

vez se reclaman los alimentos de hijos, ni padres, ni es bien visto que se reclamen, respecto à que quando se casan, entran en el matrimonio con este conocimiento, y no pueden alegar ignorancia, ni engaño.

76. Entre las deudas que se deben baxar del caudal comun, se numéran los salarios de los criados; por lo que si un hijo, ò hijastro en el tiempo, y caso que se le debia dar salario, sirvió à su madre, ò padrastró, escusandole un criado, y mientras vivieron éstos, no lo pidió, y despues de su muerte pretende su satisfaccion, se le debe pagar el devengado en el que los estuvo sirviendo. Sin que obste alegar que estaban pasados muchos mas años que los tres, que la ley 9. tit. 25. lib. 4. Recop. prescribe à los criados para pedir sus salarios, y que por consiguiente está prescripta su accion: pues esta prescripcion para con los hijos empieza desde la muerte, porque en vida ni acostumbran pedirlos por reverencia, y respeto, ni es bien visto que demanden à sus padres por ellos. (1) Pero para que no se presuma que los sirvieron por piedad, y obsequio, y si con animo de repetir su salario, conviene que asi lo protesten: en cuyo caso no se dudará que se les deben, bien que sirviendo à su padrastró, ò hermano, no necesitan protestarlo, porque cesa la razon de obsequio, y piedad que para sus madres. (2) Lo propio milita quando administra la hacienda de su padre en el caso que explicaré en el capitulo de colaciones num. 90. lib. 2. de este tratado.

77. En quanto à donde se han de deducir, y cómo se han de satisfacer los derechos de inventario, tasacion, particion, su aprobacion, y demás que ocurren, hasta que à cada partícipe se entrega el testimonio de su haber, ò adjudicacion, (de cuyo punto ninguna ley, ni Autor he visto que haya tratado, y si causar no leves perjuicios à los interesados) procediendo con la debida distincion, digo que si el marido muere, y no traxo capital, ni su muger dote, y por consiguiente todos los bienes son gananciales,

(2) Flores de Mena lib. 1. Var. quæst. 8. §. 2. n. 53. y 54. Gom. en la ley 29. de Toro n. 24 vers. Ex quo subinfertur. Ayora, parte 3.

quæst. 2. y 3.

(2) Parlador. lib. 1. Rer. quotidian. cap. 19. n. 5.

se deben pagar dichos derechos en esta forma: la viuda la mitad de todo como socio interesado en ella, y los herederos del marido la otra mitad; y si éste la legó el quinto, ò tercio, ò otra quota, satisfará tambien à proporcion de éstos; pero aunque la toquen arras de cantidad cierta, por haberselas ofrecido su marido, nada mas debe pagar por esta razon, porque las arras son deuda contra sus bienes, que debe cobrar como acreedora sin desfalco, y no herencia, utilidad, ni lucro de la sociedad. Y lo propio milita para con el lecho quotidiano que la ley la concede, y el luto que los herederos deben darla, por las razones que en el c. 6. de este libro, §. 3. expondré; pues nada de estas cosas percibe como ganancial sino como débito.

78. Si llevó dote, ò otros bienes al matrimonio, y hay gananciales, se debe practicar lo mismo que con las arras ciertas, luto, y lecho, porque en quanto à ellos es igualmente acreedora contra los de su marido, (ya sea por la accion de dominio por los que existen, y quiere recuperar, ò por la hipotecaria, à causa de no existir, y tener que responderle de su importe sus herederos) y no interesada como socio; por lo que, y por no percibir con este respeto utilidad alguna de la sociedad, no se debe tener consideracion à su haber patrimonial, que están obligados à satisfacerla efectivamente sin dispendio los bienes de la herencia, aunque nada quede à los hijos, ò herederos del difunto, pues para reintegrarla de su crédito, no es necesario hacer inventario, tasacion, ni particion atento à que es liquido; y asi pagará solamente por lo que la toque de gananciales à proporcion.

79. Sino hay gananciales, nada debe pagar la viuda por las razones expuestas: y si solo legandola su marido el quinto, ò otra quota de la herencia, satisfará à prorrata de lo que por esta causa perciba, porque en esta parte se la contempla como heredera, se utiliza en quota considerable de los bienes del difunto, y para saber à quanto asciende, es indispensable hacer inventario, tasacion, liquidacion, y deducion. Lo qual no sucederá à los legatarios de cosa especifica, ò cantidad determinada, porque para su entrega nada de esto es preciso practicar.

80. Y por lo respectivo à los herederos, subdistingo: Si

todos son instituidos igualmente, es incontrovertible que deben pagar con igualdad, porque perciben igual utilidad; pero si alguno, ó algunos son mejorados en el tercio, ó quinto, ó en ambos, ó por ser extraños, están instituidos en porciones diversas, deben satisfacer à prorrata de su haber los gastos, y derechos referidos, pues al modo que llevan la ganancia, deben sufrir el gravamen, como en toda sociedad convencional se practica, porque mayor trabajo se tiene en el prorratéo, y respectiva aplicacion al que mas lleva, que al que menos, y así se debe formar otra igual cuenta para la exaccion, y repartimiento de ellos; y es indubitable que à saberse à quanto ascendian antes de evacuar la particion, se baxarian del cuerpo del caudal como deuda contra los socios interesados en él, al modo que las demás, y entonces pagaba cada uno en la forma expuesta. En quanto à los derechos de sacar los títulos, y papeles que falten de alguna, ó algunas fincas de la herencia: ó de la que se divide entre dos, ó mas, digo que ya haya, ó no mejora, deben deducirse del cuerpo de caudal, porque si el testador los hubiera sacado, este menos dexaría, y respecto no haberlos sacado, ni dividido sus bienes de modo que no fuese preciso sacar copias de los de alguna, ó algunas fincas para los interesados en ellas, es justo que todos las paguen, como diré en la nota inmediata anterior à la escritura de particion, lib. 2. cap. fin. de esta segunda parte.

81 Pero es de advertir que los derechos de discernimiento de tutela, curaduría, defensoría, asistencia, y trabajo del curador de algun heredero menor, loco, fatuo, ó desmemoriado, ó del defensor de ausente no están comprendidos en los referidos, pues estos como peculiares, y privativos suyos los deben satisfacer, à mas de los que en el concepto de herederos, ó mejorados (si lo fuesen) les tocan. Lo qual prevendrá el contador por declaracion al fin de la particion, para que la tasacion se execute en los respectivos terminos expuestos, pues así lo previne, y en virtud de precepto judicial se practicó en la que de los bienes muy quantiosos de un Grande (en que habia mejora, dote, menores, y gananciales) formalicé en esta Corte, no obs-

obstante el abuso de igualdad introducido por la ignorancia, y con mi dictamen se practicó en otras, y aprobó, por ser justo, racional, y equitativo, y hoy se observa.

82 Se han de baxar igualmente del cuerpo de caudal los gastos utiles, y necesarios que del suyo privativo hizo alguno de los herederos en reparar, y mejorar los bienes comunes de la herencia, durante la proindivision, y aplicarse integramente como acreedor: y sino se baxaren, le deben satisfacer proporcionalmente los coherederos sus respectivas partes, hecho el cómputo entre éstos, y el que los hizo, porque cedieron à beneficio de todos, pues lo mismo se practica en la sociedad convencional. (1)

83 Y si habiendolos interpelado para su pago, no se lo hiciesen, le deberán satisfacer desde la interpelacion, ó mora los justos intereses, que à no haber impendido su dinero en los bienes de la herencia, pudiera haber lucrado, empleandolo en otra cosa, ó negocio, como se prueba del §. 3. de la ley *His consequenter* 18. ff. *Familie erciscundæ*, que dice: *Sumptuum, quos unus ex hæredibus bona fide fecerit, usuras quoque consequi potest à cohærede ex die moræ secundum rescriptum Imperatorum, Severi & Antonini*, cuya interpelacion se entiende, ya sea judicial, ó extrajudicial. (2)

84 Si alguno de los herederos que posee la herencia, estando los demás ausentes, hiciere gastos en defenderla, por querer quitarsela otro pariente, ó extraño, pretestando ser bienes suyos, ó por otros motivos; parece que los coherederos si luego que vienen, piden sus partes, deberán abonarle proporcionalmente los hechos en su defensa, porque à no haberlos hecho, nada tendrian que tomar, antes sí que gastar en recuperarlas, si las querian. Pero no obstante, no estarán obligados en rigor de justicia à abonarle cosa alguna de su importe: Lo primero, porque no los hizo por su mandado, por lo que no le compete contra ellos

(1) Dicha ley *Omne æs alienum*, ley *Si fratres*, §. *Si in communione*, y ley *Si pro socio*, ff. *Pro socio*, y dicha ley 16. tit. 10. Partid. 5.

(2) Glos. & DD. in leg. *Vinum*, ff. de *Reb. credit. si certum pet.* Ayor. de *Partit.* part. 3. quæst. 20.

ellos la accion *mandati*, sino la *negotiorum gestorum*, (1) que se dá contra el que cuidó de los negocios de el ausente, ó ignorante sin su mandato. (2) Y lo segundo, porque los hizo de necesidad por su privativa utilidad en defender su parte, y no la de los coherederos; por lo que solo en el caso de haber satisfecho algunos mas por la defensa de todos, deberán abonarle el exceso. (3)

85 Y si el hermano, ó heredero presente no poseía la herencia, por lo que no la defendió, antes sí la pidió toda para sí á quien la tenia, diciendo ser unico heredero, por haber fallecido otro que se habia ausentado, y despues de obtenida en juicio, parece el coheredero ausente, y pretende la mitad, y el presente se resiste á entregarsela, prestando haberse declarado solamente á su favor, y no al del coheredero que no litigó; en este caso deberá comunicarse con él la victoria del pleyto, y cederle su derecho por mitad, para que la perciba de los poseedores; y si está en posesion de ella, entregarsela, pues la victoria, ó sentencia aprovecha al coheredero segun derecho. (4) Lo qual se entiende, pagandole las expensas á proporcion. (5)

(1) Ley Hæres ejus, §. Non tantum. ff. Familiae erciscund. Ayor. part. 3. quæst. 18.

(2) §. 1. Institut. de Obligation. quæ ex quasi contract. y ley 2. ff. Familiae erciscund.

(3) Ley Ex parte 39. al princ. de Partition.

(4) Ley Si hæres unus 7. ff. Familiae erciscund.

(5) Ayor. dicha part. 3. quæst. 19. de Partition.

CAPITULO IV.

DEL MODO DE DIVIDIR ENTRE el conyuge superstite, y herederos del difunto los gananciales adquiridos constante su matrimonio, y mientras está la herencia proindiviso, y las mejoras hechas en los bienes libres y vinculados de ambos conyuges; y de qué bienes se han de satisfacer la dote, y donacion *propter nuptias*, que dieron, ó prometieron á sus hijos.

SUMARIO.

§. I.

1. al 3. **Q**ué caudal se llamaganancial, ó multiplicado, y cómo se ha de dividir entre los conyuges.

4. No constando qué bienes entró cada conyuge en su matrimonio, todos se entienden adquiridos durante éste.

5. En la Ciudad de Xerez de los Caballeros, Villa de Alburquerque, y en otros Pueblos se observa el fuero del Baylio.

6. 7. Son gananciales, y se deben dividir entre marido, y muger los bienes que ambos compran, ó el uno solo, durante su matrimonio, con el dinero comun, ó del uno, excepto en ciertos casos.

8. 9. 10. Es comunicable entre los conyuges la comodidad del usufructo de finca que el uno lleva en propiedad al matrimonio, y durante éste se consolida con ella; pero no el derecho de usufructuar. Y