

muera, no se extingue, antes bien siempre queda en la muger vivo, ileso, y sin el mas leve gravamen, ni disminucion, al modo que la propiedad de la finca vinculada, y no se hace de peor condicion que estaba antes de casarse, ni queda indotada, para volverse à casar: por eso le tocan, y los hace suyos. Y solo en el caso, y terminos propuestos en el cap. 2. de mi primera parte tom. 1. num. 18. de que trataré en el tercero de este lib. num. 29. estará obligado à restituir los que justamente se pacten, porque es visto haberlos renunciado à su favor, y querido privarse de ellos (bien que neciamente, y asi echese à sí mismo la culpa) lo qual no le está prohibido, (1) pues à quanto se obliga el hombre, à tanto queda obligado (2) Y lo mismo digo quando la muger lleva en dote algun empleo que el marido debe servir, y por muerte de éste puede exercer otro con quien se case, como en dicho cap. 2. expliqué. Acerca de lo qual vease à *Morquecho de divis. bonor. lib. 2. cap. 11. ex num. 19. al 37.* y à los que cita, y à *Bersano de Viduis cap. 2. quest. 45.* que se hace cargo de las opiniones, y distingue de casos, segun sea la constitucion de la dote. Advirtiendole que quando se da à la muger un predio en dote para sustentar con sus frutos las cargas matrimoniales: ò se la promete para este efecto cierta cantidad annua, no debe colacionar los frutos, ni ésta, porque son alimentos, los quales no son conferibles como el predio, (3) à menos que se pacte lo contrario al tiempo de su dacion, ò promesa.

19 A la muger casada se comunica, y transfere en habito, y potencia el dominio, y posesion revocable, y ficta de la mitad de los bienes, que constante matrimonio lucra, y adquiere con su marido: y despues que éste fallece, se le transfere irrevocable, y efectivamente; de suerte que por su fallecimiento se constituye dueña absoluta en posesion, y propiedad de la mitad que dexa, (4) al modo

(1) Ley Si quis in conscribendo 29. Cod. de Pañ.

(2) Ley 2. tit. 16. lib. 5. Recop.

(3) Gam. Decis. 140. n. 3. Gutier. de Tutel. part. 3. c. 35. n. 7.

(4) Rodrig. Saar. en la ley 1. tit. 3. lib. 3. del Fuero Real, vers. *Ulterius quero.* Gom. en la 50. de Toro n. 76. en la 60. n. 1. y en la 77. n. 2. y lib. 2. Var. cap. 5. n. 3. Sr. Gro.

que en los socios convencionales lo dispone la ley 47. al fin, tit. 28. Partid. 3. ibi: *Otrosí decimos, que toda ganancia que qualquier de ellos haga, que el Señorío de ella pasá à los otros tambien, como si cada uno dellos la oviese fecha.*

30 Pero el marido no necesita la disolucion del matrimonio para constituirse real, y verdadero dueño de todos, pues constante éste, tiene en el efecto su dominio irrevocable: y asi los puede administrar, trocar, y no siendo castrenses, ni quasi castrenses, vender, y enagenar à su arbitrio, cesante el doloso ánimo de defraudar à su muger, como se prueba de la ley 5. tit. 9. lib. 5. Recop. que dice: *Y otrosí, que los bienes que fueren ganados, y mejorados, y multiplicados durante el matrimonio entre el marido, y la muger, que no fueren castrenses, ni casi castrenses, que los pueda enagenar el marido, durante el matrimonio, si quisiere, sin licencia, ni otorgamiento de su muger: y que el contrato de enagenamiento vala, salvo si fuere probado que se hizo cautelosamente por defraudar, ò damnificar à la muger.* Por lo que mientras el marido vive, y no se disuelve su matrimonio, ò no hay divorcio, no debe decir la muger que tiene gananciales, ni impedirle el uso licito de los que adquiriera, à pretexto de que la ley la concede su mitad, porque ésta concesion se entiende para los casos expresados, y no en otro, como algunas necias creen.

31 En consequencia de lo expuesto se duda: si la muger disuelto el matrimonio, podrá repetir, y cobrar de los deudores, y terceros poseedores sin cesion del marido, ò de sus herederos la mitad de los gananciales, y débitos que la toca? Y algunos (1) dicen que si la muger está contenida con el marido en el instrumento, ò contrato, puede; mas no, si no lo está, porque en la sociedad universal, ò de todos los bienes no se transfieren los derechos sin la cesion, segun el Comun. (2)

Greg. Lop. en la 55. tit. 5. Partid. 5. glos. 2. vers. *Et facit hoc.* Sr. Covar. lib. 3. Variar. cap. 19. Ayor. de Partition. part. 2. quest. 41. *Morquech. lib. 2. cap. 14. n. 1. y 2.*

(1) Avendañ. respons. 20. n. 3. Tom. 1.

Pe- y otros que cit. Gutier. lib. 2. Pract. quest. 118. n. 15. y 16. Dieg. Perez en la ley 4. tit. 8. lib. 3. Ordenam. col. 1085.

(2) Ley 3. ff. Pro socio.

32 Pero otros (1) dicen indistintamente que no es necesaria la cesion, ya esté, ó no contenida la muger en el instrumento, y los bienes sean muebles, raices, derechos incorporeos, deudas, y acciones. Lo primero, porque si se constituye verdadera dueña por la parte que la toca, luego que muere su marido, es superfluo que pida lo que tiene, y el Derecho la concede: (2) pues por su mitad la competen todos los interdictos, ó remedios posesorios. (3) Lo segundo, porque quando la ley divide algo entre varios, no es necesaria la mutua cesion de unos á otros, y así el uno sin la del otro puede pedir su parte. (4) Lo tercero, porque al modo que el socio puede hacer por su parte, y denunciar la obra nueva: si la denuncia á nombre de los consocios, dando la competente caucion, (5) podrá exigir tambien los débitos sin cesion. Lo quarto, porque la sociedad convencional se diferencia en muchas cosas de la conyugal, como diré en el §. 4. de este capitulo. Lo quinto, porque segun el Derecho de las Partidas, (6) que debemos seguir, lo que un socio adquiere en la compañía universal, se comunica á los demás sin cesion, como queda sentado en el num. 28. y siendolo, como lo es, la conyugal en quanto al lucro, se debe comunicar tambien sin ella. Y lo sexto, porque en el nombre genérico de bienes se incluyen, y comprehenden los derechos, y acciones: y la viuda del mismo modo, adquiere dominio irrevocable en los corporeos que se la aplican, que en los incorporeos; y así como la division, y aplicacion judicial de los derechos surte el efecto de que pueda pedirlos sin cesion: así tambien la legal, pues vale el argumento de la ley á la sentencia, y de ésta á aquella. (7) Por cuyas razones, es indubitable que

(1) Acev. en la ley 2. tit. 9. lib. 5. Recop. n. 19. al 21. Morquech. dicho lib. 2. y cap. 14.
 (2) Ley Unica, Cod. de The-saur. lib. 11.
 (3) Matienz. en la ley 2. tit. 9. lib. 5. Recop. glos. 3. n. 22.
 (4) Bald. in cap. An agnatus, vel filius, vers. Extra nota n. 24.
 (5) Ley de Pupilo, §. Si plures,

ff. de Novi operis nuntiat. y ley 2. tit. 32. Partid. 3. & ibi glos. 5.
 (6) Ley 47. al fin, tit. 27. Partid. 3.
 (7) Ley Bonorum appellatio 49. ff. de Verbor. signific. ley 1. ff. de Divis. Rer. y ley 2. §. Post originem, ff. de Origin. jur. Morquech. dicho lib. 2. cap. 14. n. 12. fin.

puede pedirla, sin necesitar la cesion referida, por bastarle su adjudicacion, con cuyo parecer me conformo.

33 No solo en el matrimonio legitimo, y verdadero se comunican á los casados los bienes que con su industria, y trabajo superlucran mientras dura, sino tambien los que durante el putativo adquieren, con tal que tengan buena fé, ó ignorancia, y crean que es legitimo, y no de otra suerte; (1) y lo propio milita para con la dote, pues goza de iguales privilegios en éste, que en aquel, si concurren dichas circunstancias. (2) Pero la donacion pura, y simple entre ellos no vale, ni se confirma con su muerte en el matrimonio putativo: ni tampoco há lugar la sucesion reciproca abintestato de uno á otro. (3)

34 Por lo tocante á la division de los gananciales entre hijos de dos, ó mas matrimonios, ó entre la muger ultima, y los de la anterior, aunque di alguna luz al contador en el cap. 3. de este libro desde el n. 30. al 35. tratándolo de la deducion de dos dotes: no obstante, como para proceder con justificacion, son precisos dos inventarios, porque realmente son dos liquidaciones, y divisiones de diversas herencias, una del primer matrimonio por lo respectivo á la dote de la muger primera, si la llevó: bienes que mientras duró haya heredado ex testamento, y abintestato, ó la hayan donado: arras que su marido la haya ofrecido: gananciales que ambos hubiesen superlucrado: y legado del quinto, ú otro, si lo hizo á su marido; y otra del segundo, tal vez por iguales derechos. Y si hubo mas matrimonios, y existen hijos de todos, mas inventarios, y liquidaciones hay que hacer: procuraté, (sin embargo de que en algun modo sea repeticion) instruirle radicalmente con distincion de casos, á fin de que no yerre, ni se confunda.

35 Constando por los correspondientes inventarios, y

(1) Cap. 2. de Donatión. inter de Sponsal. part. 2. §. 1. cap. 7. n. 3. vir. & uxor. & ibi Abb. & DD. Gómez y 8. Matienz. en la ley 2. tit. 9. lib. 5. mez en la ley 50. de Toro n. 69. Recop. glos. 1. y 4. Gom. ibi. vers. Quod extende, y n. 77.
 (2) Leyes del tit. Cod. y ff. Un- de vir. & uxor. & ibi DD. Gom. ff. Solut. matrim. Barbat. in cap. Ex en dicha ley 50. de Toro, n. 77. litteris n. 19. de Pignor. (Sr. Covar. vers. Donatio tamen siq. arduum

documentos, ò por probanzas, convenio, y confesion de los interesados, qué bienes llevaron, ò no el marido, y sus mugeres à sus matrimonios, y los que heredaron, y superlucraron durante su respectiva sociedad, ò su importe, y existiendo caudal para cubrir su total, ninguna dificultad hay en hacer la particion, teniendo presentes para la deducion de la dote, y demás haber de la muger segunda los quatro casos propuestos en los referidos numeros, y cap. 3. porque lo mismo es partir con ella, y con los hijos de la primera, que con los de ambas: pues en aplicando à los de cada una con arreglo à sus disposiciones el respectivo haber materno por dote, gananciales, y demás derechos, deducidos previamente los gastos de sus funerales, entierros, Misas, y legados que hayan hecho, lo que quede perteneciente al padre comun, se debe dividir entre ellos con igualdad, en caso que à ninguno haya mejorado, ò hecho legado, ya haya llevado, ò no capital suyo à sus matrimonios, y adquirido mas gananciales en uno, que en otro, ò todos en el uno, y ningunos en el otro: porque como sus hijos están reintegrados de la parte de sus madres, y hasta que su padre muere, nada se les debe de legítima paterna, ni tampoco la hay, no se debe hacer mérito, ni atender por lo concerniente à ésta, al matrimonio en que los adquirió, ni à otra cosa mas, que à que son bienes que su padre dexó, y que todos son sus herederos con igualdad, ò segun su voluntad arreglada à la ley.

36 Pero no debe perder de vista el contador para graduar el haber paterno, la obligacion, y derecho de reservacion, de que haré lata mencion en el cap. 5. del lib. 2. de este tratado, en caso de que la muger primera haya hecho legado del quinto, ò de otra cosa, ò cantidad à su marido: pues entonces como por haberse vuelto à casar éste, perdió su propiedad, y solo le tocó, y tuvo el usufructo, debe volver, y restituir su importe líquido, ò los bienes en que se lo consignó, si existen, à los hijos de ella: à cuyo fin si es legado de cosa específica, ò de cantidad determinada, se separará, y se les aplicará: y si es del quinto, se deducirán de él los gastos de su funeral, Misas, entierro, mandas pías, y graciosas, (si las hizo) ò su importe, porque

que este no entró en su poder, y el residuo líquido será para los mismos hijos, y nada para los habidos en la segunda.

37 No procederá esto para con el legado que simplemente le haya hecho la muger segunda, pues se dividirá entre los hijos de ambos matrimonios, porque por haberse conservado viudo, lo hizo suyo, como si de otra parte lo hubiera adquirido, y no incurrió en la pena de reservacion, segun tambien explicaré en dicho cap. 5. que debe retener en la memoria no solo para el caso de que el premuerto haya dexado al superstite algun legado, teniendo hijos, sino para el de que le haya hecho donacion *inter vivos* ò haya heredado despues *ex testamento*, ò abintestato à uno, ò mas hijos, pues alli explico los casos con toda claridad, y extension.

38 No constando qué bienes entraron en su matrimonio el marido, y su primera muger, pero sí los que quedaron por muerte de ésta, todos se reputan gananciales, como dexo sentado en el n. 4. y asi se deben dividir por mitad entre ambos. Y aunque el marido ningunos haya entrado en el segundo matrimonio, se ha de aplicar à los hijos del primero la mitad de aquellos (hechas de ella las deducciones referidas) por ser perteneciente à su madre: observandose para no perjudicar à la segunda, ni à los suyos en su dote, gananciales, y demás derechos, lo explicado en el enunciado cap. 3. de este libro en el segundo caso.

39 Si llevó dote, pero no consta qué bienes quedaron quando falleció, entonces de qualesquiera que à su marido toquen privativamente por razon de capital, ò gananciales superlucrados en el matrimonio segundo, se satisfará à los hijos de la primera todo lo que en legal forma acreditaren corresponderla por dote, arras, y demás derechos: y el resto de ellos si los hubiere, se dividirá entre todos los hijos de ambos matrimonios, separando primero la dote, y demás que à la segunda toque por los suyos.

40 Aunque los hijos del primer matrimonio pretendan gananciales, suponiendo haberlos habido en él, ningunos llevarán, à menos que plena, y concluyentemente prueben quáles, y cuántos, y que existian al tiempo que murió su madre, porque el que se afianza en la qualidad del

tiempo, debe probarla, como fundamento de su intencion, y no probandola, no obtendrá; (1) pero si la probaren, se observará lo explicado en el citado cap. 3. segun sea el caso: pues del privativo haber de su padre se les han de satisfacer, y no del cuerpo de caudal inventariado, si hay gananciales en el segundo, para que la muger segunda no sea perjudicada en su mitad.

41 Y sin embargo de que hagan constar que durante él compraron, y adquirieron alguna heredad, viña, ò otra alhaja, no es suficiente esta prueba para que se les abone la mitad de su valor, aunque existan, y su padre las lleve al segundo, ni para que se estimen por bienes multiplicados en vida de su madre, porque pudieron haberse comprado con el dinero dotal de ésta, ò del capital de aquel, ò haber enagenado algunos suyos de otra especie à dicho fin, como muchas veces sucede; por lo que se estimarán por fondo de la sociedad primera, y no por gananciales de ella. Y así para que en caso de existir, se reputen por multiplicados en él, es preciso que califiquen, y hagan ver clara, plena, y concluyentemente, que quando su madre murió, habia bienes equivalentes à cubrir todo lo que ésta, y su padre entraron en su matrimonio, y las deudas contraídas en él, y además los bienes existentes. (2) Lo qual no echará en olvido el contador, pues hasta que se separan los fondos puestos en la sociedad por ambos socios, y las deudas de ésta, no hay gananciales, como legalmente dexo sentado en el referido cap. 3.

42 No acreditandose en suficiente forma en qué matrimonio de los del padre comun se adquirieron los gananciales, ni los que éste lucró mientras estuvo viudo, (pues lo que entró en el primero, es suyo privativo, y tambien lo que adquirió durante su viudedad) se dividirán igualmente entre los hijos de ambos, sino mejoró à alguno. Y aunque algunos Autores (3) dicen que se deben dividir à prorrata de

(1) Ley Si vero §. Qui pro rei qualitate l. ff. Qui satisfacere cogantur. y ley Quoties 15. Cod. de Reivindicacion. Palac. Rub. in Rubr. de Donation. §. 60. n. 16.

(2) Ayor. de Partition. part. 3.

quest. 13. n. fin.

(3) Siguenz. de Claus. lib. 2. c. 11. n. 146. Escobar de Ratiocin. cap. 9. Var. comput. n. 5. y sig. y otros que cita.

de lo que cada matrimonio duró, y esto parece equitativo: no me adhiero à su opinion, porque en el poco tiempo de uno se pudieron haber lucrado muchos, y en el dilatado de otro pocos, ò ningunos, ò haberse consumido los adquiridos en el anterior, como cada dia se experimenta, segun los negocios, proporciones, gastos, aplicacion, economía, y prosperidades, ò adversidades que hubiesen tenido; por lo que partiendolos con igualdad en dicho caso, se quita todo escrupulo, pues el padre pudo haberlos consumido todos, y hasta que muere, ningun hijo tiene derecho à que él dé su legitima paterna, ni mas que una probable esperanza de obtenerla, y entonces todos deben ser iguales, si no mejora à alguno, y no se debe atender al tiempo que duró cada matrimonio, è inferir que adquirió en él los bienes que dexó; sino solamente à cuántos, y à que todos son suyos; pues de lo contrario si v. gr. en el primer matrimonio los habia adquirido todos, nada deberian participar los hijos del segundo, siendo sus hijos como los otros; y segun la regla de prorratéo quedarian privados de su legitima, ò perjudicados, y era suponer en el padre la obligacion de reservarlos para los de cada uno, y no poder usar libremente de los que en cada matrimonio, ò estando viudo habia adquirido, la que ninguna ley le impone, ni le prohíbe su uso como dueño de todos.

43 Pero si habiendose casado el marido, v. gr. dos veces, no formalizó particion, ni aun descripcion de bienes por muerte de la muger primera, por lo que se ignora qué gananciales hubo en cada uno de sus matrimonios; para dividir entre los hijos de ambos los que tocaron à cada una de sus madres, ¿se pregunta qué deberá practicar el contador? A la verdad que (como dice Ayora en la quest. 13. part. 3. num. 39.) es arduo, aunque no imposible este caso; por lo que es menester ocurrir à pruebas, y en su defecto à prudenciales congeturas: y así procurará avenir, y concordar à las partes; y si no quisieren, y por escrituras, ò otras pruebas resultaren comprados en cada matrimonio algunos de los existentes, los estimará por gananciales respectivos de ambos, y aplicará à los hijos de cada uno, como adquiridos en tiempo de sus madres, y con arreglo à

sus ultimas disposiciones, la mitad de los que aparecieren, pues la otra mitad toca à su padre, en la qual todos son interesados igual, è indistintamente, si à ninguno mejoró. Si nada resultare, es menester tener presente, examinar, y considerar qué tiempo estuvo casado con cada muger: qué negocios manejó, y utilidades, ò pérdidas tuvo: qué conducta era la de sus mugeres, pues si alguna era de las que nacen al mundo para ser el catástrofe de caudales, y vidas, como muchisimas de estos tiempos, antes le ayudaria à caer, que à levantar: qué enfermedades, y contratiempos le sobrevinieron respectivamente, ò à sus mugeres, hijos, ò hacienda, (pues mucho de esto se podrá probar) y hecho un cómputo imparcial, y prudencial, llamará à los interesados, y se lo manifestará, instruyendoles de todo lo que tuvo presente para hacerlo. Y si sin embargo no se avinieren lo propondrá al Juez como duda, à fin de que oyendolos en forma, resuelva, y le prescriba regla fixa, que le sirva de norte, y pauta para girar la cuenta; y con arreglo à lo que se declare, procederá, sin mezclarse en hacer oficio de Juez, pues siempre que le ocurra duda, que no pueda disolver, ya sea acerca de los gananciales, ò de algun otro particular, y las partes no se convengan, debe proponersela al efecto expresado, ya haya, ò no menores. Lo que queda explicado en orden à los hijos de dos matrimonios, milita con los de tres, ò mas, ya sea por muerte del padre, ò madre comun, segun los casos ocurran.

§. II.

**QUÁNDO NO SE COMUNICARÁN
à los conyuges los gananciales, ò los
perderán.**

44 **N**O es tan amplia, y absoluta la conclusion sentada en el num. 1. de este capitulo, de que los bienes superlucrados constante matrimonio se comunican igualmente à los casados: que no padezca sus limitaciones,

CO-

como toda regla general, pues hay varios casos, que recopilé en el cap. 1. §. 22. de mi primera parte, en los quales no solo no se les comunicarán, sino que los perderán. Y para que el contador lego, y principiante, que no la tenga, y à quien pretendo tinturar, (pues de los Maestros tuviera à mucha dicha ser discipulo, para aprender) no incida tal vez por ignorarlos, en el error de estimarlos por tales, ni por consiguiente perjudique à uno de los conyuges, procedo à su exposicion. Digo pues que si alguno de ellos comete crimen de lesa Magestad, ò otro, por el qual segun derecho deba perderlos, nada percibirá de la mitad, que á no haberlo cometido, le tocara. Y se reputan por gananciales todos los que lucran hasta que en juicio se declaran por perdidos, aunque el delito sea de tal calidad, que el perpetrador incurra *ipso jure* en la pena; pero por el del uno no pierde el otro su mitad, ni los demás bienes suyos. (1)

45 De lo qual infiero, que aunque por el delito no se declaren por perdidos, si se le condena en alguna pena pecuniaria, deberá descontarsele de su mitad, y aplicarse otro tanto como importe, al otro conyuge, porque el daño que se irroga à la sociedad por dolo, ò culpa de uno de los socios, no debe dañar à los consocios segun derecho; (2) y el que por su culpa lo experimenta, debe imputarsele à sí mismo, y no à los otros. (3) A mas de que ya sea el marido, ò la muger el administrador de los bienes, en la general administracion nada se permite hacer dolosamente, y si se hace, no daña al dueño; (4) pues de lo contrario resultaria que siendo éste inocente, pagaba igualmente que el culpado, quando por ninguna ley se le condena, y antes bien por todas se le exime.

Que-

(1) Leyes 10. y 11. tit. 9. lib. 5. Recop. Antunez de Donacion. Reg. lib. 3. cap. 26. n. 1. al 10.

(2) Ley Cum duobus 52 §. Damna, ff. Pro socio, y ley Ex parte, §. Si filius, ff. Familæ erciscundæ, y leyes 7. y 13. tit. 10. Partid. 5.

(3) Regul. Quod quis, de Regul. jur. in 6. y leyes 18. y 22. tit. 34.

Partid. 7. y los tit. Ne uxor pro marito, y Ne filius pro patre, Cod. Martienz. en la ley 4. glos. 7. n. 11. y en la 10. glos. 2. tit. 9. lib. 5. Recop.

(4) Ley Creator 60. §. Lucius Titius 4. ff. Mandati, & ibi Bald. Morquech. de Divis. lib. 2. cap. 13. ex n. 16. hasta el fin.