

## §. V.

SI DE LOS BIENES GANANCIALES, ò de los patrimoniales se han de pagar à los hijos la dote, y donacion propter nuptias, que sus padres, ò el padre solo les dán, ù ofrecen constante matrimonio, ò durante la proindivision: y si por muerte de uno de estos deberán colacionar aquellos el todo percibido, ò solamente su mitad.

104 **C**OMO segun derecho (1) es peculiar, y privativa del padre la obligacion de dotar à sus hijas, ¿se duda si habiendo gananciales, comprenderá tambien à la madre? Y satisfaciendo legalmente à esta duda, digo que sin embargo de que la madre católica no está obligada à dotar de sus bienes dotales, ni parafernales à sus hijas, pero de los multiplicados constante su matrimonio, debe no solo el marido, sino su muger pagar à la hija de entrambos la dote, y al hijo la donacion propter nuptias que juntos les ofrecieron; y aunque quando se entregó la dote, no se especificase de qué bienes se habia satisfecho, se entiende de los gananciales. Y si estos no alcanzaren, deben padre, y madre satisfacer por mitad de los suyos propios lo que falte para completar la promesa que les hicieron, como hecha por contrato oneroso; y lo mismo procede en caso de no haber gananciales. Lo qual se prueba de la ley 53. de Toro, que es la 8. tit. 9. lib. 5. Recop. y en su primera parte dice: *Si el marido, y la muger durante el matrimonio casaren algun hijo comun, y ambos le prometieren la dote, ò donacion propter nuptias; que ambos la paguen de los bienes*

(1) Leyes 8. y 9. tit. 11. Partid. 4. ley ultim. Cod. de Dotis promiss. y ley Qui liberos, ff. de Ritu nuptiar.

nes que tuvieren ganados durante el matrimonio. Si no los hubiere que basten à la paga de la dicha dote, y donacion propter nuptias, que lo paguen de por medio de los otros bienes que les pertenecieren en qualquier manera. Pero la dote de la hija ya sea dada de los gananciales, ò de otros bienes por sus padres juntos, no debe exceder de la legitima que por cada uno la puede corresponder, à causa de no poder ser mejorada por razon de dote, ni casamiento, como en el cap. 2. lib. 2. de este tratado expondré.

105 Y si el padre solo dotare à la hija, ò hiciere donacion propter nuptias al hijo de ambos, constante su matrimonio, se les deberá satisfacer tambien de los gananciales, sin embargo de que la madre no concorra, ni preste su consentimiento, porque por la ley está autorizado para ello, y asi puede practicarlo por sí solo, siendo los hijos de entrambos, segun lo dice la misma ley en su segunda parte, ibi: *Pero si el padre solo durante el matrimonio dota, ò hace donacion propter nuptias à algun hijo comun, y del tal matrimonio hubiere bienes de ganancia, de aquellos se pague en lo que en las ganancias cupiere*: : Lo qual entiendo, aun quando en ellos se consuman todos los gananciales que entonces haya, si no exceden de la legitima que al hijo, ò hija puede tocar, y no en otra forma, ni en mas, sin que la madre tenga accion para reclamarlo, ni impedirlo: Lo primero, porque la obligacion de dotar de ellos à los hijos, es carga del matrimonio, y sociedad conyugal, para que estos tomen estado, y como tal comun igualmente al padre, y à la madre. Y lo segundo, porque ésta no adquiere dominio irrevocable en ellos hasta que aquel muere, segun he sentado en el num. 28. y asi esta ley la vuelve en el presente caso al estado en que las mugeres casadas no los adquiririan, y limita la costumbre aprobada que se los concede. Bien entendido, que si la dote que el padre dá à su hija, aunque sea de los gananciales, excede de la legitima que por su parte sola la puede corresponder, no valdrá en el exceso, porque no puede ser mejorada por esta razon en contrato, como resuelve *Baeza de Non meliorand. filiab. cap. 11. n. 126. al 129.* pues por él solo es dotada. Pero si no bastaren, ò no los hubiere, pagará en este caso el padre



de los suyos propios lo que falte, ò el todo de lo que prometió, en consecuencia de la obligacion que el derecho le impone de dotar à sus hijas, y la madre à nada estará obligada, como prosiguiendo lo dice la misma ley, ibi: *T si no las hubiere, que la tal dote, ò donacion propter nuptias se pague de los bienes del marido, y no de la muger.* Y lo mismo digo, si el padre al tiempo de dar, ò ofrecer la dote, ò donacion, expresa que es por cuenta de la legitima paterna, y no de la materna, y el hijo, è hija la reciben en este concepto, porque entonces es visto haber dado, y ofrecido unicamente de lo suyo, ya sea, ò no superlucrado, y querido relevar à la madre de la contribucion con su mitad: y asi se le cargará su total, y no à ésta, excepto que todo el caudal paterno no alcance para cumplir la oferta, pues deberá suplir la madre lo que falte de su mitad de gananciales, y no de los patrimoniales, porque la obliga la ley, lo que tendrá presente el contador.

106 Milíta, y procede lo explicado en los numeros inmediatos, no solo quando los padres dotan, ò hacen donacion *propter nuptias* à sus hijos de los mismos bienes superlucrados, entregandoselos, sino aunque les entreguen alguna finca, ò fincas, que uno de ellos llevó à su matrimonio, ò durante éste heredó; pues en ambos casos es visto que la dote, y donacion en quanto à su importe fueron hechas de los gananciales, no obstante que su asignacion, y tradicion fuesen de cosa propia de alguno de los dos: porque la ley inserta habla indistintamente, y asi se debe entender, habiendo gananciales, y no limitarse à la materialidad de la cosa entregada; por lo que el dueño de ésta sacará su importe como capital suyo, antes que se dividan aquellos; (1) excepto que al tiempo de su entrega renuncie (como puede) el beneficio de la ley, y exprese que quiere no se estime por parte de gananciales, sino como cosa propia suya, de que hace irrevocable donacion al donatario, ò dotada, pues entonces se observará el pacto, y todo lo entregado será por cuenta de lo suyo, y no de la mitad de gananciales de la madre; y asi se practica.

107 ¿Se duda si la madre puede prometer dote à su hija

(1) Ayor. part. 2. quæst. 40. n. 42. y 43. de Partitio. sin

sin licencia de su marido, y atendida su promesa, pagarse de los gananciales? Y aunque algunos afirman que sí, la mas segura opinion es, que no, y que si lo hace, no vale, porque la ley 55. de Toro, que es la 2. tit. 3. lib. 5. Recop. la prohibe hacer contratos, y casi contratos, y comparecer en juicio sin ella, por los motivos expuestos en el cap. 1. de mi primera parte num. 74. pues de hacerlo, à mas de privarle de sus frutos, que le están concedidos para superar las cargas matrimoniales, daba lo que no era suyo, porque la dote una vez entregada al marido es de éste, como que debe responder de su importe, y no de ella, (1) y nadie puede dar, ni disponer de lo ageno. (2) Y lo mismo sucede con los gananciales mientras su marido vive.

108 Pero si la hija es mayor de veinte y cinco años, y el padre no quiere casarla, ò aunque no los tenga, si pudiendo, y habiendo tenido proporcion, no la casó segun su esfera, y costumbre de la patria; entonces asi como en cumpliendolos, puede casarse contra la voluntad de su padre, y pedirle dote, (3) porque por derecho está obligado à darsela, y no la madre: (4) asi tambien ésta con licencia del Juez, y conocimiento de causa podrá dotarla. Y lo mismo procederá estando ausente el padre, y no esperandose su pronto regreso. (5)

109 Si despues de haber prometido cierta dote à su hija el marido, y la muger juntos, renunciáre ésta los gananciales, se ha de pagar de ellos; y no bastando para completarla, suplirse igualmente lo que falte, de los bienes propios de ambos, no obstante la renuncia, porque por la promesa hecha antes de esta, quedó obligada eficazmente la madre en los mismos términos que su marido à la entrega de su parte, (6) pues à ella la obliga la ley 53. de

(1) Ley Doce ancillam, Cod. de Rei vindication. y ley Dotale, & ibi. glos. Bald. & alii DD. ff. de Fundo dotal. Baez. de Non meliorand. filiab. cap. 11. n. 55. al 67.

(2) El tit. Cod. de Rebus alienis non alienand.

(3) Ley Si filiam. y Authent. Sed si, Cod. de Inoffic. testam. & ibi

DD. Sr. Greg. Lop. en la ley 5. t. 7. Partid. 6. glos. 5. y 8.

(4) Ley final, Cod. de Dotis promission. ley Qui liberos cit. y leyes 8. y 9. tit. 11. Partid. 4.

(5) Morquech de Divis. bonor. lib. 2. cap. 17. n. 3. al 7.

(6) Acev. en la ley 8. n. 5. t. 9. lib. 5. Recop. Morquech. ibi n. 8.



de Toro, que es correctoria del derecho antiguo.

110 Habitando marido, y muger en Pueblo en que no se comunican los gananciales, puede ésta repetir de aquel lo que prometió juntamente con él à la hija de ambos, aunque no lo haya protestado: porque en este caso es visto haber hecho la promesa no con animo de donar, sino de fiar à su marido, lo qual la está prohibido. (1) Pero esto se entiende, excepto que sea rica, y la conste que su marido se halla imposibilitado de satisfacer todo lo que ofreció, pues entonces se conceptúa haberse obligado à suplir de sus propios bienes lo que no alcanzasen los de su marido. (2)

111 Se ha de satisfacer tambien de los gananciales la dote que el padre estando viudo ofreció à su hija, y la donacion *propter nuptias* hecha al hijo, porque en duda se presume haberlas hecho, y prometido de ellos. Y aunque acerca de esto hay variedad de opiniones, es esta la mas equitativa, y corriente en la práctica, porque la carga de dotar como débito causado, y contraido constante matrimonio, sigue los gananciales en él adquiridos; por lo que aunque esté disuelto, se debe pagar de lo que importen. (3) Y lo mismo procede con la madre viuda dotante en quanto à ellos, existiendo los bienes proindiviso, porque milita igual razon, y asi debe obrar la propia disposicion legal. (4)

112 Los hijos, è hijas, à quienes sus padres juntos dotaron, ò hicieron donacion *propter nuptias*, no deben por muerte del uno colacionar con sus hermanos mas que la mitad de la dote que les dieron, y donacion que les hicieron:

(1) Leyes Si vir uxori, §. fin. ff. Ad Senatus consult. Velleyan. y 61. de Toro Baez. de Non meliorand. filiab. c. 11. n. 41. y 42. Bald. consil. 184. lib. 4. Soci. cons. 5. n. 14. lib. 4. Morquech. ibi n. 10. y 11.

(2) Bald. Novel. de Dot. privil. 3. al fin. Baez. dicho n. 41. al fin. Morquech. dicho n. 11.

(3) Cast. en la ley 53. de Toro n. 2. y 43. Ayor. part. 2. quest. 40.

Sr. Greg. Lop. en la ley 6. tit. 10. Partid. 5. glos. 1. Matienz. en la 3. tit. 9. lib. 5. glos. 7. n. 9. y en la 8. glos. fin. Sr. Cov. lib. 3. Var. c. 19. n. 3. al fin. Acév. en la ley 8. n. 18. y 19. tit. 9. lib. 5. Baez. ibi n. 97. al 125.

(4) Ley A Titio, ff. de Verb. obligation. y ley Illud, ff. Ad leg. Aquil. Morquech. ibi n. 13.

ron: y quando fallezca el otro, y se trate de partir sus bienes, la otra mitad, con la qual se quedarán hasta entonces, como lo ordena la ley 14. tit. 6. libro 3. del Fuero Real, que está en uso, y dice: *Toda cosa que el padre, ò la madre dieren à alguno de susijos en casamiento, sea tenuto el fijo de lo aducir à particion con los otros hermanos despues de la muerte del padre, ò de la madre, que ge lo dió; è si ambos ge lo dieron de consumo, y el uno dellos muriere, el fijo sea tenido de tornar à particion la mitad de lo que le dieron en casamiento. E si amos murieren, todo lo torne quanto le dieron, à particion con los herederos, pues es visto anticiparsela para quando llegue el caso.*

113 Lo mismo procede, si habiendo gananciales, y estando los bienes sin partir, da, ò ofrece la madre viuda dote à una hija, ò hace donacion *propter nuptias* à un hijo de su matrimonio, sin expresar de qué bienes, pues se entiende de los de ambos, como queda expuesto al fin del num. 111. por lo que quando se haga la particion, colacionará la mitad por la parte que le corresponda de su padre, y la otra mitad quando se divida la herencia de su madre. Lo uno, porque la carga de dotar de los gananciales à los hijos para que se establezcan, y pongan en estado, es reciproca, y comun à padre, y madre indistintamente, habiendolos, y los sigue: y mientras la herencia existe proindiviso, se entiende durar la sociedad conyugal, y es lo mismo que si el padre viviera. Lo otro, porque de la parte que por su padre le toca, no necesita que su madre la dé, ni ofrezca dote. Y lo otro, porque por el hecho de no haber expresado cosa alguna, ni necesitar la hija se la ofrezca lo que es suyo, y no deber ignorar su madre la obligacion que tiene, habiendo gananciales, es visto que quiso se la contase solamente la mitad en parte de su legitima paterna, y anticiparle la otra mitad, para que la tuviese en cuenta de la materna, y la colacionase quando se dividiesen sus bienes, lo qual he visto declarado en juicio. Pero si habiendo dotado padre, y madre à una hija, ò hecho donacion *propter nuptias* à uno hijo, falleciere despues la madre, y el padre durante la proindivision del caudal entre él, y sus hijos, diere alguna suma al hijo, ò hija do-



dotados, deberá colacionarla íntegra quando se efectúe la particion, y no su mitad como la dote; lo uno, porque como ya está colocada, y extingta por esta razon la obligacion de su padre, cesa el motivo de la ley, y por consiguiente su precepto; y lo otro, porque es visto, y se entiendo habersela entregado à cuenta de la legitima materna, à la que ya tenia adquirido derecho por el fallecimiento de su madre, aunque nada se exprese; y asi de lo recibido en dote colacionará la mitad, y se la cargará íntegro lo entregado posteriormente en cuenta de su legitima materna, excepto que al tiempo de la entrega se pacte otra cosa; lo qual he practicado, y se aprobó judicialmente.

114. Si el padre solo dió, ò prometió dote à su hija, ò hizo donacion *propter nuptias* à su hijo, habiendo gananciales, y cabiendo en ellos, (en cuyo caso es visto haberlas hecho, y prometido de su importe) se pregunta, ¿si muerto el padre, deberán el hijo, ò hija colacionar la dote, ò donacion íntegras en cuenta de la legitima paterna, ò no más que su mitad correspondiente à la de sus gananciales? Y se responde que deberán colacionar solamente la mitad que toca al padre, y la otra mitad quando se trate de la sucesion, y division de los bienes maternos, para cuyo tiempo la tendrán anticipada. (1) Lo qual tendrá presente el contador, pues el padre está autorizado por la ley 53. de Toro para dar, y ofrecer la dote, y donacion *propter nuptias* à sus hijos de los gananciales, segun he sentado, hasta en lo que importe su legitima, y no mas, como que dichas dotes, y donaciones se hacen, y dan en cuenta de ésta; y aunque ningunos queden à la madre, no puede reclamar en esta parte lo hecho por él, porque es mutua, y común à entrambos esta obligacion, à fin de ponerlos en estado: y como la madre no adquiere dominio pleno en ellos hasta que el matrimonio se disuelve, ni hasta entonces se puede decir con seguridad que los hay,

(1) Palac. Rub. in Repet. col. 4. vers. Pulchrum. tamen dubium est. fol. 28. vers. Et secundum prædicta. Ayor. de Partit. part. 2. quæst. 36. Gom. en la ley 53. de Toro n. 24.

hay, ni el padre procede en ello con dolo por defraudarla, es lo mismo que si concurriera con él à la dacion, ò promesa, ò no existiera; excepto que diga que lo hace por cuenta de su haber, y no del materno, como dexo expuesto al fin del n. 105.

115. Lo explicado en el número inmediato parece debe entenderse solamente quando el padre dexa dos, ò mas hijos, para que los que recibieron algo de él en dote, ò donacion *propter nuptias* de los gananciales, lo colacionen por mitad con sus hermanos, que nada tomaron. Pero se dificulta ¿si procederá lo mismo quando no hay mas que un hijo, ò hija que viene à partir con su madre, y el padre solo le dió dote, ò hizo donacion *propter nuptias* de los gananciales: ò si se quedará con todo lo recibido, y luego si hay mas bienes multiplicados, los partirán igualmente él, y su madre, y los restantes segun corresponda, pues parece que en practicarse esto último se constituye de mejor condicion que su madre, y ésta sale perjudicada en su mitad? A cuya dificultad (que nuestros expositores dexaron en silencio, tal vez por no haberlo sido para ellos, ò por no haberles ocurrido) satisfago, diciendo que no procederá lo mismo, ni por consiguiente colacionará la mitad, sino que antes bien se quedará con todo lo que su padre le entregó, y luego partirá igualmente con su madre los demás gananciales que haya, y percibirá íntegramente tambien el capital de su padre, si lo llevó. Lo primero, porque éste está autorizado por la ley 53. de Toro para dotar por sí solo de los gananciales à las hijas, y hacer donacion *propter nuptias* à los hijos de ambos, ya tenga muchos, ò uno solo, pues la ley habla indistintamente, y asi no debemos distinguir; y en usar de la potestad que ésta le confiere, no grava, ni injuria à la madre. Lo segundo, porque ésta tiene igual obligacion que el padre, habiendo gananciales; y como legitimo administrador de ellos, y de los demás bienes de la sociedad conyugal, evacua por sí solo lo que la ley impone à entrambos. Lo tercero, porque la muger no adquiere dominio perfecto en los gananciales, ni se puede afirmar que los hay, ni cuántos, hasta que el matrimonio se disuelve,