1379, 1380, 1417 y 1428; el prusiano en el 436 tít. 1º part. 2; y el sardo en el 1558.

Por lo que hace á la sociedad conyugal, los artículos 1399 francés, 1573 sardo, 1395 napolitano, 202 holandés y 1310 español, la consideran comenzando á existir desde el momento de la celebracion del matrimonio.

Por los artículos 412 tít. 1º part. 2 del Código prusiano, 117 del holandés y 1312 del español, la renuncia á la sociedad legal no puede hacerse durante el matrimonio, sino en caso de separacion judicial.

Por los artículos 1395 napolitano, 1313 español, 1574 sardo y 208 holandés, la sociedad legal se gobierna por las reglas del contrato de sociedad: así es que como se ve en los 1314, 1315, 1316, 1317 y 1318 del español, hay bienes particulares de cada cónyuge ó socio, y pertenecientes á la sociedad como se ve de los 1319 al 1328 del mismo Código. Son bienes propios de la mujer los que constituyen la dote, y del marido los que componen el haber marital. Los bienes donados ó dejados en testamento á los esposos conjuntamente, con designacion de partes determinadas, pertenecerán en la proporcion designada por el testador á la mujer como dote y al marido como capital marital. Si las donaciones fueren onerosas se deducirá de la dote ó capital del esposo donatario, el importe de las cargas cuando hayan sido soportadas por la sociedad. En el caso de pertenecer á uno de los cónyuges algun crédito pagable en cierto número de años ó una pension vitalicia, se observará lo dispuesto en los artículos 1321 y 1322 para regular la dote y el capital del marido. De estos artículos hablarémos luego. Son bienes gananciales segun los artículos 1401 y 1498 francés, 1355 napolitano, 2371 de la Luisiana, 1576 sardo, 1084 y 1089 de Vaud y 1319 español, primero: los adquiridos por título oneroso durante el matrimonio á costa del caudal comun, bien se haga la adquisicion para la comunidad, ó para solo uno de los esposos. Segundo: los obtenidos por la industria, sueldo ó trabajo de los cónyuges ó de cualquiera de ellos; y tercero, los frutos, renta ó interes percibidos ó devengados durante el matrimonio, procedentes de los bienes comunes ó de los peculiares de cada uno de los cónyuges.

Los productos y rendimientos de la profesion, oficio ó cargo de cualquiera de los cónyuges son gananciales; pero no lo es la propiedad de los mismos oficios ó cargos, á ménos que hayan sido adquiridos durante el matrimonio á costa del caudal comun ó por la industria de los cónyuges ó de alguno de ellos.

Cuando pertenezca á uno de los cónyuges una cantidad pagable en cierto número de años, no serán gananciales las sumas cobradas por los plazos vencidos durante el matrimonio, sino que se estimarán como parte de la dote, si el crédito es de la mujer ó como capital del marido, si perteneciere á éste el crédito.

El usufructo ó pension pertenecientes á uno de los cónyuges perpetuamente ó durante su vida, forma parte de sus bienes propios; pero los frutos é intereses devengados durante el matrimonio son gananciales.

Si el usufructo ó pension no fuesen perpetuos ó vitalicios, los frutos é intereses aunque sean devengados durante el matrimonio, son bienes de cónyuge usufructuario ó pensionista, con deduccion de los gastos suplidos por la sociedad. Sin embargo; el usufructo de los cónyuges en los bienes de sus hijos, aunque sean de otro matrimonio, se rige por lo dispuesto en el primer párrafo de este artículo.

Serán gananciales los frutos del matrimonio pendientes al tiempo de disolverse la sociedad, y se prorratearán dividiéndolos entre todos los dias del año y aplicando á la sociedad lo correspondiente á los dias que la misma sociedad hubiese durado en el último año, el cual se empezará á contar desde el aniversario de la celebracion del matrimonio.

Los bienes adquiridos por el marido durante el matrimonio con dinero propio suyo, se reputarán gananciales, á no ser que el mismo marido hubiere declarado en forma auténtica al tiempo de la adquisicion, que los adquiria para sí; pero en el primer caso el precio corresponderá al capital marital en la cantidad que sacó del mismo.

Las impensas útiles hechas en los bienes peculiares de cualquiera

de los cónyuges, por anticipaciones de la sociedad, ó por la industria del marido ó de la mujer, son gananciales.

Lo serán tambien los edificios construidos durante el matrimonio en suelo propio de uno de los cónyuges, abonándose el valor del suelo al cónyuge á quien pertenecia.

Cuando la dote ó el capital marital se componga en todo ó en parte de ganados que existan al tiempo de la disolucion, se reputarán gananciales las cabezas que escedan de las aportadas al matrimonio.

Las ganancias hechas al juego por el marido ó la mujer, ó provenientes de causa torpe que no sean restituibles, pertenecen á la sociedad, sin perjuicio de lo dispuesto en el Código penal.

Se reputarán gananciales todos los bienes del matrimonio, mientras no se pruebe que pertenecen privativamente al marido ó á la mujer.

FRACCION II.

Bienes parafernales.

"Semejantes á los bienes dotales, dicen Serna y Montalban, son los que por cualquiera título distinto del de dote lleva la mujer al matrimonio ó adquiere durante él, á los que se da el nombre de *parafernales ó extra dotales*."

Hay sin embargo entre ellos y la dote dos diferencias interesantes. Primera: que la mujer puede retener el dominio de los bienes parafernales, que solo pasará al marido cuando se le hayan entregado con esta intencion, segun la ley 17 tít. 11 de la Partida 4ª, lo cual no se verifica con la dote, de la cual hemos visto que pasa siempre al dominio del marido, con mas ó ménos limitaciones. Segunda: que si bien la mujer tiene hipoteca tácita sobre los bienes del marido, tanto respecto á los parafernales como á la dote, segun la ley citada, no así el privilegio de prelacion que le corresponde en los dotales, conforme á la opinion mas comun y fundada.

"El marido como gefe de la familia, administra los bienes parafernales de la mujer, lo que ademas de ser conforme con la índole de la sociedad conyugal, encuentra apoyo en la ley 7ª tít. 2º lib. 10 de la Nov. Recop."

FRACCION III.

Donaciones esponsalicias.

Sobre este punto y algo de los siguientes continuarémos copiando las doctrinas de los Sres. Serna y Montalban, porque las materias que aquí tratan están muy bien fundadas y compendiadas.

"Los esposos, ántes de contraer matrimonio, se suelen hacer recíprocamente en señal de afecto y de cariño, regalos y obsequios que por lo regular consisten en joyas y vestidos. Estas dádivas han recibido el nombre de donaciones esponsalicias, y eran conocidas entre los romanos con el nombre de *sponsalitiæ largitates:* en el uso comun se las llama *vistas*, *regalos de boda*, *galas*, *donas* y con otras denominaciones. Y aunque, como hemos dicho, las pueden hacer ámbos, el esposo es quien generalmente suele darlas en beneficio de la esposa." Ley 3 tít. 11 de la Partida 4ª.

"Como donaciones esponsalicias consideran generalmente los intérpretes, los regalos que con motivo del casamiento hacen los parientes del uno de los novios al otro; pero no los que se dan en consideracion al mismo agraciado á cuya clase pertenecen los hechos por sus parientes." Ni estos autores ni algunos otros que hemos consultado sobre este particular nos fijan regla alguna para no equivocarnos en la distincion de las donaciones hechas á la persona por consideracion á ella misma, y las que lo son por razon al matrimonio.

Estas donaciones no se revocan al arbitrio de quien las hizo, á no ser que intervenga una justa causa. Se considera como tal; primera, el no haberse contraido el matrimonio; y segunda, el haber dejado de contraerse por causas estrañas á la voluntad de los otorgantes; en cuyo caso si la mujer hizo la donacion volverá á recobrarla, y si la hizo

el marido la recobrará tambien, á no haber intervenido ósculo; habiendo intervenido se le devolverá solamente la mitad." Leyes 3 tít. 11 Partida 4ª y 3ª tít. 3 lib. 10 de la Nov. Recop.

FRACCION IV.

Arras.

La donacion que hace el esposo á la esposa en remuneracion de la dote ó de sus prendas personales es lo que llamamos *arras*, voz con que era conocida por el sistema foral la dote de los godos, y que tiene muchos puntos de semejanza con la presente institucion.

Hay una diferencia capital entre las arras y la donacion *propter nuptias* de las Partidas, y consiste en que en la donacion *propter nuptias* el dominio era de la mujer durante el matrimonio, y disuelto éste volvia al marido ó á sus herederos, de modo que solo venia á ser una especie de hipoteca para la seguridad de la dote y las arras; por el contrario disuelto el matrimonio que se consumó quedan absolutamente de la mujer.

Las arras, dicen innumerables autores, son una donacion; y como ésta es inválida con arreglo á derecho, no puede hacerse ni aumentarse durante el matrimonio.

Por los mismos motivos que las donaciones esponsalicias, las leyes 9 tít. 4º de la Part. 5ª; 1ª y 2ª tít. 2 lib. 3º del Fuero Real; y 1ª tít. 3 lib. 10 de la Nov., que es la 2ª tít. 2 lib. 5º de la R. y 50 de Toro, han fijado límites á las arras que jamas pueden esceder de la décima de los bienes del novio.

Cuando el matrimonio se ha consumado, el dominio de las arras pasa á la mujer, y quedan en su poder disuelto tal enlace; de lo contrario las devolverá al marido ó á sus herederos, segun lo dispuesto por la ley 2 tít. 3 lib. 10 de la Nov. R. Mas si solo hubiere el esposo dado ósculo á la esposa, ésta gana, haya ó no consumado y aun

realizádose el matrimonio, la mitad de todo lo que la hubiere dado el esposo, sea este de presente ó de futuro, dice la misma ley.

Aunque la administracion de las arras corresponde al marido como gefe que es de la familia, no puede enagenarlas ni aun con el consentimiento de la misma mujer, pues espresamente lo prohibe la ley 4ª tít. 3 lib. 3 del Fuero Real.

La mujer adúltera; la que voluntariamente hubiere abandonado á su marido; y la que hubiere huido de su casa tambien por su voluntad, son castigadas, entre otras penas, con la de perder el dominio de las arras; así lo ordena la ley 6ª tít. 2º lib. 3 del Fuero Real. Segun la ley 2ª tít. 3 lib. 10 de la Nov. R., si hubiese en el mismo matrimonio arras y donaciones esponsalicias, disuelto el matrimonio consumado, la mujer ó sus herederos tienen derecho de escojer una ó las otras, dentro de veinte dias contados desde el en que fueren requeridos con este objeto; y si no lo hicieren pasa este derecho á los herederos del marido, ó á éste en su caso.

FRACCION V.

Donacion propter nuptias.

Idéntica en el nombre esta donacion á la que conocieron las Partidas, es en su esencia del todo diferente. Consistia la última en cierta porcion de bienes que daba el marido á la mujer por razon de matrimonio y en cuya posesion entraba ésta desde luego, si bien el marido conservaba el dominio y administracion de ellos, pero sin facultad de venderlos ni enagenarlos. La donacion *propter nuptias* tenia por principal objeto constituir una hipoteca que respondiese de la seguridad y devolucion de la dote, y entre ésta y la primera habia de guardarse cierta igualdad y se observaba cierta semejanza, conforme á las leyes 1ª, 7ª y 23 tít. 11 de la Partida 4ª Nada de esto sucede con la donacion *propter nuptias* consignada en las leyes de Toro, y es la que *los padres hacen á sus hijos para sostener con*

decoro las cargas del matrimonio, como lo dicen la ley 5ª tít. 3 lib. 10 de la Nov. R. y la 9 tít. 6 del mismo libro y Código.

Concluirémos advirtiendo que para evitar repeticiones nada decimos de lo que sobre el particular dispone le ley de 10 de Agosto de 1857, sino que nos remitimos á la parte 3ª del párrafo 5º de este capítulo donde la hemos copiado.

PARRAFO VI.

¿Cuáles son los derechos del cónyuge supérstite para heredar al finado, muera testado ó intestado?

La ley de 10 de Agosto de 1857 seccion 5ª, artículos del 56 al 63 fija los derechos del cónyuge supérstite respecto de la sucesion en los bienes del finado, muera testado ó intestado, de la manera siguiente.

Art. 56. Si no hubiere otra persona con derecho á suceder al finado mas que su cónyuge, éste heredará todos los bienes.

Art. 57. Si quedare alguna otra persona con derecho á suceder, ademas de su dote y gananciales y de las donaciones que legalmente le hubiere hecho su cónyuge, se le dará al supérstite la parte que se dirá en los artículos siguientes.

Art. 58. Dejando el difunto hijos ó descendientes legítimos ó legitimados por matrimonio, una parte igual á la de cada uno de éstos se dará al cónyuge sobreviviente, si no hubiere bienes suficientes para vivir segun su estado, en cuyo caso se le ministrará solo lo que falte para que su caudal iguale á la legítima de uno de los hijos, quienes tendrán no solo la propiedad sino el usufructo de ella.

Art. 59. En concurrencia con solo hijos naturales, se le aplicará una parte igual á la de éstos.

Art. 60. Habiendo padres ú otros ascendientes, tendrá igual parte que cada uno de ellos.

Art. 61. Si quedaren hermanos ó hijos de éstos, tendrán la misma porcion que uno de los hermanos.

Art. 62. El cónyuge supérstite escluirá á los parientes del cuarto grado en adelante.

Art. 63. Si el cónyuge supérstite fuere la mujer y quedare embarazada, ademas de su porcion se le ministrarán alimentos, que se imputarán en la parte que corresponde al póstumo, si naciere con los requisitos legales, ó en caso contrario se deducirán de la masa del caudal."

Como nuestro objeto no es refutar sino citar la ley, nada decimos sobre la que acabamos de trascribir, no obstante que habria sobrado material entre otras innumerables cosas, por la manera con que confunde al cónyuge viudo con los padres é hijos legítimos del finado, con los hijos naturales y con los hermanos del mismo difunto.

Conforme á la legislacion antigua se seguia otro estremo demasiado injusto tambien y funesto siempre al derecho del cónyuge supérstite.

En efecto: por la auten. Præterea, C unde vir, et uxor, solo se fijaba al viudo una parte ó porcion de los bienes del premuerto bastante insignificante. Por la misma disposicion se prohibia á los consortes sucederse ab intestato, habiendo parientes de una ú otra línea: mas por testamento ó por otro título lucrativo podian trasferirse sus bienes, aun cuando tuvieran hijos, segun la ley 3, C de secum. nupt. y Llamas y Molina en su comentario á la ley 15 de Toro; pero si el supérstite pasaba al segundo matrimonio, heredaba del premuerto el derecho de usufructuar los bienes que éste dejaba, dicen la ley 3ª citada y la Novela 22 cap. 23; y si permanecia en el estado de viudedad, ademas del usufructo tenia la propiedad de dichos bienes y podia por lo mismo disponer de ellos como quisiera conforme á la ley 5ª párrafo 2 del mismo título y á la Novela 22 cap. 20 párrafo 1º Esta disposicion fué corregida por la Novela 98 cap. 1º que ordena: que tanto en el estado perpetuo de viudedad, como en el de segundo enlace del cónyuge que sobrevive, solo tenga el usufructo

y pertenezca á los hijos la propiedad de los bienes dotales y de la donacion *propter nuptias*.

Por el emperador Justiniano se mandó posteriormente en la Novela 127 cap. 3, se concediese mayor parte á los que permanecian viudos que á los que pasasen á segundas nupcias.

Todo lo espuesto debe entenderse de ambos cónyuges, pues aunque el Código Teodosiano en su ley 29 solo usaba de palabras suasorias acerca del padre, el emperador Justiniano al trasladar la ley de Teodosio á la 5 del mismo título de su Código, suprimió las palabras suasorias, é igualó así la condicion del padre y la de la madre en cuanto á lucrar la dote y donacion *propter nuptias*: dice Llamas y Molina en el lugar citado.

Como una consecuencia legal de la propiedad que la madre adquiria y dejamos referida, tenia la facultad segun hemos visto, de poder disponer de aquella en favor de cualquiera de sus hijos de primer matrimonio; mas como ésta perjudicaba los derechos de los demas, el sábio Justiniano en sus Novelas 2 cap. 1º y 22 cap. 20, mandó que se repartiesen entre todos por partes iguales.

Esto es por lo que hace á los derechos que el cónyuge supérstite adquiere del finado. Veámos ahora los que adquiere por la muerte de alguno de sus hijos.

Cuando uno de los hijos del primer matrimonio muere y en su testamento instituye por heredera á su madre, ésta, segun la Novela 22 cap. 46 párrafo 1º, adquiere con pleno derecho todo lo que haya dejado el hijo. Mas si éste muere intestado debemos distinguir dos casos: primero, si deja hijos ó descendientes; segundo, si no deja ni unos ni otros. En el primer caso segun la ley 7, C. de este título y la Novela 2 cap. 3, suceden al intestado en todos sus bienes sus hijos ó descendientes. Si deja hermanos ó hermanas, con arreglo á la misma Novela 2 cap. 3 pár. 1º y á la 22 cap. 26, son preferidos á la madre en los bienes nupciales, sin que pueda la madre percibir otra cosa que el usufructo de la donacion *propter nuptias*, aun en el caso de haber cedido la madre al mismo hijo la referida

donacion que la dejó su marido. Así lo esplica Cujacio al esponer la mencionada Novela.

Por lo que hace á los demas bienes no nupciales se debe investigar si la madre permanecia viuda ó si habia vuéltose á casar. Si lo primero, adquirió la propiedad de los bienes del hijo; pero con esta diferencia, que muriendo intestado sucedia con las hermanas del difunto en la mitad de sus bienes por partes iguales con los hermanos, conforme lo dispone la ley final C. ad senat Tert., que fué corregida por Justiniano en el párrafo segundo cap. 47 de la Novela 22, mandando que hermanos y hermanas fuesen iguales al heredar al hermano premuerto. Si lo segundo, es decir, si la madre volvió á casar, debemos atender á si lo hizo ántes ó despues de muerto el hijo: si ántes, le sucede tanto en los bienes adventicios como en los profecticios, ya ex testamento, ya ab intestato, en una parte igual con los demas ó en la que se le haya dejado en el testamento; mas en ambas sucesiones solo adquiere el usufructo y no la propiedad, conforme á la ley 3 *fœminæ* C. párrafo último *de sec. nupt.* Si el matrimonio lo contrajo despues de muerto el hijo, la madre adquiere la propiedad de la parte que le corresponde de los bienes adventicios y el usufructo de los profecticios, cuya propiedad debe reservar á los hermanos ó hermanas del difunto: así lo dispone la ley *Mater* 5. *C. ad senatum Tertulianum.*

Mas tanto respecto del viudo como de la viuda no hay necesidad de distinguir hoy, segun la Novela 2 cap. 3, los tiempos ni la clase de bienes; sino que, háyase casado ántes ó despues de la muerte del hijo ó permanezca en el estado de viudedad, debe percibir una parte igual á la de los demas hijos, de los bienes de su finado hermano. Esta Novela fué confirmada por la 22 cap. 46 pár. 2, que sin embargo volvió á restablecer la diferencia de bienes adventicios y profecticios, mandando que en éstos sucediese la madre ab intestato en el usufructo y en aquellos en la propiedad, si se casaba segunda vez, y si permanecia viuda, sucedia en *pleno jure* en unos y otros, todo se entiende en caso de morir el hijo intestado; pues por testamento sucedia la madre en la propiedad de todo lo que la dejase el hijo, fuese de bie-

nes adventicios ó profecticios, dice la misma Novela 22 cap. 46 párrafo 1º

Algunas veces los consortes pactan el lucro que han de percibir de la dote y de la donacion *propter nuptias* en caso de morir uno de ellos primero; y estos pactos deben ser iguales, segun la Novela 97 cap. 1º y leyes 9 y 10 C. de *pactis conjuguum*. Uno de los pactos que suelen celebrar los contrayentes á fin de lucrar la dote y donacion *propter nuptias*, no solo en el usufructo sino tambien en la propiedad, se llama *orbitatis filiorum*, y en griego *Apaidias*, y se reducia á que el consorte sobreviviente, no teniendo hijos del primer matrimonio ó muriendo todos ó alguno de ellos, lucrase la parte que se pactó, como se manifiesta por el ejemplo de que usa Cujacio en el comentario á la citada Novela 22.

Pactando los contrayentes que el que sobreviviese perciba todo el usufructo de la dote ó donacion *propter nuptias*, si quedan hijos del primer matrimonio, y que no teniéndolos ó llegando á faltar en vida del consorte, perciba la mitad de la dote y donacion no solo en cuanto al usufructo, sino tambien en cuanto á la propiedad; y suponiendo que la dote ó donacion es de ochocientos pesos y que se ha repartido entre cuatro hijos, muriendo alguno de ellos lucrará el consorte que sobrevive, en virtud de este pacto, cien pesos que son la mitad de la parte que cupo á este hijo, los otros cien se dividirán entre sus hermanos, quedando el padre ó la madre con el usufructo y propiedad de los cien pesos; y si llegan á faltar los demas hijos percibirá *pleno jure* por el mismo pacto cuatrocientos pesos que es la mitad de la dote ó donacion que se pactó lucrase el consorte que sobreviviera en el caso de la muerte de todos los hijos ó de algunos de ellos. Lo mismo que se ha dicho del caso de la muerte de los consortes, se observa en el de divorcio legítimamente hecho, segun la Novela 98 cap. 1º

Por la ley 14 tít. 2º lib. 4º del Fuero Juzgo, la madre hereda juntamente con los hijos y por iguales partes los bienes de su marido, pero solo en cuanto al usufructo; y aun éste pierde si entra á segundas nupcias.

Muriendo uno de los padres, el supérstite adquiere la herencia de sus hijos en cuanto al usufructo, segun la ley 13 tít. 2º lib. 4º del Fuero Juzgo.

La ley 1ª tít. 2º lib. 3.º del Fuero Real obliga á la madre viuda á reservar á favor de sus hijos las tres cuartas partes de las arras que recibió del marido, y si volviere á casar y tuviere hijos del segundo matrimonio, les reservará la madre la misma porcion de arras que reservó á los del primero; pero se sacará de las que le hubiere dado el segundo marido.

Por la ley 18 tít. 2º lib. 4º del Fuero Juzgo, muerto un hijo y uno de los padres, el que sobreviva de éstos heredará la porcion del hijo; pero solo podrá disponer en favor propio del quinto de ella, pues los cuatro quintos restantes debe entregarlos á los hijos ó nietos del padre ó madre de donde provenian los bienes.

La ley 26 tít. 13 de la Part. 4ª dispone que casándose segunda vez la viuda reserve para los hijos del primer matrimonio las arras y donaciones que hubiere recibido de su primer marido; y aunque Gregorio Lopez en su glosa segunda á esta ley, afirma que no casando segunda vez la mujer, no tiene la obligacion referida, esta opinion no debe admitirse por estar en su contra la espresa y terminante ley 23 tít. 11 de la Part. 4ª que establece y declara que el marido gana la dote de la mujer y ésta la donacion que la hace su marido por razon del matrimonio, en uno de los tres casos siguientes: pacto, adulterio y costumbre: lo que debe entenderse en cuanto á la propiedad, no habiendo hijos, y en cuanto al usufructo habiéndolos. Así lo dice la misma ley, y lo sostienen Palacios Rubios, Posadilla y Llamas y Molina.

Estando como están resueltos en la ley 23 tít. 11 de la Part. 4ª citada, los títulos porque cualquiera de los consortes gana los bienes que hubiere recibido del otro; siendo esto por pacto, costumbre ó pena, llama la atencion que la ley 26 tít. 13 de la Partida 5ª resuelva que lo que recibió la mujer del marido lo hace suyo, ménos en caso de segundo matrimonio, en el que debe reservarlos para los hijos del primero. Llamas y Molina concilia ambas disposiciones dicien-