

ciales, de qué bienes se pagará?

110. Habitando marido, y muger en Pueblo, en que no se comunican los gananciales, ¿si podrá repetir, ó no ésta de aquel lo que él prometió á la hija de ambos?

111. La dote, y donacion, que el padre, ó madre despues de viudos ofrecen á sus hijos, ¿de dónde se ha de satisfacer?

112. El hijo, ó hija que fue dotada por sus padres juntos, ¿qué debe colacionar por muerte del primero?

113. Si habiendo gananciales, y estando los bienes proindiviso, dió, ó ofreció la madre viuda dote á una hija, ó hizo donacion propter nuptias á un hijo de su matrimonio, sin expresar de qué bienes las daba, ó hacia, ó el padre les dió algo estando ya dotados antes ¿de cuáles se entiende dado?

114. 115. Si el padre solo dió, ó prometió dote á su hija, ó hizo donacion propter nuptias á su hijo, habiendo gananciales, ¿qué deberán colacionar por su muerte?

116. Mejorando el padre á un hijo en el tercio de sus bienes, y consignandose en finca lucrada constante su matrimonio, que le entrega, ¿si

valdrá la mejora en el todo, ó solo en la mitad perteneciente al mejorante?

117. 118. No habiendo gananciales en el matrimonio, si el padre promete dote á su hija, ó donacion propter nuptias á su hijo, ¿de qué bienes es visto prometersela?

119. Si el padre administrador de los bienes adventicios de la hija la prometiére dote de éstos, y de los suyos, sin expresar la cantidad de unos, ni otros, ¿de cuáles se presume dotada?

120. Si el padre que casó una hija, y la dió cierta dote, casa despues otra, y la ofrece tambien dote de sus bienes, y de los de la misma hija, ¿cómo se entiende ser dotada ésta?

121. Padre, madre, y abuelo ¿si estarán, ó no obligados á alimentar, y dotar á sus hijos, y nietos naturales?

122. Cuando la madre, y abuela curadoras de su hija, y nieta administran sus bienes, si las dotan, ¿de cuáles se entiende dotarlas?

123. Si las ofrecen en dote mas que lo que importan sus bienes, ¿de cuáles es visto prometersela?

124. Ofreciendo el padrastro, y la madre, ó el pa-

padre, y la madrastra juntos dote, ó donacion al entenado, ó entenada, ¿de qué bienes se presume habersela prometido?

125. Para poder repetir el padrastro los alimentos que dió á su entenado, ó hijastro, ¿qué circunstancias son precisas?

126. 127. Si muertos los padres, habitaren juntos hermano, y hermana, poseyendo los bienes proindiviso, y durante la proindivision se casare la hermana, y su hermano la dotare, sin expresar de qué bienes, ¿de cuáles se entiende dotarla?

§. I.

QUÁLES SE LLAMAN BIENES gananciales, y se comunican á los casados: y cómo se han de dividir entre hijos de dos, ó mas matrimonios.

DEducidos los bienes, que el marido, y su muger acreditaren haber puesto por fondo, y entrado en su sociedad conyugal al tiempo de casarse, y despues de casados (ya sean, ó no enteramente suyos, pues una vez que entran en el fondo de ella, deben sacarse al tiempo de su disolucion antes que todo, aunque sean agenos, si no se entregaron á sus dueños mientras subsistió, para que se los pague el que los llevó, y á este fin aplicarsele,) y las deudas contraidas constante su matrimonio verdadero en la forma, y terminos explicados en el anterior capitulo, es incremento, y utilidad de la misma sociedad todo el residuo, y como ganancial, ó multiplicado se debe comunicar en estos Reynos de Castilla, y dividir por mitad entre los dos, si viven juntos, segun lo ordena la ley 2. titul. 9. lib. 5. Recop. que dice: Toda cosa que el marido, y la muger ganaren, ó compraren estando de consuno, hayanlo ambos por medio, y si fuere donadío de Rey, y lo diere á ambos, hayanlo marido, y muger: y si lo diere al uno, bayalo solo aquel á quien lo diere. Lo qual era al con-

trario por derecho antiguo, pues todos los bienes se presumían pertenecer al marido, y la muger llevaba solamente los que probaba ser suyos, para evitar la sospecha de que los hubiese adquirido de trato ilícito; excepto que tuviese arte, ò oficio con el qual los ganase honestamente, pues en este caso no se la desposeía de los que alegaba pertenecerla, y sobre ello era oída. (1) En quanto à cómo se ha de dividir entre el superstite, è hijos de ambos conyuges la parte del caudal de estos puesta en fondo vitalicio, y lo que se debe practicar, vease el cap. 2. n. 18. de mi primera parte adicionada al fin.

2 La conclusion sentada en el número precedente, milita, y ha lugar no solo quando marido, y muger cohabitan en un mismo Pueblo, y casa, sino aunque estén en diversos, con tal que subsistan el matrimonio, y su mutuo consentimiento, y union de voluntades, y no haya mediado divorcio, v. g. si el marido está empleado, y la muger porque el clima es nocivo à su salud, ò por otro justo motivo se queda en su patria, ò si en ella tiene algun trafico, y el marido otro en otra parte: pues en estos, y otros casos semejantes subsisten el matrimonio, y la sociedad, y union de sus voluntades, aunque no la de sus cuerpos, y asi todo quanto lucren uno, ò otro, ò ambos, se debe comunicar, y dividir por mitad: (2) no obstante decir algunos que para esto es precisa la simultanea cohabitacion; pero se desestima su parecer como destituido de fundamento sólido.

3 Lo mismo procede, ya lo ganen ambos, ò el uno solo constante matrimonio, pues aunque el uno nada trabaje, no dexará por eso de participar de las utilidades,

(1) Ley Quintus Mucius § 1. ff. y ley Eriam si uxoris 6. Cod. de Donacion. inter vir. & uxor. y ley 2. tit. 14. Partid. 3. verb. E otrosi decimos, que quando el marido muere. Matienz. en la ley 1. tit. 2. lib. 5. Rec. glos. 1. Ayor. part. 2. quest. 36. n. 34. Garcia de Acquæstu conyugal. num. 63.

(2) Palac. Rub. in Rubr. de Do-

porque para este unico efecto mediante la legal concesion son socios de compañia universal, en la qual no se impide la sociedad, y particion del lucro, por comerciar, y trabajar el uno, y nada hacer el otro, respecto à que se negocia con el caudal, y à nombre de ambos, aunque suene uno solo, (1) pues para dicho fin se estiman en el legal concepto por una persona.

4 Sino consta, ni se acredita qué bienes llevó cada uno al matrimonio, ò durante él heredó, ò le donaron parientes, ò extraños por su mera contemplacion, y no por la de la sociedad conyugal, ò su importe, todos se conceptúan adquiridos en su intermedio, y deben dividir en la forma expresada, segun se prueba de la ley 1. de dicho tit. y lib. cuyo contexto es: *Como quier que el Derecho diga que todas las cosas que han marido, y muger, que todas se presumen ser del marido, hasta que la muger muestre que son suyas; pero la costumbre guardada es en contrario, que los bienes que han marido, y muger, son de ambos por medio, salvo los que probare cada uno que son suyos apartadamente; y ansi mandamos que se guarde por ley.* Pero si alguno de ellos acredita los que heredó ex testamento, ò abintestato, ò le donaron, ò legaron en la forma expuesta, ya sean muebles, raices, ò de otra clase sin excepcion, serán suyos privativamente, y se deberán separar, y aplicarsele, porque la adquisicion que proviene de la sucesion, no pertenece à la sociedad, como está resuelto en derecho. (2)

5 En la Villa de Alburquerque, Ciudad de Xeréz de los Caballeros, y Pueblos de su Comarca, en que se observava el fuero denominado del *Baylo*, todos los bienes que marido, y muger llevan à su matrimonio, y heredan, y adquieren despues por qualquier titulo, son comunicables como gananciales entre ambos, aunque el uno nada lleve, no pactandose al tiempo del casamiento lo contrario, ò ca-

(1) Bald. in leg. Si patruus, Cod. Communia utriusque judic. Alex. consil. 37. col. 2. Morquech. de Divis. lib. 2. cap. 2. n. 29. y cap. 11. dicho n. 15. y 16.

(2) Ley Nec. adiecit. 9. y sig. ff. Pro socio. y ley Si societatis 3. Cod. Eod. tit. Gom. en la ley 53. de Toro n. 72. vers. Tertius est.

sar segun el de Leon, cuyo fuero está mandado observar por Real Cédula de 20. de Diciembre de 1778. expedida à consulta del Consejo en vista de representacion del Personero de Alburquerque, y lo dispositivo de dicha Cédula dice: *Por la qual apruebo la observancia del fuero denominado del Baylio: y mando que todos los Tribunales de estos mis Reynos se arreglen à él para la decision de los pleytos que sobre particiones ocurran en la citada Villa de Alburquerque, Ciudad de Xeréz de los Caballeros, y demás Pueblos donde se ha observado hasta ahora: entendiendose sin perjuicio de providenciar en adelante otra cosa, si la necesidad, y transcurso del tiempo acreditase ser mas conveniente, que lo que hoy se observa en razon del citado fuero, si lo representasen los Pueblos.* Y lo mismo se observa en Portugal por costumbre inconcusa aprobada por la Ordenanza del lib. 4. tit. 46. de su Recopilacion, siempre que se contrae el matrimonio simplemente: pues si se pacta otra cosa, se observa el pacto, de lo que trata *Valasc. de Partitionib. cap. 5.*

6 Los bienes que como gananciales, ò multiplicados se deben dividir con igualdad entre marido, y muger, son no solo los que entrambos compran durante su matrimonio con el dinero, y caudal comun, (1) sino los que compra el marido por sí solo, ò su muger con su licencia tácita, ò expresa, ya sea el dinero comun, ò de qualquiera de los dos, pues de todos modos se les comunican en la forma expuesta, (2) porque se atiende al tiempo de su adquisicion, y no à la persona, en cuyo nombre suena la venta, y aparecen comprados.

7 Lo qual se limita en estos casos: ò que con el precio del fundo de uno de los conyuges vendido, se compren otro, ò otros, y en la escritura se exprese así: ò se pruebe por testigos, ò por otro medio legal: ò lo confiese el otro conyuge, (bien que esta mera confesion es prueba débil, porque se reputa donacion entre los dos, y solo con

(1) Cap. 2. de Donation. inter vir. & uxor. & ibi DD. Sr. Covar. lib. 3. Var. cap. 19. n. 2.

(2) Segur. in Repet. leg. 3. §. ult. n. 70 y 71. ff. de Liber. & posthum. Matienz. en dicha ley 2. glos. 2. n. 1. y 2. Gutier. lib. 2. Pract. quæst. 117. n. 3.

la muerte se confirma en lo que por derecho se permite) pues se subrogan éstos en lugar de aquel, por cuya subrogacion quedan propios del que era dueño del vendido, ya valgan mas, ò menos que éste; y así se han de estimar, y aplicar como si estuvieran existentes, y sin vender, y no por otro valor, (1) O que se trueque por otro, y se diga que se ha de subrogar en su lugar, pues se entenderá subrogado, y substituido, y se le adjudicará por el precio del permutado, ya sea mayor, ò menor, y no por el que à la sazón tenga, y le haya dado el tiempo solo: (2) O que el marido con dinero dotal, y consentimiento de su muger compre alguna finca raiz, pues en este caso se hará propia de ella, y ganará su Señorío como comprada con su mismo dinero; pero sino interviene su consentimiento, y el marido la compra en su propio nombre, será dotal en subsidio solamente, que es en defecto de tener otros bienes el marido; (3) y fuera de estos casos no se constituye de la muger, (4) como en el cap. 3. n. 26. al 28. dexo sentado.

8 Son igualmente comunicables entre marido, y muger la comodidad, y frutos del usufructo de alhaja, ò finca que uno de ellos llevó en propiedad al matrimonio, y durante éste se consolidó con ella, por haber fallecido el que la usufructuaba, ò por otra causa, ò motivo, (5) pues se conceptúa haberla llevado en propiedad, y usufructo.

9 Pero el derecho de usufructuar no se comunica à los socios, porque es personal, y à la similitud, y manera de propiedad que pertenece à su legitimo dueño; se juzga provenir de la causa que ésta; y es una misma cosa con ella,

(1) Morquech. dicho lib. 2. y cap. 11. num. 6. Matienz. en dicha ley 2. tit. 9. lib. 5. Recop. glos. 2. n. 4. vers. *Limita*: y n. 5.

(2) Ley 11. tit. 4. lib. 3. del Fuero Real. Rodrig. Suar. en ella vers. Secundo limita. Matienz. ubi supr. n. 4. Acev. en dicha ley 2. n. 16.

(3) Ley 49. tit. 5. Partid. 5. & ibi glos. 8. ley Uxor marito, ff. de Donation. inter vir. & uxor. ley Ita constante, ley Res que, y ley Cum vir, ff. de Jure dot.

(4) Ley ex pecunia, Cod. de Jure dot. Gom. en la go. de Toro n. 36.

(5) Palac. Rub. in Repet. rub. de Donation. inter vir. & uxor. § 62. n. 13. Gutier. lib. 2. Fr. & q. 116. num. 4. Ayor. de Partition. part. 1. cap. 8. n. 20. Morquech. dicho lib. 2. y cap. 11. n. 10. y lib. 4. cap. 5. num. 14.

ella, y no distinta; y quando el fin tiene causa necesaria con el principio, se atiende à éste, y no à aquel, porque no es cosa nueva, sino incremento de la primera; al modo que quando el aumento intrinseco sobreviene à la misma cosa por su propia fuerza, virtud, y naturaleza, v. gr. el marido lleva al matrimonio un fundo que vale mil reales, y constante matrimonio se constituye del valor de dos mil, porque el tiempo se lo dió sin su industria, trabajo, ni obra hecha en él: pues este valor intrinseco, y aumento es propio, y privativo del marido, y asi no se debe comunicar à su muger, ni por consiguiente tasarse por mas que el que tenia, y se le dió al tiempo que lo llevó. Por lo que el derecho de usufructo, ò de percibir los frutos, ò disfrutar la comodidad, es una cosa, la qual no es comunicable: y los mismos frutos, ò comodidad del usufructo son cosa muy diversa, y se comunican. (1) Lo qual tendrá presente el contador, pues no todos lo advierten, y causan graves perjuicios.

10 Lo propio milita quando el marido adquiere despues de casado el usufructo de algunos bienes: v. gr. quando de su primer matrimonio tiene un hijo en su poder, el qual heredó à su madre: ò sus parientes, ò extraños le donaron algunas fincas, cuya propiedad, y derecho de usufructuarlas le toca; pero la comodidad, y sus frutos corresponden à su padre como tal, mientras exista en su poder, con obligacion de alimentarlo, y darle educacion. En cuyo caso aunque la muger segunda no tiene parte en el derecho de usufructuar, por ser del padre, interin no sale el hijo de su dominio, pero si en los frutos que las fincas producen mientras está casada con él; y asi llevará la mitad de los que durante su matrimonio haya, y no se baxará, ni descontará de los gananciales, para aplicarlo todo al marido, (2) por-

(1) Sr. Greg. Lop. en la ley 18. tit. 11. Partid. 4. glos. 2. Gom. en la ley 50. de Toro num. 78. y en la 70. n. 28. cerca del fin, y lib. 2. Var. cap. 15. n. 19. Palac. Rub. ubi supr. Matienz. en dicha ley 1. tit. 9. lib. 5. Recop. glos. 1. n. 87. al 92.

Gutier. ubi supr. n. 1. y 2. Ayor. dicho c. 8. num. 22.

(2) Palac. Rub. en dicho §. 62. vers. Unde lucra habita n. 11. al 13. y §. 65. al fin. Faber. in §. Si cui, Institut. de Legat. Ayor. dicho c. 8. n. 20. al 22. part. 1.

porque si la muger muere antes de salir el hijo del poder de su padre, queda en éste el mismo derecho. Lo qual es corriente, y como opinion segura, y mas comun se observaba en la práctica.

11 Son comunicables tambien à los conyuges los frutos de la parte de herencia, ò legado que el testador dexó à alguno de ellos, y se vencieron despues de su muerte, no obstante que sobre validacion del legado, ò division de la herencia haya habido pleyto, y tardado por este motivo en hacerse la particion, y entrega; pues sin embargo de que Ayor. part. 3. quest. 29. afirma que el legatario, ò coheredero los ha de llevar precipuos como la cosa legada, fundandose en que no se llama tener perfectamente la cosa mientras no se posee realmente, y con efecto, y en que los conyuges no pusieron trabajo en su produccion, el qual es el motivo fundamental de la ley para que participen de ellos; no debe seguirse su dictamen: Lo primero, porque el legatario en el instante que fallece el testador, adquiere dominio en lo legado, como especifico, (1) y desde el dia de su adquisicion se le deben los frutos, (2) y especialmente desde la litis contestacion, desde la qual se constituye poseedor de mala fé el colitigante. (3) Lo segundo, porque la ley no requiere, ni pide precisa, è indispensablemente que los conyuges pongan su industria, y trabajo material en su produccion, pues basta que constante su sociedad, y union de voluntades se produzcan, y devenguen; y la prueba de ello es el concederselos hasta de los bienes castrenses, y casi castrenses que no se les comunican, como diré en el capitulo siguiente §. 5. num. 37. pues si su personal trabajo fuera indispensable, no se comunicarian los redditos, pensiones, y otros, en que nada mas hacen, ni tienen que hacer, que percibirlos. Y lo tercero, porque la demora en determinarse el pleyto no daña al conyuge, ni por la sentencia adquiere cosa nueva, sino unicamente declaracion del derecho que tenia adquirido, como lo expresa-

(1) Ley 2. Cod. Commun. de leg. y ley 34. tit. 9. Partid. 6. y ley Herennius 42. ff. de Usur.
(2) Ley Certum est 22. Cod. de Reivindicacion.
(3) Ley 37. dicho tit. 9. Partid. 6.

sa la ley *Sicuti autem*, §. *Et siquidem* 4. ff. *Si servitus vindicetur*, ibi: *Quia per sententiam non servitus constitui, sed que est, declarari*: es así que declara pertenecerle los frutos desde entonces: luego es lo mismo que si desde este tiempo hubiera empezado à percibirlos; y mas, habiéndose seguido el pleyto à costa del caudal de ambos, por lo que se retrótrae à él.

12 Lo mismo procede quando durante el primer matrimonio empieza pleyto sobre la pertenencia de ciertos bienes à alguno de los conyuges; pues si muere antes de concluirse dexando hijos: se vuelve à casar el superstite: y el pleyto se termina constante el matrimonio segundo: percibirán integros los bienes los hijos del matrimonio primero, y tambien la mitad de frutos vencidos hasta la muerte del dueño de los bienes; y los del segundo nada de su propiedad; y si únicamente la parte que como herederos del superstite les corresponda con los del primero à la otra mitad de frutos. (1)

13 Se comunica por mitad entre los socios conyugales el precio del fundo patrimonial, que constante matrimonio retrae el marido por derecho de sangre, como más inmediato consanguíneo, però no el fundo; (2) por lo que aunque el valor de este se inventaría, y considere (segun se debe) como aumento del caudal de ambos, para saber à quanto ascienden las utilidades de la sociedad, no se ha de dividir entre ellos, sino aplicarse integro al marido como dueño en parte de pago de su mitad; y por su muerte à sus herederos, como que le suceden en todas las acciones activas, y pasivas transmisibles, y le representan y ocupan su lugar: y à la muger se dará otra cosa por la mitad que la toca de su valor; pues à ninguno se debe despojar del dominio de sus bienes conocidos para adjudicarlos al otro, sino que preceda su consentimiento, ó que en otros términos no se le pueda hacer pago de su haber, como

(1) Garcia de Conyugali adquisitu ex n. 190. al 195. en la 4. tit. 4. lib. 5. Ordenam. fol. 165. Matienz. en la 7. glos. 12. n. 10. tit. 11. lib. 5. Recop. Gutier. dicha quest. 116. num. 3. (2) Gom. en la ley 701 de Toro n. 28. Castil. en la col. fin. y Gom. Arias num. 48. Diego Perez

dexo advertido al contador en el cap. 2. num. 49.

14 La estimacion, ó valor de los oficios de Regidor, Escribano, Procurador, Alguacil, y otros enagenados de la Corona, que durante el matrimonio compran los conyuges, se les debe comunicar en los propios terminos, porque estos oficios por costumbre de estos Roynos, y tácita permission del Soberano se venden, dan *in solutum*, y hace execucion en ellos, y como transmisibles à los herederos se colacionan, al modo que otros bienes, y se les aplican en las particiones. (1)

15 Pero es de advertir que aunque los conyuges los hayan comprado por poco, si al tiempo de la particion tienen mayor valor, se han de adjudicar por el que entonces se les dé; y no por el que costaron, (pues su intrínseco incremento toca à la sociedad conyugal, al modo que la tocaria el decremento si lo tuviesen) y de la mitad debe participar la muger; (2) por lo que si ésta fallece con hijos: se vuelve à casar su viudo: muere dexandolos tambien del segundo matrimonio; y existe el oficio al tiempo de su muerte: llevarán los del primero su mitad con su aumento intrínseco como parte de herencia materna: y partirán con sus medios hermanos la otra mitad como herederos todos de un mismo padre; porque aquella mitad por ser adquirida, y dexada por su madre, es privativa de ellos, y no de sus medios hermanos, ni madrastra, segun expuse en el capitulo 2. num. 49. cerca del fin. Lo qual se practica, y debe practicar no solo con esta clase de bienes, sino indistintamente con otros qualesquiera comprados, ó adquiridos por ambos durante su sociedad, porque como dueña la sigue el aumento, ó menoscabo que en ellos haya, y los dé el tiempo; excepto que los interesados se convengan en lo contrario, como siendo mayores de veinte y cinco años, lo pueden hacer. Lo propio milita con el derecho de Patronato adquirido por el marido constante matrimonio por fundacion, dotacion, ó construcción de alguna Iglesia, pues

(1) Gom. en la ley 29. de Toro n. 21. Matienz. en la 5. tit. 9. lib. 5. glos. 4. n. 6. (2) Sr. Covar. lib. 3. Var. c. 19. Ayor. de Part. part. 1. cap. 8. n. 16.