

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 lexo 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 Dêbito 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.

particion, porque se presume renovada, y tacitamente continuada la sociedad por la proindivision, y taciturnidad. (1) Por lo que si el marido retiene por muerte de su muger todos los bienes, y con ellos adquiere ganancias, ya se vuelva à casar, ò se conserve viudo, deberá comunicarlas por mitad à los hijos casados, ò emancipados, de cuyos bienes por no ser legitimo administrador, no le compete el usufructo legal; y lo mismo sucederá à su muger quedando viuda, como se prueba de la ley 6. tit. 4. lib. 3. del Fuero Real, que es la unica que en nuestro derecho trata de este punto, y à la letra dice: *El ome que obiere fijos de alguna otra muger, si casare con otra muger, ò si la muger que obiere fijos de otro marido, casare con algun ome: è qualquier dellos ante que haya partido con sus fijos, ficieren alguna ganancia con la parte de los fijos, quien sea mueble, quien raizo, el padraastro, ò la madrastra hayan la meitad de las ganancias: fueras ende si el padre, ò la madre tuviere la buena de aquellos sus fijos en guarda, ò por escrito, asi como manda la ley.* Y la razon es, porque se finge, y contempla que el conyuge superstite durante la proindivision permanece para efecto del lucro en el mismo matrimonio: y por la paciencia, y perseverancia de los interesados, y por no haberse separado los caudales redituables, se presume renovada con las propias qualidades, y continuada entre ellos la sociedad, como si el matrimonio subsistiera, aunque nada se pactase en los contratos nupciales; (2) al modo que en el de locacion si el conductor acabado el tiempo pactado, subsiste en el predio: pues se entiende continuar en su arrendamiento por identico precio, segun derecho. (3) Todo lo qual entiendo quando el difunto dexó bienes fructiferos, ò dinero con que girar, y comerciar,

por-
 (1) Palac. Rub. in Rubr. in Donation. inter vir. & uxor. §. 62. n. 25. Sr. Greg. Lop. en la ley 10. glos. 1. vers. Tertio limita, tit. 10. Partid. 5. Segur. in leg. 1. §. fin. n. 74. ff. de Liber. & posthum. Acev. en la 3. ff. lib. 5. Recop. n. 28.
 (2) Palac. Rub. y Sr. Greg. Lop. locis citat. Castell. en la ley 16. de Toro n. 52. vers. Et responde: Matienz. en la 2. tit. 9. lib. 5. Recop. glos. 1. n. 9. Morquech. de Division. lib. 2. cap. 15. n. 1. Guerreir. de Division. lib. 6. cap. 12. n. 1.
 (3) Ley Quæritur, §. Qui impleto, ff. Locati, ley Legem, Cod. de Locato, ley In rebus, §. ultim. ff. de Præcar. y ley 10. tit. 8. Partid. 5.

porque si fueron trastos, ropas, ò otros que lexos de producir, se deterioran, ò aniquilan cada dia, cumplirá el superstite con entregar à los herederos del difunto la parte que à éste corresponda de ellos, y à nada de lo que posteriormente lucre por herencias, y sus frutos, ni por sueldos, trabajo, y negociacion suya personal, tendrán derecho, à pretexto de haber estado proindiviso, por no haberle coadyubado con su caudal, persona, ni industria, y faltar por consiguiente la materia sobre que recaiga la sociedad, la qual no se induce solamente de la proindivision, es menester que haya fomento para ella, y que concurren otros requisitos que explicaré en los numeros 90. al 96. pues faltando estos, cesa la sociedad; y asi los herederos del muerto deben echarse à sí propios la culpa de no haberse utilizado de su parte de herencia, por no haber solicitado la particion de los bienes de su instituyente. Pero es de advertir, que el superstite debe hacer inventario formal con toda pureza, y citacion de ellos, porque de omitir su confeccion, se le podrá arguir tal vez de ocultacion, y haciendolo, se estimará como depositario de su parte de herencia, y no como socio.

87. Sin embargo de lo dispuesto por la ley inserta, parece se debe tener lo contrario, y por consiguiente que el superstite llevará las utilidades à prorrata de su haber solamente, porque las sociedades conyugal, y convencional aunque convienen en algunas cosas, y ésta es mas privilegiada que aquella en quanto al lucro, (1) se diferencian: Lo primero, en que la convencional se contrae por el consentimiento de dos, ò mas personas con el único fin, y objeto de lucrarse: (2) y la conyugal es principalmente por el de la procreacion, amor, y union, y no por el lucro, (3) y siempre se debe atender al fin principal con que se hace; (4) y asi esta sociedad acerca de los gananciales es incidente, y no propriamente sociedad, porque no se con-

con-
 (1) Morquech. dicho c. 15. n. 34.
 (2) Ley 1. tit. 10. Partid. 5. Bald. consil. 120.
 (3) Cap. Omne 20. quæst. 2. glos. ibi glos. & DD. ff. de Reb. credit. si certum petetur.
 ley 3. tit. 2. Partid. 4. Hostiens. in Summ. de Matrimon.
 (4) Ley Si quis nec causam 4. & ibi glos. & DD. ff. de Reb. credit. si certum petetur.

constituye principalmente por razon de ellos, sino del matrimonio. (1) Lo segundo, en que la sociedad convencional al modo que se forma por el mutuo consentimiento de los socios, se disuelve por su disenso, ò consentimiento contrario; (2) pero la conyugal, ò legal en quanto à los gananciales se hace unicamente por costumbre aprobada por la ley, (3) y no introducida en todas partes. Y aunque la muger puede renunciar los gananciales, como dexo sentado, mas no la conyugal sociedad en quanto à la habitacion, por el vínculo indisoluble, que de la consumacion del matrimonio resulta. (4) Lo tercero, en que en la sociedad convencional se debe observar igualdad entre sus individuos: por lo que si uno pone el fondo, y otro la industria, y trabajo, debe ser este igual à aquel, y sino lo es, llevará mas lucro, ò sufrirá mayor pérdida el que mas ponga: (5) pero en la conyugal no se observa esto: y asi ya lleve uno mucho, ò nada, y trabaje, ò no, ha de participar de la mitad de utilidades, segun asimismo dexo sentado. Lo quarto, en que el capital de la muger no debe perecer, ni disminuirse, sino antes bien conservarse, lo qual es contra la naturaleza de la sociedad, pues si hay pérdida, todos deben participar de ella à proporción del fondo, ò capital, y trabajo, ò industria que pusieron. (6) Lo quinto, en que en la sociedad convencional ninguno de los socios puede enagenar las cosas de la compañía sin consentimiento de los consocios, excepto las que son venales, ò vendibles, y están destinadas à este efecto; (7)

(1) Ley Ut sit 31. & ibi glos. ff. Pro socio, arg. leg. Heres, §. Non autem, ff. Familiae eriscund. glos. in §. Item si inter aliquos, verb. Societate, y verb. Eius, Institut. de Obligation. quae ex quasi contract. nascunt. Alex. consil. 40. vol. 2. al fin.

(2) Ley Nihil tam naturale, ff. de Regul. jur. ley Ira quod, ff. Pro socio, y ley Si major, & ibi glos. Cod. Communi dividundo.

(3) Ley 2. tit. 9. lib. 5. Recop. & ibi Matienz. glos. 3. y ley final. Cod. de Bonis matern. arg. leg. 3. ff.

de Interdict. y relegat.

(4) Genes. cap. 2. al fin. Math. cap. 5. y 19. Apostol. ad Corinth. cap. 7.

(5) Ley 7. tit. 10. Partid. 5. ley Cum duobus, §. Damna, y ley Si non fuerint, ff. Pro socio, Menoch. de Arbitr. cas. 125. lib. 2.

(6) Dichas leyes Si non fuerint, y Cum duobus, y 7. tit. 10. Partid. 5. Morquech. lib. 2. cap. 3. n. 6. y sig. y cap. 15. n. 12.

(7) Ley Nemò ex sociis, ff. Pro socio.

pero en la conyugal puede el marido enagenar todos los gananciales sin licencia de su muger, cesante el dolo por defraudarla, (1) segun dexo advertido en los n. 30. 63. y 66. Y lo sexto, en que en la sociedad conyugal no se comunican en estos Reynos de Castilla las herencias, legados, y donaciones, que *ex testamento*, *abintestato*, ò por contrato lucrativo recaen en cada uno de los socios; (2) lo que es al contrario en la universal convencional, pues todos los bienes de éstos son mutuamente comunicables, excepto el débito, Señorío, y jurisdiccion de algunos de ellos, à menos que éste lo permita expresamente; (3) y asi es mera sociedad en quanto al lucro inducida por la costumbre, y aprobada por la ley, y no propriamente la que por derecho se requiere para que asi se pueda titular, (4) como la que se observa en Portugal, quando ningun pacto intervino entre los contrayentes, pues entonces segun costumbre aprobada por la Ordenanza, ò ley del lib. 4. tit. 46. al principio de aquel Reyno, todos los bienes de los conyuges, y de cada uno son de entrambos hasta en el matrimonio putativo; y disuelto, se les comunican con igualdad, ya uno lleve muchos, y otro pocos, ò el uno todos, y el otro ningunos; excepto que pacten algo asi acerca de los que llevan à él, como de los que lucran, en cuyo caso se observa el pacto.

88. De todo lo explicado se colige que entre las sociedades conyugal, y convencional median muchas, y notables diferencias, y por lo mismo debe gobernar, y constituirse diverso derecho en caso de duda, ò falta de uso de la ley del fuero: (5) pues si por solo quedarse el superstite con todos los bienes, se juzgase renovada, y tácitamente continuada la conyugal, se seguiria que el que apenas tenia capital, ni gananciales, llevaba la mitad de frutos de los bienes.

(1) Ley 5. tit. 9. lib. 5. Recop.

(2) Leyes 3. 4. y 5. tit. y lib. dichos.

(3) Ley 3. §. Cum specialiter, y ley Si societat. universum, ff. Pro socio, y leyes 6. y 7. tit. 10. Partid. 5.

(4) Burg. de Paz Junior. q. 11.

n. 44. Gutier. lib. 2. Pract. q. 18.

(5) Matienz. en la ley 2. glos. 3.

n. 10. tit. 9. en la 3. glos. 1. n. 3. y en la 4. glos. 1. n. 1. dicho tit. y lib. 5. Recop.

(5) Ley fin. ff. de Ritu nuptiar.

bienes que por uno, y otro respeto tocasen al consocio, ò à sus herederos; ò que si tenían igual haber, se comunicaba su industria al que ninguna ponía, lo qual es absurdo, y contra la naturaleza de la sociedad; pues para que ésta se entienda tácitamente renovada; deben intervenir los mismos modos, y qualidades que en la primera. (1)

89 Se seguiria tambien que con solo el consentimiento del superstite se renovaba: y esto es contra derecho, segun el qual en todo contrato se requiere el de todos los contrayentes, pues no basta el de uno de ellos solo: (2) por lo que la sociedad se contrae con el de todos los socios; (3) ni de la mera comunión en habitacion, comida, y posesion de bienes se induce precisamente haberla, para que sean comunicables en los mismos terminos que si el difunto viviera, los que se lucran: (4) y una vez que la conyugal fue inducida por causa del matrimonio, cesando éste, debe cesar tambien aquella, y no estenderse à otras especies en ella no contenidas, (5) porque siendo contraida por tiempo, se debe acabar luego que éste espira, (6) por entenderse prohibido, y no producir despues efecto alguno. (7)

90 A mas de que para renovarse, y contraerse sociedad tácita entre los hermanos, ò entre el nieto, y su tio, hermano de su padre, se requieren actos, que fuera del derecho, leyes y reglas de ella no se pueden hacer, que

(1) Ley Item queritur, §. Qui impleto, ff. Locati, ley In iis, §. Uxori, ff. Solut. matrim. y ley 20. tit. 8. Partid. 5. Bursat. consil. 321. n. 60. vol. 3. Mascard. de Probat. conclus. 13. n. 11. y 18.

(2) Ley Obligation. substantia, ff. de Obligation. & action. ley 1. ff. de Pact. ley Non omnis, y ley Si ego, ff. de Reb. credit. si certum petit. y leyes 2. y 3. Cod. de Contrahend. emptio.

(3) Leyes 1. 4. y 31. ff. Pro socio, y ley 1. tit. 10. Partid. 5.

(4) Ley Si unus ex sociis, §. Prima, ff. Pro socio, ley Cum propo-

nas, Cod. eod. tit. ley penult. Cod. Si quis alteri, vel sibi, ley Si patruus, Cod. Communia utriusque judic. y ley Si ex ea pecunia, Cod. de Rei vindication.

(5) Ley Adigere, §. Quamvis, ff. de Jure Patronat. ley Præcipimus al fin, Cod. de Appellat. y cap. Cum cessante, de Appellat.

(6) Ley Actione, §. Qui societ. ff. Pro socio. Paul. in leg. 1. §. Non autem, ff. de Institor. action.

(7) Bald. consil. 323. lib. 1. Anchar. consil. 118. col. 2. Decio, consil. 61. num. 14.

los principales son tres: El primero, que vivan juntos continua, y diuturnamente, ò por largo tiempo, y gasten de una misma masa, y caudal, y que esté proindiviso éste, sin llevar cuenta, ni razon. El segundo, que todas las ganancias, ò utilidades que resulten, y de qualquiera parte que provengan, se les comuniquen con igualdad. Y el tercero, que jamás se pidan, ni den cuentas los socios unos à otros à cerca de ellas, sus cosas, ni bienes, sino que todo se aumente, gaste, y emplee, como si fuera de uno solo. Y faltando alguno de estos tres requisitos, no se juzga contraida, ni tacitamente renovada la sociedad: y la razones, porque estos actos no pueden ser hechos fuera de las leyes, y nombre de ella, como dicen los Autores. (1) Y lo mismo se debe entender entre el padre, madre, y sus hijos por la propia razon, por lo que se requieren actos promiscuos; y el marido, ò la muger, quando muerto el uno, administra el superstite los bienes de los dos, es visto hacerlo mas por sí, y en su nombre, que en el ageno. (2)

91 Supuesto como legal, è indubitado lo referido, procediendo à la juiciosa, y genuina resolucion de este punto, digo que muerto el marido, se entenderá renovada, y tacitamente continuada la sociedad conyugal, y por consiguiente se dividirán los gananciales adquiridos durante la prodivision entre su viuda, y herederos legitimos, al modo que quando él vivia, ò muerta la muger, entre los hijos casados, ò emancipados, y su padre, en quatro casos: El primero, si se convienen en hacer así la division, ò se pactó en los contratos nupciales. El segundo, en los Pueblos en que haya esta costumbre sin interrupcion, ò esté en uso inconcuso la ley del fuero, que así lo dispone,

(1) Ley Pro hærede, §. Papinianus, ff. de Acquirend. heredit. Bart. in leg. Titium, & Mævium, §. Altero, ff. de Administr. tutor. Bald. in ley Si patruus, Cod. Communia utriusque jud. Anchar. consil. 303. Angel. consil. 112. Butr. cons. 81. Roman. consil. 291. Tiber. Decian. cons. 36. n. 35. vol. 1. Sr. Castill. de Usufruct. c. 3. n. 123. Morque-

ch. lib. 2. c. 2. n. 37. hasta el fin Matienz. en la ley 2. glos. 1. n. 26. tit. 9. lib. 5. Recop.

(2) Ley Et magis, ff. de Solutio-nib. ley Si stipulatus fuero, §. Chrysogonus, & ibi Bart. ff. de Verb. obligation. ley Papinianus, & ibi glos. & Alber. ff. Mandati, y dicha ley Pro hærede.