

cerselas, sino quiere, por no obligarle á ello ley alguna. No es remuneratorio, porque la remuneracion supone beneficio, ó servicio recibido de aquel á quien se remunera, el que no hay de la novia; y sin embargo de que se toman por causa, y pretexto para llamarlo así la virginidad, hermosura, mocedad, nobleza, y otras circunstancias de ella, todo esto no es mas que un colorido, y embeleso inventado por los fatuos demasiado afectos, y apasionados á las mugeres, para disipar á los novios, y enriquecer á las novias, que no debe ceder en detrimento de los que en conciencia, y en justicia son acreedores á todos los bienes de sus ascendientes, pues ninguno debe lucrarse con perjuicio de otro. Si fuera contrato oneroso, y remuneratorio, no estarian como están obligadas las viudas que se vuelven á casar, á reservar á los hijos del anterior matrimonio las arras dadas, ú ofrecidas por su padre, segun con legal apoyo queda sentado en el capítulo 3 antes bien las harian suyas como la dote: y á mas de esto si el novio pobre ofrecia á la novia cantidad determinada para quando tuviese bienes, y al tiempo de la disolucion del matrimonio no cabia en la decima parte de los que habia adquirido constante él, la percibiria íntegra, como otros acreedores perciben sus créditos, aunque nada quedase que heredar á los hijos, por ser primero pagar, que heredar, y no llamarse herencia sino el residuo baxadas deudas; lo que no se practica, ni debe practicar teniendolos, sino limitarse á lo que la ley permite. Tambien se dirá que el novio soltero ofrece la decima á su futura esposa, y despues la lega el quinto, y que el padre mientras vive puede vender, y gravar sus bienes, y hacer de ellos lo que quiera como dueño, y todo es válido. Pero el novio soltero, ó viudo sin descendientes puede hacerlo todo, porque es libre, y dueño absoluto de sus bienes, á los quales como nadie tiene adquirido derecho, á nadie perjudica; pero el que los tiene, solo es dueño del quinto, y de lo demas es un mero administrador legal con algunas mas prerogativas, y facultades, y no otra cosa, porque sus descendientes tienen adquirido derecho á ello, por razon de sus legítimas, en las quales, no tiene potestad para gravarles, antes bien tiene obligacion de aumentarlas, segun afirma San Pablo en el capítulo XII. de la Epis-

tola que escribió á los Corintios; y aunque se permite al padre vender sus bienes, trocarlos, y obligarlos, es porque se presume que tendra necesidad, ó se le podrá seguir utilidad, y que no perjudicará á sus hijos, lo que no sucede en las donaciones, pues de ellas se conoce á todas luces que se le sigue daño, y el padre no recibe beneficio. Para confirmacion de mi dictámen se ha de tener presente, que si la donacion, que el que no tiene hijos hace de todos, ó de la mayor parte de sus bienes, aunque sea solo de los presentes, es nula, y se revoca por la supernascencia de ellos, como diré en el capítulo 5, con mas razon debe revocarse la que hace el que los tiene, porque donando mas del quinto, dá mas de lo que es suyo, por cuyas razones, y por otras que tengo expuestas en el cap. 6 de mi segunda parte adicionada, digo que el contrato de arras debe llamarse con propiedad lucrativo, y no oneroso, ni remuneratorio: que por lo mismo no puede el novio viudo que tiene descendientes legítimos, donar á la novia mas que el quinto en vida y muerte, del qual deberán sacarse los gastos del funeral, y que si excede, no valdrá el exceso, porque carece de potestad para ello.

32 Las arras gozan del privilegio de tácita hipoteca, y no de el de prelacion que tiene la dote, y la razon es, porque en ésta trata la muger de evitar su daño, y en aquellas de lucrarse y adquirir utilidad (1). Esto se entiende, á menos que se den por aumento de dote, pues entonces se estimarán por tal (2) y gozarán del mismo privilegio de prelacion, aunque algunos fundados en una ley de Partida, dicen que en todos estos casos gozan de él, pero no es opinion que debe seguirse. La muger puede demandar á su marido las arras que la ofreció, y éste no debe enagenarlas, ni disiparlas, aunque sea con su permiso. Tampoco debe hacerlo si muere, y dexa hijos, mientras vivan éstos, excepto que se las dé apreciadas (3), ó que ella concorra al contrato

(1) Leyes Ubi adhuc 29. Cod. de Jur. dot. y Assiduis 12. §. Hæc autem 2. Cod. Qui potior in pignore hab. Gom. en la ley 50. de Toro n. 41. y 78. (2) Auth. de Equalitat. dot. collat. 8. tit. 9. novel. 97. cap. 2. Cur. Philip. Comer. ter. cap. 12. verb. Prelacion. n. 32. (3) Leyes 4. tit. 2. lib. 3. del Fuero Real, y 7. tit. 11. P. 4. Auth. Silve à me Cod. ad Velleyan.

de enagenacion, y lo jure, renunciando el derecho hipotecario que tiene contra los bienes de su marido, al modo que en la dote (1), porque tocan á sus herederos *ex testamento*, y *ab intestato*, si no dispone expresamente de ellos, aun quando no tenga hijos del matrimonio en que se le prometieron, y á su responsabilidad están tácitamente afectos é hipotecados los bienes del marido en qualquier parte que se hallen (2), lo qual se entiende si en la oferta no se pactó otra cosa, como se puede, por ser donacion puramente graciosa.

33. Para la exâccion y deduccion de las arras se ha de tener presente si el novio las dió, ú ofreció á la novia. Si se las dió, é incorporó en su carta dotal, deben sacarse como bienes suyos, juntamente con la dote, del cuerpo del caudal, antes que el capital del marido, porque son aumento de ellas; y si se las ofreció solamente, se han de deducir del caudal privativo de éste, como deuda contra él, y no de los gananciales, por no ser débito contraido por el marido constante matrimonio, sino antes, pues de sacarse del cúmulo de estos se la perjudica en el importe de la mitad de las arras, porque se la aplican de su mitad de gananciales. Si al tiempo de hacer la particion está casada la muger segunda vez, y el marido dexó hijos, se la ha de aplicar solamente el usufruto de ellas; porque su propiedad es de los hijos, y debe reservarsela, como queda expuesto en el capítulo 3, lo que se previene al Escribano por si se le ofrece hacer particion, y para su mayor instruccion vea el cap. 6 lib. 1. de mi segunda parte, en donde como en su propio lugar trato de esto con toda extension, distinguiendo de casos. En quanto á si el marido estará ó no obligado á abonar á su muger íntegramente las arras que la ofreció quando fué engañado en la dote que ésta prometió llevar, véase dicho capítulo 6.

34. Disuelto el matrimonio debe haber la muger, ó quien su accion y derecho represente, no solo la dote que llevó al poder de su marido, ó su estimacion, si fué apreciada, y las arras que la ofreció, sino tambien la parte de

(1) Ley Jubemus 21. Cod. ad Velleyan. y cap. Cum contingat. 28. de Jurejurat. (2) Leyes 24. tit. 13. P. 5. y 51. de Toro, que es la 2. t. 3. l. 10. N. R.

gananciales que la toca, si al tiempo de casarse, ó despues no los renunció, y lo que por herencia, legado, donacion, ó en otra manera semejante adquirió constante él. Pero es de advertir, que si el que dió la dote fué algun extraño, y al tiempo de darla puso la condicion de que muriendo la muger sin hijos se lo habia de volver y restituir, ú otra semejante, debe observarse (1), porque el donante puede imponer en la donacion las condiciones posibles y honestas que quiera al tiempo de hacerla, como dexo expuesto.

35. Obligandose el marido á restituir la dote, ó su estimacion, está en su eleccion el volver una ú otra, y si hay desfalco en los bienes dotales, y no proviene de culpa suya, es de cuenta y riesgo de su muger (2). Si se pacta que ésta ha de elegir, debe restituir lo que elija, y no existiendo la cosa dotal, puede ser compelido á entregar su estimacion, y no cumple con dar otra de igual valor y bondad (3). Eligiendo la muger ó sus herederos los bienes dotales, y no su precio, pueden repetirlos de los terceros poseedores, á quienes su marido los haya enagenado, sin ser necesario hacer exclusion en los de éste (4). Si se obliga á volver la dote estimada, sin poner mas expresion, debe restituir su estimacion, porque por el mismo hecho es visto haber querido obligarse á ello (5); y aunque la reciba estimada, si se pacta que disolviéndose el matrimonio dentro de cierto tiempo, ha de entregarla en las mismas especies que recibió, y por la propia estimacion, cumple con volverlas, y no debe ser apremiado á dar su precio (6). De todo lo qual se prueba, que segun se obligue el marido á la restitucion de la dote, quedará obligado; y se infiere que si recibió los bienes muebles dotales estimados, y perecen despues por algun incendio, ó se mandan quemar por haber muerto ética su muger, á fin de evitar que el contagio inficione á otros, estará obligado á

(1) Leyes 26. 30. y 31. tit. 11. P. 4. ultima. Cod. Solut. matrimon. y 11. y 4. t. 4. l. 10. N. R. Cap. Significavit. 2. de Donat. inter vir. & uxor. & ibi Barb. n. 6. Gutier. lib. 2. pract. quæst. 118. (2) Leyes 18. tit. 11. P. 4. y Plerumque 10. §. Si res in dotem 6. ff. de Jur. dot. (3) Ley 19. tit. 11. P. 4. (4) Gom. en la ley 53. de Toro n. 44. Gutier. de Juram. confirm. part. 1. cap. 4. n. 9. (5) Greg. Lop. en la ley 18. tit. 11. P. 4. glos. 1. 2. y 7. (6) Ley Si inter virum, & uxorem 21. Cod. de Jure dot.

restituir su estimacion; pero no, si los recibió sin apreciar; y la razon es, porque de lo primero se le transfiere su dominio, y es de su cuenta y riesgo el daño ó aumento que tengan, y de lo segundo toca á su muger, como queda senta do.

36 Pero si mejoró los bienes dotales que se le entregaron sin apreciar, puede repetir y descontar las expensas útiles y necesarias hechas en ellos, de suerte que consistiendo la dote en especie y cantidad juntamente, las hechas en la alhaja ó especie, disminuyen la dote en cantidad, y así restituirá la alhaja ó alhajas íntegras, y de la cantidad solo el exceso al importe de los gastos, si lo hubiere. Consistiendo solamente en especie, puede retenerla por derecho pignoraticio hasta reintegrarse del desembolso hecho en su beneficio y utilidad, lo qual entiendo á mas de los frutos que los bienes produxeron constante matrimonio, pues los hace suyos el marido para ayuda de mantener sus cargas, y no deben descontarse; pero no puede pretender las expensas voluntarias, ya sean hechas con beneplacito de su muger, ó sin él, porque éstas no mejoran, ni aumentan los bienes dotales, ni su valor (1). Para la deduccion de estas expensas se ha de atender si hay ó no gananciales. Si los hay, han de sacarse del su total, porque como aumentos hechos durante el matrimonio, son comunicables á los conyuges, y si no los hay, se deben abonar al marido, aplicandole el residuo, despues de deducido el importe de la dote y arras, para el cumplimiento del haber que llevó al matrimonio, pues aunque sean aumentos hechos constante él, nada toca á su muger, ni á sus herederos, porque se conoce que los suplió de su capital, del qual debe ser reintegrado antes que se separen los gananciales y que están embebidos, y empleados en beneficio de las alhajas dotales, por cuya razon puede retenerlas hasta hacerse pago. En la misma forma se hará la deduccion de las expensas hechas en cobrar, y recuperar los créditos, y fincas dotales, ó en defender los pleytos que se muevan sobre su propiedad, posesion ó servidumbre.

(1) Leyes fin. tit. 11. P. 4. r. ff. de Imp. in reb. dotalib. fact. y unic. Cod. de Rei orie act. Gom. en la ley 50. de Toro, n. 51. Garcia de Expens. cap. 13. Gutier. de Jurament. confirm. part. 1. cap. 16. Olea de Ces. jur. tit. 5. quæst. 12. n. 27. Cov. Pract. cap. 28. num. 5.

37 Consistiendo la dote en bienes raices, debe el marido restituírlos incontinenti que el matrimonio se disuelva; pero si consiste en muebles, ó dinero, cumple con hacer su restitucion dentro de un año siguiente, á menos que tenga hijos menores, que entonces como legitimo administrador de sus bienes, ha de retenerlos hasta que sean capaces de gobernarse. Para la exaccion de la dote se ha de atender á la costumbre del lugar donde se celebró el matrimonio, y no á la del domicilio del marido, y si los conyuges hicieron algun pacto antes, ó al tiempo de casarse no solo en quanto á la dote, y arras, sino á los gananciales, debe observarse, y no la costumbre (1). Se previene que mientras no se entrega á la muger su dote, debe percibir alimentos, porque subsiste la compañía legal, de cuyo fondo se han de sacar hasta que llegue el caso de su extincion, y disolucion; y si los herederos del marido se resistieren á alimentarla, tendrán que pagarla los intereses correspondientes ó entregarla su dote, estando ésta en su poder, y no en otros términos, porque es carga anexa á ella misma (2); sobre lo qual vease mi segunda parte lib. 1. cap. 6. §. 2. en donde lo trato con extension, y distincion de casos.

38 Pero si el marido es pobre, le han de dexar su muger ó sus herederos con que alimentarse, y no deben reconvenirle por mas de lo que pueda restituir, ni ser preso por esta causa, antes bien cumple con hacer caucion de pagarla, si á mejor fortuna viniere (3); y aunque este privilegio es personal, y como tal parece que debe extinguirse con la persona, no se extingue, pues gozan también de él sus hijos, y el padre (4).

39 No prescribe la accion de repetir la dote hasta que

(1) Leyes 24. y penult. tit. 11. P. 4. y unic. §. Cum autem. 7. Codic. de Rei uxoriae act. (2) Sig. de Claus. lib. 2. cap. 11. §. Dotes n. 151. y 152. Spino de Legat. sub condit. glos. 14. n. 105. y ley. Si cum dotem. 5. ff. Solum matrimon. (3) Leyes ultim. tit. 11. P. 4. Patronus 17. Non tantum. 20. cum seq. ff. de Re judic. y Maritum 12. cum seq. ff. Solut. matrim. Gon. lib. 3. Decret. tit. 23. n. 11. Gom. en la ley 50. de Toro, n. 49. (4) Leyes Quia tale 13. Rei judicæ 15. Quia parentis 16. Etiam filios 18. ff. Solut. matrim. y ultim. al fin tit. 11. P. 4. §. Item si de dote. Instit. de act. Gut. de Juram. confirm. part. 1. cap. 27. Angelo, y Jason in §. Item si de dote.

el matrimonio se disuelve, y la razon es, porque no corre término ni prescripcion al que tiene impedimento legal, mientras éste subsiste. Esto se entiende á ménos que la muger viendo que su marido se la disipa, no use de su derecho, pues por este silencio, y tácito consentimiento puede prescribir, y ser perjudicada. Lo mismo milita para con sus hijos, estando fuera del paternal dominio; pero la de repetir los bienes parafernales prescribe (1).

40 El marido puede imponerse pena, para que se le exija en el caso de que no cumpla con la restitution de la dote segun se obliga, á mas de las costas que se causen en su exacción, lo qual se prueba de la ley 86. tit. 18. Part. 3. que trae la forma de ordenar la escritura dotal; pero esta pena, y otra qualquiera que se ponga en los contratos, no debe exceder del duplo, no contando en ella la suerte principal (2), excepto en los censos.

41 Los contrayentes suelen imponerse pena convencional, que se llama así por ser de convenio de ellos, y con su placer no solo en este contrato, sino en otros contra el que falte á su cumplimiento, á cuya pena dan el nombre de *Arra*, que es lo mismo que señal, ó prenda, y diversa de las arras, ó donacion *propter nuptias*, de queda hecha mencion (3). Y para instruccion del Escribano digo que esta arra, ya sea de dinero, ó de otra cosa mueble, ó raiz, puede ser ofrecida solamente por un contrayente al otro, como se prueba de la ley 84. tit. 18. Partid. 3. que dice: *E porque este otorgamiento, è promision fuese mejor guardado, el sobredicho Martin Estevan estableció, è otorgò à Juan Garcia el de susodicho por arras, è en nombre de arras, è otro si como por peño tal viña, ò tal heredad, que es en tal lugar, è à tales linderos, è desapoderòse de la tenencia de ella, è apoderò à èl, è à tal pleyto que si su fijo non le quisiese tomar por marido en la manera que sobredicho es, ò el non gela quisiese dar, que el señorio, è la posesion, è la tenencia de aquella viña, ò de aquella heredad sea, è finque en Juan Garcia, para facer della, è*

(1) Leyes 1. al fin. Cod. de Annal. except. y In rebus 30. Cod. de Jure dot. Auth. Nisi tricennal Cod. de Bon. matern. y ley 8. t. 29. P. 3. Greg. Lop. en ella, y Covarrub. lib. 1. Variar. c. 7. n. fin. (2) Leyes 10. tit. 5. lib. 4. del Fuero Real y 247. del Est. (3) Ley 1. tit. 11. P. 4.

en ella todo lo que quisiere, bien así como de lo suyo. Esta arra puede ser tambien entregada.

42 Si los esposos de futuro, ú otro en su nombre la ofrecen, y por culpa de alguno de ellos no se efectua el matrimonio, no por eso el que se retrate debe ser compelido á satisfacerla, porque es contra la libertad del estado matrimonial, y de apremiarle á su solucion podrán resultar graves inconvenientes, como se prueba de la ley 39. tit. 11. Part. 5. que dice: *Onde dicimos que si acaecière que alguno dellos no quiera cumplir el casamiento, entonces aquel que fizo la promision por el que non lo quiere facer, nin cumplir, que non es tenuto de pechar la pena, è esto es, porque el casamiento non debe ser por miedo de pena, mas por amor, è con consentimiento de mas las partes, así como diximos en la quarta Partida deste nuestro libro, que habla de los casamientos.* Si la entregan en la forma que expresa la ley inserta en el número anterior, no podrá repetirla el contraventor del pacto.

43 Pero en los contratos de venta, transaccion, compromiso, y otros semejantes si los contrayentes estipulan que el que se aparte, ha de pagar la pena tantas quantas veces quebrante el pacto, y que sin embargo pueda ser compelido á celebrar el contrato; á todo queda obligado (1); por lo que me parece útil, y muy á proposito que quando ocurra instrumento con pena convencional, en que los Escribanos suelen poner esta cláusula: *Y quieren que se exijan incontinenti al que se apartare total ó parcialmente de lo pactado en esta escritura, tantos reales de vellon, que por pena convencional se imponen mutuamente, y en que desde ahora se dan por condenados sin mas sentencia, declaracion, ni conocimiento de causa tantas quantas veces lo quebrantare sin remision, á cuya exacción se ha de proceder executivamente como por sentencia definitiva de Juez competente pasada en autoridad de cosa juzgada y consentida, que por tal lo reciben, y á mas de esto se le compela á observar literal, y especificamente esta escritura, ya se pague ó no dicha pena, ó graciosamente se remita, pues por el mismo hecho ha de ser visto haberla aprobado, y ratificado, añadiendo fuerza á fuerza, y contrato á contrato: añadan la siguiente:*

(1) Leyes 34. tit. 11. P. 1. tit. 1. l. 10. N. R.