

explicaré en el capítulo siguiente num. 27. y 28. se la deberán abonar, y no de otra suerte: *Quidquid alii dicant.*

30 En concurrencia de dos dotes legítimas parece que se deberá deducir la primera antes que la segunda, porque son créditos de igual naturaleza, y privilegio, y el que es primero en tiempo, lo es también en derecho; à excepción de los bienes dotales conocidos de la segunda que existan, en los cuales como conserva su dominio, y aunque se hayan dado estimados al marido, no perdieron por su valuación la naturaleza, y privilegio de dotales, se la aplicarán como suyos, y nada de ellos llevará el heredero de la mujer primera. (1) Lo qual es incontrovertible quando el marido no dexó bienes suficientes à completar ambas dotes, y los interesados en ellas tratan sobre prelacion: pues aunque haya gananciales conocidos adquiridos en el segundo matrimonio, como todos se contemplan del marido, y hasta que fallece no adquiere su mujer dominio irrevocable en ellos, y quando vá à adquirirlo, los halla sujetos à la responsabilidad de la dote primera, no se verifica su adquisición, y por eso debe ser preferida à la segunda en bienes no conocidos de ésta.

31 Pero tratando de división por muerte del marido, si éste dexó bienes con que reintegrar à sus mugeres de su respectivo haber, y también gananciales adquiridos en el segundo matrimonio, se debe distinguir; ò la mujer segunda renuncia, ò no los gananciales, y el marido llevó, ò no quando se casó con ella, bienes equivalentes à la dote primera, ò ningunos. Si los renuncia, y se contenta con su dote, y arras en caso de haberselle prometido, lo mismo es deducirla antes que la de la primera, que despues de ésta, ya el marido haya llevado, ò no bienes à su poder, porque como los hay superabundantes para ambas, à ninguna se agravia.

32 Mas si quiere la parte que en los gananciales la corresponde; para instruir perfectamente al contador principiante, evitar que incida en errores perjudiciales, extirpar

(1) Ley In rebus 30. Cod. de Jure Donation. inter vir. & uxorem, y ley 33. dotium, ley Uxor marito 55. ff. de tit. 12. Partid. g.

la confusión con que se produxeron los particionistas, y explicar lo que omitieron, se han de distinguir quatro casos: El primero, quando el marido llevó algunos bienes al matrimonio segundo, pero no los suficientes à cubrir la dote, y demás haber de la mujer primera, ya haya habido, ò no gananciales en el de ésta. En cuyo caso se deben baxar del cuerpo de caudal inventariado ante todas cosas la dote segunda: despues las deudas contraídas durante el segundo matrimonio, y no otras anteriores: y deducidas estas partidas, y también lo que el marido entró en él, se verá qué gananciales quedan: y la mitad de los que resulten, se aplicará à la mujer segunda con su dote, y demás haber llevado à poder de su marido. Hecho esto, se unirá la otra mitad al caudal que éste entró en la sociedad, y de su total importe se deducirán el haber de su mujer primera, las deudas privativas que el marido tenia antes de casarse segunda vez, y las arras de entrambas, si las hubo (en quanto no excedan de lo permitido por la ley, de que trataré latamente en el cap. 6. de este libro, §. 1.) las cuales se aplicarán respectivamente à cada una: y el residuo será caudal paterno partible entre los hijos del marido procreados en ambos matrimonios, segun su arreglada voluntad, como herencia paterna. (1) Por exemplo, todo el caudal que dexó el marido, asciende à 4000. reales: el que llevó al matrimonio segundo, fueron solamente 300. no obstante importar 1000. la dote de la mujer primera, que no estaba pagada. La de la segunda importa 500. y las deudas contraídas en la sociedad con ésta 200. Se forma la cuenta de esta suerte: 500. de la dote segunda, 200. de las deudas de este matrimonio, y 300. que llevó el marido, componen 1000. que restados de los 4000. resultan de utilidad 3000. cuya mitad son 1500. que agregados à los 500. de la dote segunda, suma el haber de la segunda mujer por dote, y gananciales 2000. reales, y quedan otros 2000. para satisfacer lo que el marido entró en el segundo matrimonio, (que era parte de la dote primera) las deudas que tuviese antes de

(1) Escobar de Ratiocin. com- n. 2. Garcia de Expens. c. 13. n. 12. putat. 8. per tot. Ayor. part. 1. c. 7.

de casarse segunda vez, y las contraídas en el segundo, y asimismo el resto de la primera dote, y algunos gananciales: por lo que después de satisfechos los 200. de las deudas del matrimonio segundo, y los 100. de la primera dote hay de caudal paterno 800. reales: de los cuales se sacarán las arras de ambas mugeres, si las hubo, y las deudas particulares que el marido tuviese quando se volvió à casar: y el remanente será legitima de los hijos de ambos matrimonios; pues de deducirse integros los 100. de la dote primera en lugar de los 30. que el marido entró en el segundo matrimonio, quedaria desfalcada injustamente la muger segunda en 35. mitad de los 70. que desde los 30. hasta los 100. hay de diferencia; y de baxarse los 30. y tambien los 100. se la irrogaria mayor agravio, que sería el de 50. reales menos de gananciales.

33 El segundo caso es, quando el marido ningunos bienes llevó al matrimonio segundo: consta el haber de la muger primera, y lo que se lucró durante el suyo: y después de cubiertas ambas dotes, y el demás haber de la primera por todos sus derechos, resultan gananciales adquiridos en el segundo. En cuyo caso se han de deducir unicamente del cuerpo de caudal la dote de la muger segunda, y las deudas contraídas en este matrimonio, si las hubiese: y el resto del caudal inventariado será partible por mitad como superlucrado, entre la viuda, è hijos del matrimonio primero, los cuales tomarán parte por via de la dote, y demás haber de su madre, como deuda contra su padre, à que era responsable, y parte por herencia paterna, si deducida la dote, y demás deudas privativas de su padre, y las arras de la segunda en caso de haberlas, sobrãre algo; pues sería iniquo que habiendo ayudado à lucrar los gananciales, y no habidos tal vez en el matrimonio primero, se la defraudasen por utilizar à los hijos de la muger anterior, respecto haber caudal para todo. (1)

34 El caso tercero es, quando el marido llevó al matrimonio segundo bienes equivalentes à cubrir el haber de los

(1) Siguenz. de Clausul. lib. 2. n. 42. y 43. cap. 11. n. 145. Ayor. part. 3. q. 13.

los hijos de la muger primera existente en su poder, y algunos mas suyos propios. En cuyo caso se ha de deducir del cuerpo de caudal juntamente con la dote segunda todo lo que llevó, y no dismembró de él, para dar, ò pagar à algun hijo del primero su parte materna durante el segundo: no por razon, ò con titulo, y haber de la primera, sino como capital, ò fondo que realmente puso en la sociedad segunda, y coadyuvó à adquirir las utilidades, ò multiplicados, porque es lo mismo para el caso que si todo fuera suyo privativo, respecto existir en su poder quando fallece, sin decremento, ni desfalco. Y lo mismo se debe practicar quando parte del capital no era del marido, porque tenia deudas, las que no rebajó entonces, ni se pagaron constante su matrimonio, pues aunque sus herederos son responsables à ellas por estar sin pagar; pero para con su viuda es lo propio el que todo el capital sea de él, ò solamente parte, una vez que lo puso en la sociedad, y ayudó à adquirir las utilidades; ni el que lo lleven sus herederos, ò sus acreedores, es del caso, respecto à que en nada se la perjudica, pues de no executarse asi, se gravaba à sus herederos injustamente.

35 Y el quarto caso es, quando el marido lleva al matrimonio segundo bienes suficientes no solo para cubrir el haber de los hijos del primero que existe en su poder, y les corresponde asi por sus legitimas maternas, como por el derecho de reservacion, sino tambien algunos suyos propios, y durante el segundo les dá el todo, ò parte de lo que les toca por los expresados respectos, ò algo mas en cuenta de la paterna. En cuyo caso se ha de distinguir: si les dió solamente el todo, ò parte de lo materno, se puede girar la cuenta de dos modos: El primero, agregando numericamente al caudal inventariado lo entregado à los hijos; y hecho todo un cuerpo, como si todo se hubiera hallado en su poder, é inventariado, deducir de él la dote segunda, las deudas de este matrimonio, y su capital integro, según lo llevó: y lo que quede después de hechas estas tres deducciones, será lucro, que se dividirá por mitad entre su viuda, y los hijos asi de ésta, como de la primera como herederos todos de su padre; pues de no incor-

porarse à lo inventariado lo donado à éstos, y baxar enteramente su capital, como si nada se hubiera sacado de él, sería perjudicada la viuda en la mitad de su importe, y los hijos de la primera beneficiados indebidamente en ella. Y el segundo modo es, no agregar lo entregado: considerar el capital como que está reducido à esto menos, ò que no lo llevó, y baxar solamente lo que hecha la tradicion ò entrega, quedó, (al modo que quando lleva deudas, y se pagan durante el matrimonio, como diré en el §. 3. de este capitulo, num. 70.) y saldrá la misma cuenta, y porcion de gananciales. Y si les dió algo mas en cuenta de la legitima paterna, se puede hacer igualmente la cuenta de dos modos: El primero, agregando al caudal inventariado no solo lo que llevaron por su madre, sino lo que su padre les anticipó por su legitima paterna; y de lo que sume este total, deducir la dote segunda, las deudas del segundo matrimonio, y el capital integro que el padre puso en la sociedad: y el residuo, hechas estas baxas, será la utilidad, que se dividirá por mitad en la forma propuesta. Y el modo segundo es, unir solamente al caudal inventariado lo que el padre anticipó à sus hijos en cuenta de su haber paterno, y de lo que importen estas dos partidas, deducir la dote segunda, las deudas citadas, y lo que entró como suyo propio sin responsabilidad en el segundo matrimonio, separando lo que comprendia su capital, perteneciente à sus hijos por su madre, como entregado ya, ò como sino lo hubiera incluido en él; y lo que resulte, hechos estos descuentos, será el mismo lucro que el de la cuenta girada del primer modo. Vease lo que diré en el cap. 4. §. 1. desde el num. 35. al 43. de este libro, y el exemplar segundo, y su nota segunda puestos en el último capitulo del lib. 2. de este tratado, en la que formaré las cuentas de los quatro modos explicados, para que el contador no se ofusque.

36 Queda explicado en qué lugar se debe baxar la dote legitima, y numerada: paso à tratar de la confesada, y digo que no constando su recibo sino por mera confesion hecha por el marido en testamento, ò en otra ultima voluntad despues de contraido el matrimonio, y de tener en su casa à su muger, no es, ni debe estimarse por dote, porque

que esta confesion, ya sea de cantidad cierta, ò de otros bienes, no prueba, antes bien se conceptúa hecha con animo de donar à la muger su importe, y por consiguiente como legado, que solo con la muerte se confirma; (1) y así aunque sea jurada, no perjudica à los acreedores del confitente en sus respectivos créditos, ni tampoco à los herederos legitimos de éste en sus legítimas: (2) por lo que solo tendrá cabimiento en el quinto, siendo hijos, ò otros legítimos descendientes los herederos, y en el tercio, siendo ascendientes; (que es de lo que en perjuicio de ellos se le permite disponer por las leyes 6. y 28. de Toro, como en el lib. 2. diré) y por consiguiente se deducirá respectivamente de estos en quanto alcancen, y no del acervo del caudal inventariado, excepto que los interesados mayores se convengan en que se deduzca de éste, en cuyo caso se expresará así, para que no se atribuya à impericia, ò malicia del partidor. Pero siendo extraños los herederos, se baxará del cúmulo de bienes, y no del quinto, ni tercio, à menos que el testador lo mande, porque à excepcion de los referidos, todos los demás se gradúan por extraños, aunque sean sus parientes, y no tienen derecho à heredarle *ex testamento* contra su voluntad: y así puede dexarles poco, ò nada, y deben contentarse con lo que les quede. Lo que tendrá presente el contador, para proceder en su deducción con arreglo à lo expuesto, segun sea el caso.

37 Si el marido hizo la confesion por contrato entre vivos constante matrimonio, no le perjudica aunque sea jurada. (3) Lo qual se limita, y entiende, excepto que haya renunciado la excepcion de la *non numerata pecunia*: ò que

(1) Ley Qui testamentum, ff. de Probation. ley Cum quis decedens, §. Titia al fin. ff. de Legat. 3. y leyes penult. y fin. Cod. de Dote prælegat. ley Si creditorem, y ley Legavi, ff. de Liberation. legat. ley 19. tit. 9. Partid. 6. y §. Sed si uxori Institut. de Legat. Bart. in dict. §. Titia al fin. Roman. consil. 445 n. 9. Paul. de Castr. consil. 383. lib. 1. col. 3. Bur- sat consil. 32. n. 4. 32. y sig. lib. 1.

(2) Dicha ley Qui testamentum, & ibi DD. Bart. in dict. leg. Cum quis decedens, §. Codicillis col. 1. ff. de Legat. 3. Socin. consil. 90. col. 4. lib. 3. Morquech. de Division. bon. lib. 1. cap. 9. n. 12. y 13.

(3) Glos. in leg. Assiduus, §. Cum vero data, Cod. Qui potiores in pig- nor. habeant. Socin. in Rubr. ff. So- luto matrim. Roman. consil. 445. Abb. consil. 73. col. 3. vers. Prate- rea,

sino la renunció, esté pasado el tiempo de oponerla, que son dos años: (1) ò que la haya hecho, disuelto el matrimonio, pues en este caso le perjudicará, porque se presume hecha con animo de donar su importe à la muger, ò à sus herederos: (2) ò que haciendola constante matrimonio, esté la muger presente, pues entonces prueba contra él, à lo menos para que se presuma hecha con el ánimo expresado, y se estimará como si lo hubiera sido en contrato entre vivos, (3) bien que no se confirmará con su muerte en el exceso de los quinientos sueldos de oro que la ley 9. tit. 4. Partid. 5. prefine: (4) ò que precediese promesa de la dote, y despues confesase el marido haberla recibido: (5) en cuyos cinco casos le perjudicará su confesion.

38 Pero sin embargo de que en estos casos perjudique al marido su confesion, si la hizo en fraude de sus acreedores, ò de las legitimas de sus herederos forzosos, no prueba contra ellos; cuyo fraude se puede inducir de la qualidad de las personas, cantidad que confiese haber recibido, y de otras circunstancias, y congeturas, por las que se prueba el dolo. (6) Lo que tendrá presente el contador, y sobre ello vea al Señor Covarrub. lib. 1. Var. cap. 7. per tot. que lata, y doctamente trata de esta dote, y lo que explicaré en el capitulo del concurso de acreedores, que es el ultimo del lib. 3. tom. 2. de esta segunda parte, en donde como en su propio lugar me dilataré para instruccion del Escri-

ba-
rea, lib. 2. Bart. in leg. Aurelius, §. Cajo, ff. de Liberation. legat. Petr. & Cin. in leg. 1. Cod. de Sacrosanct. Eccles. Joan. And in addition. ad Specul. in Rubr. de Donation. inter Vir. & uxor. Menoch. præsumpt. 12. n. 43. al 46. Sr. Covar. lib. 1. Var. cap. 7. n. 5.

(1) Menoch. ibi n. 17. y 19. Alex. Salicet. y otros en la ley Assiduis cit. Cuman. consil. 31. Bald. consil. 352. n. 3. vol. 3.

(2) Bald. consil. 349. vol. 3.

(3) Alex. consil. 45. n. 5. y 6. vol. 1. Bald. consil. 381. vol. 5. n. 1. Socin. consil. 62. n. 2. vol. 1.

(4) Jul. Clar. lib. 4. Sententiar. §. Donation. 3. Menoch. Præsumpt. cit. n. 39. y 40. Socin. in leg. 1. n. 97. ff. Solut. matrim. Salicet in leg. Donationes, quas, Cod. de Donat. inter virum, & uxor.

(5) Ley In contractibus, vers. Illis tamen, Cod. de Non numerat. pecun. Sr. Covar. lib. 1. Var. cap. 7. n. 6. Menoch. præsumpt. 12. cit. n. 53. Com. en la ley 502 de Toro n. 52. vers. Quod tamen limita.

(6) Ley Dolum, Cod. de Dolo. Mascard. de Probation. lib. 1. conclus. 362. Morquech. de Divisione lib. 1. y cap. 9. dichos n. 21.

bano, ya sea entre herederos legitimos, ò extraños, y acreedores del deudor, y la dote sea confesada por él constante su matrimonio, ò antes en contrato, ò ultima voluntad, ò disuelto el matrimonio. No puede enagenar el marido los bienes dotales inmuebles, ò raices de su muger, aunque ésta lo consienta verbalmente; y para que valga su enagenacion, ha de intervenir su anuencia, ò permiso jurado; (1) concurriendo por su hecho propio al otorgamiento, y celebracion del contrato, jurandolo en la forma que expliqué en el capitulo 4. de mi primera parte adiccionada, num. 117. y haciendo la renuncia expresada en el cap. 2. num. 8. de ella. De lo qual se infiere, que segun Derecho Canonico jamás se transfere al marido el dominio irrevocable en ellos, como en los muebles, aunque sean estimados, y que por consiguiente no causa venta su estimacion, como la de estos, por lo que viene à ser un mero usufructuario, y deberá restituirlos, y no dinero por ellos, aunque lo pretenda.

40 Pero no obstante que consientan la enagenacion de los dotales no estimados hecha por su marido, ò concurra al contrato, se la debe pagar su valor; y si lo celebra por sí sola con licencia suya, y recibe el precio, parece que no deberá satisfacersele, porque quando procede por su hecho propio como principal, y unica otorganta, y el marido no concurre al contrato, ni exerce otro oficio que el de darle la licencia, ninguna ley la favorece, y si solamente quando es fiadora de él, ò de otro, ò con él de mancomun lo otorga, segun latamente expliqué en dicho capit. 4. desde el num. 105. al 120. pero acerca de esto, y su inteligencia vease à Gutier. de Jarament. confirm. part. 1. cap. 1. per tot. pues por importar poco al contador, omito molestarle mas.

41 Si la muger consintió la enagenacion con juramento, y el marido tenia entonces bienes con que reintegrarla de su importe, no puede repetirlo, disuelto el matrimonio,

(1) Ley 1. ff. de Fundo dotal. y leyes 18. y 19. tit. 11. Part. 4. cap.

Licet mulieres, y cap. Cum coactat, de Jurejurand. in 6.

no obstante que obtenga previa relaxacion del juramento; pero si no los tenia, y fue enormemente engañada, bien puede, precedida la relaxacion: pues aunque no se pruebe haberla cominado el marido, como concurre el miedo reverencial con la lesion, basta para rescindir el contrato de enagenacion. (1)

42 En segundo lugar se deben deducir del cuerpo del caudal inventariado los bienes que à mas de la dote llevó la muger al matrimonio, y llaman *parafernales*, ò *extradotales*. Y sin embargo de que algunos los distinguen, entendiendo por *parafernales* los que lleva, y reserva en sí quando contrae matrimonio, y no los entrega à su marido, pero los entra en su casa, encargandole su custodia para que ambos los usen: y por *extradotales* los que retiene, administrandolos por sí misma sin intervencion de su marido, ni entregarlos à éste: y los que adquiere por sucesion, donacion, ò otro titulo lucrativo de parientes, ò extranos, mientras está casada. (2) Mas como esta diferencia es puramente verbal, y el derecho los llama indistintamente *parafernales* según el idioma Griego, y *extradotales* según el Latino, y Castellano: (3) los graduaré (siguiendolo) de una misma clase à todos, distinguiendolos solo por observar el orden con que suelen recaer en ella. Y tratando de los que lleva quando se casa, ya los entregue, ò no à su marido para su custodia, y administracion, digo que para su recobro, ò el de su importe, aunque no goza del privilegio de prelación, que para el de los dotales, la compete el de tacita hipoteca en los de su marido, y éste que-

(1) Alciat. in cap. Cum contingat. n. 2. y 8. Gutier. in Authent. Sacramenta puber. n. 93. y 94. Sr. Covar. de Sponsalib. part. 2. cap. 2. §. 6. n. 4. & in cap. Quamvis pactum part. 6. §. 4. n. 7. Soc. cons. 263. col. 1. n. 2. y 4. vers. Ad premissa respondetur. Morquech. dicho lib. 1. cap. 9. n. 40. al 42.

(2) Glos. in leg. fin. ff. de Pact. convent. Menoch. consil. 56. n. 2. presumpt. 8. lib. 3. n. 1. y presumpt. 9.

n. 2. Camil. Borrel. cons. 56. n. 49. Surd. consil. 290. n. 41. Gail. Observat. 133. lib. 1. n. 2. Barbos. in leg. 1. part. 1. num. 28. ff. Solut. matrim. y otros que cita, Fontanel. de Pact. claus. 6. glos. 2. part. 7. n. 5.

(3) Ley 17. t. 11. Part. 4. ley Si ergo, §. Dotis autem causa, ff. de Jure dot. ley fin. Cod. de Pact. Convent. ley De his, Cod. de Don. inter. Vir. & uxor. y ley Donaciones, §. Species, ff. de Donacione.

queda obligado à devolverselos, no obstante que no se obligue expresamente. (1) Lo qual procede, y se entiende, ya haya, ò no gananciales, y existan, ò no los bienes referidos: pues no existiendo, los satisfará el marido de su capital.

43 Pero esta obligacion marital se circunscribe, y limita à solo el caso en que la muger los haya entregado à su marido, para que los cuidase, y administrase como los dotales, y éste recibidos, y administrados, ò ella de su consentimiento; pues si los reservó, y administró por sí, sin intervenir su marido, ni entregarselos, (como puede hacerlo si quiere, sin que éste tenga accion à impedirselo) cesa la obligacion marital en este caso; y si se consumen, deterioran, ò pierden, será por cuenta, y riesgo de ella, porque retiene su dominio, y por consiguiente nada de su importe se la debe abonar, ni deducir del cuerpo de caudal, por no haber entrado en el fondo de la sociedad. (2) Y lo mismo procede quando se duda si se los entregó, ò no, porque se presume haber retenido su dominio, según se prueba de la ley 17. tit. 11. Partid. 4. ibi: *Et si las non diere al marido señaladamente, nin fuere su intencion que haya el Señorío en ellas, siempre finca la muger por señora dellas. Eso mismo sería quando fuesen en dudas si las diera al marido, è non.* Pues el marido en tanto está obligado, y es responsable, en quanto recibe, y no mas; y como la muger puede retener el dominio de todos sus bienes fuera de los dotales, y hacer de ellos lo que quiera: en constando que lo retuvo, y no los entregó à su marido, ni ella tiene accion à pedirselos, ni por consiguiente sus herederos: ni él obligacion de abonarla su importe, sino existen; y así si perecieron por caso fortuito, ò los empleó en algun negocio, en que los perdió; ò los impuso en el fondo vitalicio, todo es por su cuenta, y riesgo, aunque suene concedida la licencia por su marido para ello,

(1) Ley de His, Cod. de Donacion. inter. Vir. & uxor. ley Ubi adhuc, Cod. de Jure dot. ley fin. Cod. de Pact. convent. y ley 17. tit. 11. Partid. 4.

(3) Dichas leyes, y ley Hac leg. Cod. de Pact. convent. DD. in leg. fin. Cod. hoc tit. & in leg. 1. ff. Solut. matrim. Sr. Greg. Lop. en la 17. de Partid. cit. glos. 3.