaron á su fallecimiento, y resultan los hastantes para cubrir las cargas y deudas de ambos. En este caso, se deducirá en primer lugar, la dote y demás bienes que la segunda mujer llevó á su consorcio, pues si se dedujera antes la dote de la mujer primera, se perjudicaria á la segunda en la mitad de sus gananciales, segun se expuso en el núm. 557 (véase tambien el núm. 556). En segundo lugar se deducirá el capital que hubiere llevado el marido al matrimonio segundo; despues, se deducen las deudas contraídas durante este; lo que quedase se considera como gananciales del matrimonio segundo; la mitad de estos unida al capital de la segunda mujer, será para ella ó sus hijos ó herederos (si tambien hubiere fallecido); de la otra mitad de gananciales correspondiente al marido difunto, unida á su capital, se rebajará y adjudicará á los hijos ó herederos de la primera mujer, lo que acreditaren legalmente debérseles por dote, arras y demás derechos de su madre, ó lo que es lo mismo, por el capital que esta llevó á su matrimonio, pues dichas cantidades corresponden á los referidos hijos como deuda contra su padre á que era responsable: lo que reste deducidas la dote ó capital de la primera mujer y demás deudas privativas del padre, y las arras de la segunda, en caso de haberlas, se repartirá por partes iguales entre los hijos de ambos matrimonios, ó herederos de estos, pues les corresponde á título de herencia paterna. Tambien podrán obtener los hijos del primer matrimonio ó sus herederos los gananciales que prueben plenamente existian al fallecimiento de la primera mujer, y cuántos y cuáles eran, sin que baste para que se considere hecha esta prueba, justificar que se compraron ó adquirieron durante el matrimonio, porque pudo hacerse la adquisicion con dinero dotal de los bienes parafernales ó con el capital del marido, sino que para que se tengan por multiplicados durante el primer matrimonio es preciso acreditar claramente que cuando su madre murió habia además bienes bastantes para satisfacer todo lo que ambos cónyuges llevaron á su matrimonio y las deudas contraídas durante él, y además otros bienes que eran los gananciales. Si hubiese habido gananciales en el primer matrimonio, deberá tenerse presente lo expuesto en el párrafo segundo del número 556.

2.º Cuando constaren los bienes ó el capital que la primera mujer llevó al matrimonio, y no hubo gananciales, y el marido llevó algunos bienes al segundo enlace, mas no los suficientes para cubrir el haber de la mujer primera, se harán las deducciones conforme se expresó en el núm. 557.

3.º Cuando no constan los bienes propios que el marido y la mujer llevaron al primer matrimonio, pero si los que quedaron al fallecimiento de aquella, como todos en este caso se reputan gananciales, deben dividirse por mitad entre ambos. Separados, pues, como se ha dicho, de los respectivos capitales que se llevaron al segundo matrimonio, las deudas y gananciales

de este, de lo que toque al padre, se aplicará á los hijos del primero la mitad de bienes que quedaron al fallecimiento de su madre, hechas las correspondientes deducciones aun cuando el padre no hubiere llevado bienes ningunos al segundo matrimonio, porque les pertenece como legítima materna, y si sobrase algo, se repartirá con igualdad entre los hijos del primer matrimonio y los del segundo como herencia paterna.

4.º Cuando por los correspondientes inventarios y documentos ó probanzas, convenio ó confesion de los interesados, constan los bienes que respectivamente llevaron á los diferentes matrimonios el marido y sus mujeres, juntamente con los que adquirieron durante la sociedad conyugal, y hubiese suficiente caudal para todo. En este caso ninguna dificultad se ofrece para hacer la particion respecto de las legítimas maternas. Asi es, que si el padre falleciere estando viudo de la segunda mujer, no hay mas que aplicar á los hijos de esta y á los de la primera, con arreglo á las disposiciones testamentarias de entrambas, sus respectivos haberes maternos por dote, gananciales y demás derechos, deduciendo antes los gastos de funeral, misas y legados. Lo que despues de esto quede, pertenece al padre comun, y debe repartirse con igualdad entre todos los hijos (en caso de que no haya legado, mejora, ni derecho de reservacion á favor de alguno) hubiese ó no llevado capital el padre á estos diferentes matrimonios, y háyanse adquirido mas gananciales en uno que en otro, ó todos en el uno solamente. No se verifica en este caso la particion de los bienes del padre entre los hijos de sus distintos matrimonios proporcionalmente á los bienes que aquel llevó ó adquirió en cada enlace, porque como sus hijos están reintegrados de la parte de sus madres, y hasta que su padre muere nada se les debe de la legítima paterna ni tampoco la hay, no se debe hacer mérito, ni atender por lo concerniente á esto 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.

5.º Cuando el marido lleva al segundo matrimonio bienes suficientes no solo para cubrir el haber de los hijos del primero, que existe en su poder y les corresponde así por sus legítimas maternas como por el derecho de reserva, sino tambien algunos suyos propios, y durante el segundo les da el todo ó parte de lo que les toca por los títulos expresados, ó algo mas en cuenta de las paternas. Si les dió el todo ó parte de los bienes maternos, se puede girar la cuenta de dos modos; el primero es agregar numéricamente al caudal inventariado lo entregado á los hijos, y hecho todo un cuerpo como si todo se hubiera hallado en su poder, deducir de él la dote segunda, las deudas de este matrimonio y el capital íntegro del marido segun lo llevó, á saber: con todos los bienes pertenecientes á los hijos del primer matrimonio, por legítima materna, y lo que quede despues de hechas estas tres deducciones será lucro, que se dividirá por mitad entre su viuda y los hijos de esta y de la primera como herederos todos de su padre; pues de no incorporarse á lo inventariado lo donado á estos, y bajar enteramente su

capital como si nada se hubiera sacado de él, seria perjudicada la viuda en la mitad de su importe, y los hijos de la primera beneficiados indebidamente en ella. El segundo modo es en vez de agregar al cuerpo de bienes lo entregado á los hijos, considerar el capital que el padre llevó al segundo matrimonio disminuido con el importe de este desembolso á la manera que cuando lleva deudas y se pagan durante el matrimonio, y haciendo las deducciones de dote y deudas saldrá la misma cuenta y porcion de gananciales.

Si dió algo mas á los hijos del primer matrimonio de lo que les correspondia por la legítima materna, en cuenta de la paterna, se puede hacer la cuenta de dos modos. El primero es agregar al caudal inventariado no solo lo que llevaron por su madre, sino tambien lo que su padre les anticipó por su legítima paterna; deducir de lo que sume este total la segunda dote, las deudas del segundo matrimonio y el capital íntegro que el padre llevó á la sociedad conyugal, y el residuo, hechas estas bajas, se dividirá por mitad entre la viuda y los hijos, como gananciales. El segundo modo es unir solamente al caudal inventariado lo que el padre anticipó á sus hijos en cuenta de su haber paterno; deducir de lo que importen estas dos partidas la dote segunda, las deudas del último matrimonio y lo que llevó el marido como capital suyo propio sin responsabilidad al segundo matrimonio, separando lo que comprendia su capital perteneciente á sus hijos por su legítima materna como entregado ya ó como si no lo hubiera incluido en él, y lo que resulte, hechos estos descuentos, serán bienes gananciales que se repartirán como en la cuenta anterior.

6.º Cuando habiendo hijos de dos matrimonios, no se sabe si hubo gananciales, ni en caso de haberlos, en cuál de los matrimonios se adquirieron para dividir entre los hijos procreados en ellos los que tocaron á sus respectivas madres. En este caso, que es el mas árduo de todos, interpondrá el contador sus buenos oficios para facilitar un arreglo ó convenio entre los interesados con arreglo al artículo 475 de la ley; y si no pudiesen avenirse, se observará lo siguiente. Si por escrituras ú otras pruebas resultaren comprados en cada matrimonio algunos de los bienes existentes, se reputarán gananciales respectivos de él, y se aplicará la mitad á los hijos de aquel matrimonio, como adquiridos mientras estuvo casada su madre, pues la otra mitad corresponde al padre, en la cual todos los hijos indistintamente son interesados, si á ninguno hubiese hecho mejora. Si nada resultare ni pudiese probarse, es necesario exáminar cuánto tiempo estuvo casado el padre con cada mujer, qué negocios manejó, qué utilidades ó pérdidas tuvo, qué contratiempos le sobrevinieron á él, su mujer, hijos ó hacienda, con las demás circunstancias ú ocurrencias que puedan influir en dicha apreciacion. En su vista formará su cálculo el contador prudencialmente, lo participará á los interesados, y si no se convinieren, lo propondrá al juez, ed cuyo caso se observará lo prescrito en los arts. 475, 476 y 477 de la ley de Enjuiciamiento civil.

Si en el caso expuesto tratasen los hijos de dos matrimonios de suceder al padre comun sin respecto á las madres, nada importa que se acredite ó no los gananciales que se adquirieron en cada matrimonio, pues respecto de aquel es lo mismo que si fueran herederos de una sola madre, segun se dijo en el caso cuarto, porque hasta que el padre muere ningun hijo tiene derecho á exigir su legítima paterna, y entonces 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 cuantos y á que todos son suyos. De lo contrario, v. gr., si en el primer matrimonio los había adquirido todos, nada deberían participar los hijos del segundo no obstante ser hijos suyos como los otros, y quedarían privados de su legítima ó perjudicados en ella, lo cual era suponer en el padre la obligacion de reservar dichos bienes para los hijos de cada matrimonio; y no poder usar libremente de los que había adquirido en cada uno de ellos ó estando viudo; obligacion que ninguna ley le impone, ni le prohíbe su uso, como dueño de todos. V. el Febrero por Gutierrez, t. 3.º, pág. 516, núm. 190.

*Deducción de los gastos del funeral y misas de los legados, y liquidación de la herencia entre los herederos legítimos y extraños, mejorados y legatarios.*

617. Liquidado el haber respectivo de cada cónyuge, pagadas las deudas de la sociedad conyugal y las propias y peculiares de aquel de cuya sucesion se trata entre los que se cuenta, siendo esta el marido, la cuarta marital que á su viuda pobre se debe segun ley 7, título 13, Partida 6 en los casos que exponen Febrero reformado por Goyena, números 1962 al 1963, y Escriche, artículo *cuarta marital*, y en una palabra, hechas las deducciones expuestas para partir los bienes del difunto entre sus herederos, todavía han de verificarse otras bajas, bien de todo el caudal propio de este ó de una sola parte de él, segun que dejase ó no herederos forzosos y que estos fuesen descendientes ó ascendientes legítimos: tales son las de los gastos del funeral, misas y mandas pias y demás gracias que hubiese hecho.

618. Por gastos funerales se entiende los que se verifican en el entierro y exequias del cadáver. Estos gastos se arreglan á lo mandado por el testador, con tal que sea proporcionado á su fortuna y circunstancias ó á la cantidad de que la ley le permite disponer para este objeto, pues si excedieren de ella, no se cumplirá su voluntad, y el heredero que lo hiciere, satisfará el exceso de su propio haber hereditario. V. la ley 12, tit. 3, Partida 1. En estos gastos se comprenden la limosna de misas por su alma y asimismo la misa de cabo de año y novenario, si los mandó hacer el testador con arreglo á aquella cuota, mas no si los hicieron voluntariamente los herederos segun se ha dicho de los anteriores. No se comprenden en estos gastos los que hagan los hijos y la mujer del difunto por lutos á causa de su falleci-

miento conforme se indicó al exponer que el luto de la viuda se paga del haber del marido despues de deducida la mitad de gananciales.

619. Cuando la persona de cuya sucesion se trata dejase descendientes legítimos, deberán deducirse dichos gastos del quinto de su caudal propio, segun lo dispone la ley 30 de Toro, que es la 9, tit. 20, lib. 10 de la Novísima Recop., que dice: «la cera y misa y gastos del enterramiento se saquen con las otras mandas gracias del quinto de la hacienda del testador y no del cuerpo de la hacienda aunque el testador mande lo contrario.» Esta prohibicion que se le impone se funda en que el testador no puede disponer, teniendo hijos ó descendientes legítimos á favor de su alma ó de extraños, mas que de la quinta parte de sus bienes por corresponder á aquellos las otras cuatro quintas partes, como legítimas, segun la ley 8, tit. 20, lib. 10 de la Nov. Recop., y si el testador dispusiera de mas entre extraños, disminuiría la legítima de los descendientes. Así pues, deberá reducirse á dicho quinto el legado de mayor cantidad que hiciere el testador á favor de su alma ó de un extraño. Si ademas dejase otro quinto á favor de un descendiente legítimo (en cuyo caso se entiende que lo mejora en él) valdrán ambos quintos con tal que no disponga del tercio, por considerarse uno de aquellos como parte de este, porque teniendo el padre facultad para mejorar á sus hijos ó descendientes legítimos en el tercio y quinto, con mayor razon puede hacerlo en dos quintos, uno de los cuales se considera como parte del tercio.

620. Los gastos del funeral, misas y mandas piadosas se deducirán antes que los demás legados cuando no alcanzase el quinto para satisfacerlos todos, aplicando á estos á prorata lo que restase, ó disminuyéndolos en cuanto al exceso por el derecho de prelación y preferencia que tienen los referidos gastos. V. Febrero reformado por Goyena, núm. 2581 y Llamas á la ley 30, núms. 6 y 7, y leyes 12, tit. 13, Part. 1, y 30, tit. 13, Part. 3.

621. Adviértase que segun la opinion mas fundada no deben deducirse del quinto los gastos de la última enfermedad de la persona de cuya sucesion se trata porque se hicieron durante el matrimonio, como carga de la sociedad conyugal, y deben deducirse del acervo comun de gananciales.

622. Cuando el difunto no dejase hijos ó descendientes herederos legítimos, pero sí ascendientes que sean herederos, deberán deducirse los gastos enunciados del tercio de su caudal propio, pues aunque la ley 30 de Toro solo comprende el caso de que haya descendientes, debe extenderse al de que heredaren los ascendientes por identidad de razon. Tal es la interpretacion de nuestros principales expositores segun sienta Llamas en el número 41 de su comentario á la ley 30 de Toro, que dice así: como la disposicion de esta ley principalmente se ordena á precaver que no se perjudique á los herederos legítimos en la parte de la herencia que les corresponde, siendo tan legítimos herederos los ascendientes de sus descendientes como estos de aquellos, es claro que cuando los ascendientes sean herederos de sus descendientes, como lo previene la ley 6 de Toro, se observe con ellos esta