

no tuvo culpa, ni lo hizo con intencion de damnificar à su muger: y así como perdió, pudo ganar, y quien está à lo uno, debe sufrir lo otro: (1) y mayormente habiendo sido recíproca entre los dos la fianza, en cuyo caso ninguno se grava. (2)

71 Queda sentado en el num. 57. que si la muger renuncia los gananciales, no debe pagar las deudas del matrimonio; pero si los acepta, y porque advierte luego que no son suficientes à su solucion, los renuncia, ¿se duda si estará, ò no obligada à satisfacerlas? Acerca de lo qual hay dos opiniones. La una dice que sí, y se funda en que aunque los contratos son voluntarios en el principio, se hacen luego forzosos, y la muger no se puede receder del que celebró, porque así los herederos como los acreedores adquirieron derecho à su observancia, excepto que la muger sea menor al tiempo de la aceptacion, pues en este caso será restituida. (3) Y à esta me inclino.

72 Y la otra dice que no, porque por la mera aceptacion no es visto haberse obligado à su satisfaccion, sino en quanto alcancen, y sí unicamenie prestado su consentimiento à su admision, si los hubiese; y como por la ley solo está obligada à pagarlas quando quiere percibirlos, se sigue que no percibiendolos, queda libre, à menos que al tiempo de la admision se obligue, ò despues de viuda contraiga expresamente con los acreedores. Lo qual es al contrario en el heredero del marido, pues le concede la ley el beneficio de no estar obligado *ultra vires hereditarias*, si hace inventario de los bienes de su causante en la forma, y términos que prescribe, y por la aceptacion de la herencia sin este beneficio le obliga à las deudas, y legados, porque por este hecho no ignorando el perjuicio que se le irroga, es visto admitir no solo los bienes, sino los créditos que la herencia tenga contra sí. (4) A mas de que lo penal se debe res-

(1) Dicha ley Cum duobus, §. Si in coeunda, y §. fin.

(2) Ley De fideicomiso, Cod. de Transaction. y ley Si pater puelle, Cod. de Inofic. testam. Ayor. part. 1. cap. 8. n. 10. y sig. Morquech. lib. 2. cap. 13. n. 12. al 14.

(3) Gut. lib. 4. Pract. quæst. 68. Matienz. en la ley 9. tit. 9. lib. 5. Rec. glos. 1. n. 9. Acev. ibi. n. 13. Burg. de Paz Junior in Quæstion. civil. quæst. 9. n. 9.

(4) Ayor. part. 1. dicho cap. 8. num. 17.

restringir, y no ampliar à lo que suena, y ninguno se cree que quiere gravarse, ni pagar lo que no debe.

§. III.

CÓMO SE HAN DE DIVIDIR las mejoras hechas por los conyuges en sus bienes libres, y vinculados.

73 **H**aciendo fortalezas el marido en las Ciudades, Villas, Lugares, y heredamientos de su mayorazgo, cercas en dichas Ciudades, y Villas, mejoras, y reparos en ellas, y en sus edificios, y reparos en sus casas, son propias del mismo mayorazgo; y en todo debe suceder el llamado, sin ser obligado à dar parte alguna de su valor à la muger, hijos, herederos, ni sucesores del que los hizo. Así lo dispone la ley 46. de Toro, que es la 6. tit. 7. lib. 5. Recop. cuyo tenor es este: *Todas las fortalezas, que de aqui adelante se hicieren en las Ciudades, y Villas, y Lugares, y heredamientos de mayorazgo, y todas las cercas de las dichas Ciudades, y Villas, y Lugares de mayorazgo, así las que de aqui adelante se hicieren de nuevo, como lo que se reparáre, ò mejoráre en ellas; y ansimismo los edificios, que de aqui adelante se hicieren en las casas de mayorazgo, labrando, ò reparando, ò reedificando en ellas, sean así de mayorazgo como lo son, ò fueren las Ciudades, y Villas, y Lugares, y heredamientos, y casas donde se labraren: y mandamos que en todo ello suceda el que fuere llamado al mayorazgo con los vínculos, y condiciones en el mayorazgo contenidas, sin que sea obligado à dar parte alguna de la estimacion, ò valor de los dichos edificios à las mugeres del que los hizo, ni à sus herederos, ni sucesores: por lo que las mejoras hechas por el poseedor en algunas fincas de él, no se compensarán con los deterioros causados en otras, porque lo voluntario no se compensa con lo preciso, y obligatorio, y por las demás razones expuestas en el capítul. 8. num. 48. de mi primera parte ultimamente adicionada. No me*

me detengo mas en la materia de esta ley, por no ser de mi instituto, ni de la inspeccion del contador, ni tocar à este tratado, y asi le remito à los Autores, (1) à quienes podrá ver, pues discordan acerca de su inteligencia.

74 Siendo libres los bienes de marido, y muger mejorados en su matrimonio, dice *Ayor. part. 1. cap. 10.* que si es tierra que se plantó de viña, se dividirá, aplicando en ella à su dueño el valor que tenia antes, y partiendo el mayor, que con las mejoras tenga, entre él, y los herederos del otro, v. g. valia ciento la tierra, y con la viña vale doscientos. Llevará el dueño ciento y cincuenta, los ciento por el valor de la tierra, y los cincuenta por mitad de mejoras, como gananciales; y los herederos del otro con atencion à mejoras llevarán en la misma viña los cincuenta restantes, y se amojonará, y dividirá la viña. Que si es casa, molino, ò otro edificio, se aplicará íntegro con el costo de lo fabricado, ò mejorado al dueño del suelo en que se hizo, el qual sino le cabe por su mitad de gananciales todo el valor expendido en las mejoras, dará à los otros interesados el exceso en dinero; previniendo que en todo evento se ha de atender à lo que costaron, que es lo que salió del caudal comun, y no à lo que valen al tiempo de la particion, ya sea mas, ò menos. Y que la razon de diferencia en practicar asi esta division, consiste en que la viña la tiene cómoda, y la casa, ò edificio no. Y en apoyo de su dictamen cita las leyes 3. y 9. tit. 4. lib. 3. del Fuero Real.

75 Pero sino me engaño, ò se ha equivocado, ò no entiendo las referidas leyes, pues en mi concepto disponen lo mismo (aunque por diverso estilo) en un caso que en otro en quanto à la propiedad del fundo, como se reconoce de su contexto, cuyo ordinal tenor es este: ley 3. *Quando el marido, è la muger ponen viña en tierra que sea de qualquier de-*

(1) Gom. en la ley 46. de Toro Gom. Arias en la 40. n. 28. y en la 44. n. 47. vers. Adverte tamen: Sr. Molin. lib. 1. de Primog. cap. 26. Matienz. en la 6. t. 7. lib. 5. Rec. Burg. de Paz quæst. 7. n. 17. Pelæz de Majorat. part. 4. quæst. 33. n. 3.

Garcia de Expens. cap. 13. n. 45. Acev. en dicha ley 6. tit. 7. Burg. de Paz Senior. cons. 3. n. 199. Ayor. part. 1. c. 10. ex n. 3. Velazquez de Avendañ. en dicha ley 46. per omnes. glos.

dellos, è muriere el uno dellos, cuya fuere la tierra, tome el terrazgo, segun ponen otras viñas en aquel Lugar, y el vino partalo con los fijos del muerto, ò con sus herederos, si fijos no hubiere: y esto mesmo sea de otras labores qualesquier que se ficieren en el solar del uno dellos: ley 9. Si el marido, ò la muger facen casa en tierra que sea del marido, ò de la muger, è muriere el uno de ellos, cuya fuere la raiz, dé la mitad de la preciadura à quien heredare su buena, quanto amaren que cuesta la fechura, è finque cuya fuere la raiz con las cosas; è si cuya fuere la raiz, muriere ante, otrosí los que heredaren su buena, den la mitad de la apreciadura, asi como dicho es: E otrosí mandamos que esto mesmo sea de los molinos, è de los fornos. De suerte que segun el espíritu de estas leyes, aunque concebidas en estilo diferente, entiendo que ya sea viña, olivar, casa, horno, molino, huerta plantada de arboles, ò otras cosas hechas en el solar de uno de los conyuges, debe el dueño del suelo llevarlo todo, pagando la mitad del costo de mejoras à los herederos del otro: Lo primero, porque este carece de titulo para pretender parte del fundo: y asi se cumple con darle lo que en la mitad de mejoras se invirtió, y à no haberse invertido, existiria en dinero, ò en otra especie. Lo segundo, porque la ley 3. dice que el dueño de la tierra tome el terrazgo, y parta el vino con los herederos del muerto: que quiere decir, que lleve la heredad, (como que es suya) y la mitad de las cepas, y satisfaga al conyuge la otra mitad de éstas: pues à no ser este su espíritu, mandaría que los dos partiesen la tierra à proporcion con las cepas, ò vino, y no que el dueño tomase el terrazgo, y partiese el vino con los herederos del muerto; y sino quiere decir esto, pregunto, ¿qué es tomar el terrazgo, sino llevarlo? No alcanzo que sea otra cosa, porque llevar la tierra, y dar parte de ella al otro, implica, pues ya no se verifica llevar sino parte, y las cepas sin tierra no sirven para fructificar, sino para el fuego. Y lo tercero, porque aunque la ley mandára clara, y expresamente lo contrario, era preciso probar que estaba en uso, y entonces solo en el Pueblo en que lo estuviese, deberia observarse, porque segun la primera de Toro no tienen vigor de tales las del fuero sino en donde,

y en lo que son usadas, y guardadas; por lo que no me queda duda en que se debe practicar la division en los terminos propuestos, excepto que haya costumbre contraria, ò los interesados se convengan en lo que dice Ayora, ò no pueda hacerse de otro modo.

76 Haciendo gastos el marido en las fincas dotales no estimadas, si son *necesarias*, v. g. por amenazar ruina la casa dotal sin su culpa: la dote consiste en especie, y cantidad juntamente, y no hay gananciales, disminuyen la dote en cantidad los gastos: quiero decir, que tanto menos tendrá la muger que percibir en dinero del que llevó en dote, y su marido que restituirle, quanto importen los hechos en la casa. Y si consiste solamente en especie, no la disminuyen, pero el marido puede retener por via de prenda la finca en que los hizo, hasta que se los pague su heredero, porque una vez que no hay gananciales, es visto haberlos hecho, y expendido de su capital, y debe ser reintegrado por su muger, en cuyo beneficio se invirtieron, pues à no estar casada, tendria que buscar dinero para evitar la ruina, ò pereceria la finca, y *melior est retentio, quam actio*. Bien que Garcia de *expens. cap. 13. num. 57.* impugna la retencion de las dotales, fundado en la ley unica *Cod. de Rei uxorie action. §. Sed neque ob impensan.* Siendo utiles (v. g. que en la casa se aumentó algun quarto, ò mejoró la habitacion) y hechos con consentimiento de la muger, ò siendo rica ésta, aunque no lo prestase, los puede recuperar de ella el marido por la acción *Mandati*, ò *negotiorum gestorum*, vel *conditioe ex leg. Domum Cod. de Reivindicat.* y está obligada à pagarsela. Pero si son voluntarios estos gastos, no tiene derecho à su repeticion, y si unicamente à que la muger los quite de su alhaja, con tal que de quitarlos no se irroque detrimento à ésta, de modo que decaiga del estado que tenia quando la llevó, pues si se le irroga, no está obligada à ello, por lo que irrogándosele, los perderá el marido, y compensará con los frutos percibidos. (1) Previendo que los hechos en la recoleccion de fru-

(1) Leyes del tit. ff. de Impens. in rebus dotalib. fact. y ley fin. tit. 11. Partid. 4. Gom. en la 50. de Toro n. 51. Garcia de *Expens. cap. 13. n. 49.*

frutos, ò en su conservacion, no tiene accion à repetirlos, excepto que restituya los mismos frutos. (1)

77 Y si hay bienes para cubrir la dote, y capital del marido, y à mas de esto resultan por gananciales los gastos, ò expensas necesarias, y utiles hechas en las fincas dotales, se dividirán entre ambos, y el marido percibirá su parte en la forma expuesta en el numero precedente. Y aunque parece que éste debe compensar su importe con sus frutos, y de éstos hacerlas, no será asi, porque los frutos le están concedidos para ayuda à superar las cargas matrimoniales, por lo que solo está obligado à hacer de ellos los reparos menores que miran à la conservacion de la finca, mas no los mayores, que por caso fortuito acaecen, y son precisos, pues éstos como que tienen su tendencia à la perpetua utilidad, y subsistencia de la alhaja, son de cuenta de la muger, en quien permanece el dominio de ella, y el incremento, ò decremento eventual es de su cuenta; y asi le competen además de los frutos, como lo dice la ley final tit. 11. Partid. 4. ibi: *Mejorando el marido la cosa que le dió su muger en dote, non seyendo apreciada, asi como si la reficiese, ò la acresciese, porque fuese mejor, è rendiese mas, si las despensas que en ella metiere, fueren à tales que se mejora la dote por ellas, puedelas contar, è haberlas aquellas que ficiere; además de quanto montare el esquilmo que llevó de los frutos, è de las rentas de la dote:* : Pues siempre que estos se perciben no por derecho de posesion, sino de dominio, cesa su compensacion con las expensas, y mejoras hechas en la alhaja: es asi que el marido los percibe por todos derechos, luego no debe compensarlos. (2) Advirtiéndose que si el marido restituye toda la dote sin deducir las expensas referidas hechas en los predios dotales, puede repetirlos como pagadas indebidamente, y con error; (3) y lo propio milita en el heredero fiduciario que restituye la he-

(1) Garcia dicho cap. 13. n. 57. dicho cap. 13. n. fin. Gom. en la ley 46. de Toro n. 3.
 (2) Glos. verb. Superfluum al fin. in leg. Emptor, ff. de Reivindicat. Sr. Greg. Lop. en la ley 41. tit. 28. Partid. 3. glos. 5. Sr. Cov. lib. 1. Var. cap. 8. n. 4. al fin. Garcia
 (3) Ley Quod dicitur, ff. de Impens. in reb. dotalib. fact. Baez. de Decim. cap. 18. n. 11. Gutier. de Tutel. part. 3. cap. 29. n. 16.