

herencia sin exigir la quarta trebelianica por olvido, ò ignorancia. (1)

78 Y para que el contador lego principiante no titubee, ni se confunda en el modo de dividir estas mejoras, que son gananciales, le instruiré con los exemplos siguientes. Siendo *utiles*, debe agregar el importe de su valor al caudal efectivo partible, como que son incremento verdadero de él, y no considerar la finca por el mero precio en que la muger la llevó, y aplicarsela con ellas, ò por el todo de su tasa, (la qual debe hacerse con distincion de lo que vale la finca sin ellas, y luego lo que ellas valen) dexando de entregarla otras cosas, y adjudicandolas à su marido en pago de su mitad; v. g. vale la finca 200 reales, y las mejoras utiles hechas en ella 100 por lo que se tasó en 300. y además hay de gananciales en otras cosas otros 100. que en todo componen 200. En este caso se aplica à la muger su finca en los 300. los 200. porque los valia, y los 100. por las mejoras hechas en ella, y mitad de gananciales que hay, y al marido se adjudican los bienes restantes superlucrados por la otra mitad. Y si mas gananciales hubiere, se la darán en otros bienes para complemento de su parte. Pero si no hay mas gananciales que las mejoras; que la muger pague à su marido, ò à sus herederos la mitad de éstas en dinero, buscandolo sino lo tiene, ò retengan la finca para su reintegro con sus frutos.

79 Si las mejoras son *necesarias*, se ha de distinguir: ò hay mas gananciales que lo que importan, ò no. Si los hay, para que se pueda hacer pago al marido de su mitad, se pone verbal, y numericamente su total por caudal, como si real, y efectivamente existiera, y luego se hace la misma aplicacion que quando son utiles, y al marido se adjudican los demás bienes. Si no hay mas gananciales, se aplica su mitad à la muger en el valor de la finca, y al marido la otra mitad en otra cosa dotal, v. g. importan las mejoras 100. y la alhaja dotal vale 200: se dá à la muger por 300. los 200. que valia, los 50. por su mitad de gananciales, y los otros 50. por la otra mitad que toca à su marido,

(1) Ley Error Cod. ad leg. falcid. Gutier. ibi n. 15.

y ella dexa de tomar en otra cosa dotal. Pero si no hay otra cosa dotal que se pueda adjudicar al marido en pago de su mitad de mejoras, entonces es menester que la muger busque dinero, para reintegrar à su marido, ò à sus herederos de su mitad: y en su defecto pueden retener éstos la misma alhaja, hasta que con sus frutos se hagan pago de lo que les toca, pues à no haber expendido su dinero en repararla, lo tendria en especie, ò en otras cosas, y la muger experimentaria la ruina de su finca dotal. Y se advierte que para graduar de mayores, ò menores los gastos, ò reparos hechos en las fincas dotales, se ha de atender al fin con que se executaron, y à lo que en cada uno expendió el marido, y no à lo que importan los hechos en repetidas ocasiones; por lo que si en una finca dotal hizo muchos en distintos años, ò en uno diversos en varias fincas, que juntos componen suma crecidissima, se deberán reputar por menores todos, y compensarse con los frutos, sin embargo de la considerable cantidad à que unidos ascienden, porque cada reparo de por sí es de corta entidad, y hecho unicamente para conservacion, uso, y produccion de la finca, y no para su perpetua duracion, y subsistencia; y aunque acumulados, y reducidos à una suma importan mucho, no obsta, porque para su compensacion percibió muchos frutos de las fincas dotales, que está obligado à reparar, y conservar con ellos, y nada expendió de su privativo caudal, ni del superlucrado, ni adquirido de otra parte; lo que tendrá presente el contador.

80 Mejorando el marido los bienes dotales, y mandando en su testamento, *que sus herederos entreguen libremente à su muger los que llevó à su poder*, sin mas expresion: Si estos bienes están mejorados por aumentos hechos en ellos, ò por haberlos liberado de las cargas, à que estaban afectos: y à mas de esto, si tambien hay frutos pendientes en ellos, ¿se duda, si en virtud de esta clausula deberán entregarselos con los frutos, ò si éstos, y las mejoras, y cargas se deberán inventariar, y poner por gananciales, y dividirse? Y parece que sin embargo de la palabra *libremente* se han de poner por gananciales, como superlucrados constante matrimonio, y dividirse entre ambos conyuges,

respecto no haber hecho mencion de las mejoras, cargas, y frutos: y mas no ignorando que éstos estaban pendientes, y aquellos se habian hecho, y pagado, ò redimido: y que todo es comunicable à entrambos, pues si quisiera gratificar à su muger, lo hubiera expresado; por lo que se presume segun derecho, (1) quiso gravar en lo menos que pudiese à sus herederos con los legados, los quales se han de interpretar estrictamente: (2) pues en lo obscuro se debe seguir lo mas benigno, y menos gravoso, porque asi como lo expreso daña, lo que no se expresa, no. (3)

81 Mas no obstante, lo contrario es lo cierto: con la distincion de que si los herederos no son forzosos, los ha de llevar íntegros la muger con los frutos pendientes, sin descuento de mejoras, ni cargas, porque de todo es visto haber querido hacerla donacion, y legado, como pudo: y esto quiso decir el testador en la palabra *libremente*. Y si son legitimos, ò forzosos, se la descontará solamente el exceso à lo que pudo disponer en perjuicio de ellos, que es el quinto, ò tercio; todo lo qual se entiende deducidas previamente sus deudas, pues hasta que se deducen no hay herencia. Pero si no mandó mas que restituírle la dote que llevó à su poder, podrán sus herederos descontarla, y cobrar el importe de las mejoras hechas en sus bienes dotales, porque es visto no haber querido legárselas, ni beneficiarla con ellas. (4) En quanto à cómo, y en qué caso se han de computar, y compensar los frutos percibidos de una finca con las mejoras hechas en ella por su poseedor, quando se le condena à restituírle con ellos, vease à *Escobar de Ratiocin. computat.* 13. que lo trata con bastante claridad, y trae las opiniones que sobre ello hay, pues por no ser concerniente à particiones, omito explicarlo.

82 Asi como el marido puede repetir los gastos utiles, y

(1) Ley Unum ex familia 67. §. Si rem tuam 8. ff. de Legat. 2.

(2) Ley Nummis 75. ff. de Legat. 3.

(3) Leyes Semper 9. Semper in stipulationibus 34. In obscuris 114. y Expresa 195. ff. de Regul. jur.

(4) Ayor. part. 2. quæst. 38. n. 37. Bayo Prax. Eccles. part. 3. lib. 2. quæst. 70. Bart. y otros en la ley Si quando, ff. de Legat. 1. en la *Mœvio* 41. ff. de Legat. 2. & ibi glos verb. Dotem, y en la 1. n. 9. al fin, ff. de Procurator Cæsar.

y necesarios que hizo en las fincas dotales de su muger, y retener éstas hasta que se reintegre de aquellos, segun queda sentado, ¿se pregunta, si podrá practicar lo propio con los que haga en curarla sus enfermedades, y en su funeral? Y en quanto à los de su curacion, digo que ya haya traído mucha, ò poca dote, ò ninguna, debe alimentarla, y sufrir esta carga como una de las matrimoniales, porque es su compañera, y de ella recibe servicios, obsequios, y beneficios, y quando se casó, à todo se expuso; y no debia ignorar las calamidades, à que el pecado de Adán nos sujetó, ni presumir neciamente que sería privilegiado, y no le comprenderian como à todos los descendientes de éste; (1) y por consiguiente debe curarla sus enfermedades, porque en el nombre, ò apelacion de alimentos no solo vienen, y se comprenden el vestido, la comida, y habitacion, sino las medicinas, y todo lo que es necesario para vivir, y sin lo que no puede subsistir, ni conservarse el cuerpo humano; (2) pues concedida una cosa, viene, y se comprende todo aquello sin lo qual no se puede conseguir, ni verificar la concedida; (3) por lo que carece de acción para repetir de su suegro los gastos que hizo en su curacion, y para retener el todo, ò parte de la dote por via de compensacion de ellos, segun se prueba de la ley 13. *Cod. de Negot. gest.* que en su primera parte dice: *Quod in uxorem tuam legam rogasti, non à suocero repetere, sed affectioni tue debes expendere*. Y asi es visto, expendelos, no solo por obligacion, sino por afecto marital; y mucho menos se le concederá la repeticion, si él tuvo la culpa de las enfermedades, pues debe imputarse à sí propio este daño. (4)

83 Pero no habiendo tenido culpa, si la ultima que su mu-

(1) Fontanel. de Pact. tom. 2. tit. 4. quæst. 11. à la 8. M. 1. claus. 6. glos. 2. part. 5. n. 1. (2) Ley Legatis, ff. de Aliment. & cibariis, legat. Ley Legatum, ff. de Aliment. legat. Ley Verbo victus, ff. Verbor. signific. glos. in cap. Epis. copus 10. quæst. 2. Bart. In leg. Legatis servia in 1. quæst. ff. de Alim. & cibariis. leg. Sord. de Aliment. (3) Cap. Cum quid, de Regul. (4) Ley Si damnus, ff. de Pecunia hereditaria 22. vers. Sed ita. ff. de Negot. gest. §. 1. Instit. de Obligacioni quæ ex quasi delicto. y íregla Damnum, de Regul. jur. in 6. Fontanel. ibi n. 16. al 18.

muger padeció, fue crónica, prolixa, y grave; los frutos de su dote, por ser tenue, no alcanzan para el reintegro de los gastos causados en ella; y el marido protesta que los hace con animo de repetirlos, y no por piedad, ni afecto marital: dicen algunos Autores, (1) que se debe limitar la ley inserta, y por consiguiente que puede repetirlos, y compensarlos con su dote en caso de no haber gananciales; al modo que la madre que alimenta a su hijo, y protesta que no lo hace por afecto materno sino con animo de exigir de los herederos de su marido los alimentos que le dá; (2) y añaden que no es necesaria la protesta, porque la dote es patrimonio de la muger, y ésta mientras existe enferma, no sirve, ni obsequia a su marido, el qual es deudor suyo, y jamás se presume que el deudor gasta con animo de donar. (3) Sin embargo de estas razones, me inclino, y siempre he visto practicar lo contrario, lo uno, por las expuestas en el num. 82. que no tienen solución concluyente. Lo otro, porque la ley habla indistintamente, y quando no distingue, no debemos distinguir, por ser visto comprender todos los casos. Y lo otro, porque tan dexos está de dar derecho al marido para la repetición, que antes bien le excluye de él, respecto dice: *non debes repetere*, por lo que será inútil su protesta, pues ésta sirve de conservar el del que la hace, y como en el presente caso ninguno le compete, nada tiene que conservar. Advertiendo que quando el marido es pobre, y la muger rica, debe alimentarlo ésta, (4) como su socia conyugal.

85. Por lo tocante al entierro, digo que si la muger es pobre, y su marido rico, debe por su honor enterrarla digna, y decentemente según su calidad. (5) Pero teniendo dote, no

(1) Mascard. de Probat. concl. Fortanel. ibi num. 12. al 15.
 177. n. 1. Peguer. decis. 169. n. 5. al (4) Ley Si cum dotem, §. Si
 fin. Anton. Thesaur. quæst. 52. in maritus, ff. Solut. matrim. Surd. de
 part. 2. Fontanel. ibi. n. 9. y otros. Aliment. tit. 1. quæst. 35. Sanchez
 (2) Surd. de Aliment. tit. 6. q. 18. de Matrim. lib. 6. de Débito con-
 yugal. disp. 4. n. 17.
 (3) Ley fin. ff. de Petition. heredit. ley 3. §. Sed. utrum, ff. de Minorib. García de Expens. cap. 4. n. 25.
 (5) Ley Quod si nulla, ff. de Religios. & sumptib. funer.

no está obligado a ello, antes si puede repetir del padre, o persona a quien la ha de volver, o restituir, los gastos que hizo en su funeral; como lo dice dicha ley 13. *Cod. de Negot. gest.* en su segunda parte ibi: *In funus sane ejus si quid eo nomine quasi recepturus erogasti: patrem ad quem dos pediat, jure condemnis*. (1) Porque las impensas funerarias son cosa agena de la dote, (2) y deuda privativa de quien las causa, (según expondré en el lib. 2. cap. VI. n. 33. de esta segunda parte) que mas miran a la herencia, y patrimonio del difunto, que a éste; y así el acreedor funerario no se llama acreedor suyo como los demás, que es una de las razones porque prefiere a todos; el gravamen de hacerlas compete mas al padre que al marido; y éste una vez muerta su muger, no está obligado a sufrir cargas de matrimonio que no hay, porque ya se disolvió. Y si el padre es pobre, imputese a sí mismo el marido dichos gastos, respecto a que los hizo, sabiendo su pobreza. (3)

§. IV.

QUANDO POR MUERTE DE UNO de los conyuges se quedó el otro mucho tiempo con los bienes de todos, cómo se han de dividir los adquiridos durante la proindivision.

86. Muerto uno de los conyuges, si el otro permaneció mucho tiempo, y tuvo en su poder los bienes comunes, y adquirió utilidades con ellos, o con sus frutos, parece que éstas se deben comunicar, y dividir por mitad entre él, y los herederos del difunto en iguales términos que se comunicarian, y dividirían entre los dos, si éste viviera, o al instante que murió, se hubiera hecho la par-

(1) Ley 27. ff. de Religios. & sumpt. funer. §. 1.
 (2) Dicha ley 27. vers. Quod si neque.
 (3) Leyes 16. y 18. ff. Eod. tit.