

y se liquidan; y como quando vá à adquirirlo, ya se hallan enagenados por contrato irrevocable, y oneroso à un tercero, que lo tiene adquirido en ellos, y para el caso es lo mismo que si no se hubieran superlucrado: por eso está destituida de toda accion para reclamarlo, è intentar su revocacion, pues nada de lo suyo les dá el padre, y así no se constituyen de mejor condicion que su madre; antes bien es lo mismo que si su padre se lo hubiera dado todo de su capital, porque en los gananciales tiene el propio dominio que en éste, durante el matrimonio, y los puede enagenar sin dolo. Y lo quarto, porque el que los hijos sean muchos, ò uno solo, no altera la disposicion legal, ni exime à la madre de la obligacion de dotar de los gananciales, ni quita, ni limita al padre la potestad que le dá la ley: y la colacion es solo para entre los hijos, y descendientes legitimos, y no para con la madre, con la qual no ha lugar, por no ser heredera del padre, antes sí extraña de su sucesion, como en el cap. 3. del lib. 2. de este tratado diré. A mas de que aun quando hay muchos hijos, retienen los colacionantes la mitad correspondiente à la madre hasta que muere, y solo colacionan con sus hermanos la de su padre quando fallece; por lo que en ningun caso vuelve, ni debe volver à su poder lo que éste dió de los gananciales al hijo único, ò hijos de ambos en dote, ò donacion *propter nuptias*, si no excede de su legitima respectiva; y no dexa de ser alucinamiento, y preocupacion el querer hacer distincion indebida de casos, y confundirlos con la colacion que es privativa, y peculiar de los hijos, y descendientes legitimos entre sí: obligar con este pretexto al hijo único à que colacione la mitad con su madre, como si fuera su hermana, y se quede solamente con la otra mitad respectiva à su padre: y por este medio hacer ilusorias, è ineficaces la donacion hecha por el padre, la potestad que la ley le concede, y la obligacion de la madre. Todo lo qual es constante, he practicado, y se aprobó, no obstante la oposicion de algunos enfermos de entendimiento, que fundados en la colacion, y en el perjuicio de la madre, y aparente mejor condicion del hijo, defendian que éste debia quedarse con la mitad tocante à su padre, y colacionar

nar con su madre la otra mitad.

116. Mejorando el padre à un hijo en el tercio de sus bienes con consignacion en finca lucrada durante su matrimonio, y entregandosela, ¿se duda si valdrá esta mejora en el todo, ò solamente en la mitad correspondiente al mejorante? Esta duda pende de la resolucion de dos questões disputadas por nuestros Autores: la una, si el dominio de los gananciales se transfiere, ò no à la muger; y la otra, si el marido puede enagenarlos con título de donacion, de que hice mencion en los num. 29. 30. y 63. al 65. Y tratando de ella *Ayor. part. 2. quest. 41.* distingue de este modo: Si el padre hizo la mejora en su testamento, ò otra última voluntad, valdrá solamente en la mitad, porque surte su efecto, disuelto el matrimonio; en cuyo caso adquiere la muger dominio perfecto, è irrevocable en la suya, y es visto por lo mismo que no quiso mejorar sino en sus bienes propios; y esto es indubitado. Si la mejora fue por contrato entre vivos, subdistingue: Habiendola hecho con animo de defraudar à su muger, no la perjudicará en su mitad; con cuyo dictamen me conformo. Pero no habiendo sido con animo fraudulento, (que no es presumible, y mucho menos siendo hijo de ambos el mejorado) dice que si el marido dexó otros bienes con que reintegrarla de su mitad, valdrá la enagenacion de la cosa comun por via de mejora del tercio: y que sino los dexó, podrá repetir la muger su mitad del hijo, ò hija mejorados, ò del que posea la cosa comun, en que su marido consignó el tercio. Yo dudo de esta opinion en los terminos absolutos con que se sienta, por las razones expuestas en el número anterior, y en los 30. 63. y 64. de este capítulo; y digo que la competirá este regreso solamente en el exceso de la parte que despues de deducida su legitima, importe la mejora, ya sea hecha ésta en finca raiz, ò en dinero, ò alhajas muebles adquiridas constante matrimonio, y entregadas, porque no puede ser mejorada la hija en contrato entre vivos por uno, ni por otro, ni la madre está obligada à mejorar al hijo, pues de lo contrario era ilusoria, è ineficáz la facultad que la ley 53. de Toro le concede para dotar, y hacer donacion *propter nuptias* à sus hijos de los gananciales; es así que la do-

dote, y donacion *propter nuptias* se dan en cuenta de legitima, y no de mejora, à efecto de que los hijos se establezcan, ò pongan en estado, y les sirvan de auxilio para alimentarse: que el padre está autorizado para darlas, sin que necesite el consentimiento de su muger: y que ésta tiene la misma obligacion de hacerlo de ellos; luego hasta en lo que importe la legitima, valdrá, y el hijo estará obligado únicamente à reintegrar à su madre del exceso, ò ésta tendrá el regreso por él contra los bienes de su marido; por lo que solo colacionará por muerte del padre la mitad de lo que importe lo recibido, pues el que suene mejora, ò donacion *propter nuptias*, no altera la sustancia, y si el exceso à su legitima, para cuya donacion de los gananciales no le da potestad la ley, y no se debe ampliar à lo que no expresa, en perjuicio de la madre. Pero si el hijo es del anterior matrimonio del marido, en este caso procederá la opinion de *Ayora* con la limitacion que he sentado en el num. 66. De esta duda trata *Morquech. lib. 2. cap. 13. ex num. 5. al 11.* hablando de la mejora en alhajas inmuebles adquiridas constante matrimonio, hecha por el marido à algun descendiente, y se conforma con mi dictamen, citando à varios, à quienes puede ver el Legista, pues al contador no incumbe su decision. Lo mismo, y con superior razon concibo debe practicarse quando marido, y muger dotaron, ò hicieron donacion *propter nuptias* à algun hijo, ò hija, y despues de casados les dió, ò prestó el padre solo alguna suma: pues deberá imputarseles ésta íntegra en parte de legitima paterna, y no la mitad solamente, porque la madre no estuvo obligada à mas que à dotarlos, por lo que lo que despues les dió, ò prestó su padre, es deuda à favor del caudal, que se les debe cargar en cuenta del haber paterno, y no defraudar à su madre, ni privarla de su mitad que no les dió, ni tuvo obligacion de darsela, ni prestarsela, con pretexto de beneficiarlos, ò mejorarlos, porque ya estaban puestos en estado, lo qual he visto declarado asi.

117 No habiendo gananciales en el matrimonio, si el padre promete dote à su hija legitima, se presume prometersela de los suyos propios, aunque administre, y tenga en

en su poder bienes adventicios de ella, y proteste que la dota de éstos, y no de los suyos, porque por esta protesta no se exime de la obligacion que teniendo facultades para dotarla, le impone el derecho, pues en quanto alcancen, está obligado, y en el exceso se entiende dotarla de los adventicios; lo que al contrario no siendo hija legitima. (1)

118 Lo mismo procede en quanto à la donacion *propter nuptias* que ofrece à su hijo, no obstante que administre bienes adventicios de éste, porque versa identidad de razon, y causa onerosa, y de sus bienes no necesita que le haga donacion, porque en el instante que se casa, debe entregarselos, siendo capaz, para que los goce en propiedad, y usufructo, y le sirvan de ayuda à superar las cargas matrimoniales; (2) pues por ser propio del oficio, y cargo del padre el dotar à sus hijas, y hacer donacion, ò alimentar à sus hijos, (3) siempre se presume que les promete de sus propios bienes la dote, y donacion, aunque estén emancipados. (4) Y lo propio milita para con la hija viuda dotada segunda vez por su padre. (5)

119 Si el padre legitimo administrador de los bienes adventicios de su hija la prometiére dote de estos, y de los suyos, se presume segun el orden de caridad, y aficion, y por la obligacion que el derecho le impone, que la dota de los suyos propios, y en lo que éstos no alcancen, de los de la hija; (6) excepto que sea pobre, pues entonces es visto haberla prometido de los de ésta; (7) y si la do-

(1) Ley final, Cod. de Dotis promission. ley Cum pater 1. ff. de Jure dot. y ley 8. tit. 11. Partid. 4. & ibi glos. 2. *Morquech. lib. 2. y cap. 17. dichos n. 14.*

(2) Roman. Immol. Aretin. y Alex. en la ley 1. ff. Solut. matrimon. Menoch. consil. 370. num. 7. lib. 4. Socin. Senior. consil. 100. n. 8. lib. 3. Corn. consil. 3. lib. 2. *Morquech. dicho n. 14.*

(3) Ley Qui liberos, ff. de Ritu nuptiar. ley 9. tit. 11. Partid. 4. y ley fin. Cod. de Dotis promission.

(4) Doctor. cit. Rip. en la ley 1. ff. Solut. matrim. y en ella Socin. Junior n. 166.

(5) Alex. in leg. Hujusmodi, §. Si pater n. 7. ff. de Legat. 1. Menoch. præsumpt. 15. n. 13. lib. 3. Socin. Junior consil. 79. n. 85. lib. 3. Ayor. part. 3. quæst. 14. n. 45. y sig.

(6) Ley Gallus, §. 1. ff. de Lib. & posthum DD. In leg. fin. Cod. de Dotis promission. Bald. novel. de Dote part. 16. privileg. 6. *Morquech. dicho cap. 17. n. 22.*

(7) Ley fin. & ibi DD. Cod. de Do-

dota simplemente, es visto dotarla de los suyos propios en cumplimiento de su obligacion, aunque la hija tenga algunos adventicios; (1) y una vez constituida la dote, no puede declarar despues que se entienda haberla dotado de los adventicios de ella, y no de los suyos. (2) Y para quitar toda duda, es muy conveniente, y aconsejan los Autores que el padre diga cuánto le ofrece de sus bienes, y cuánto de los de ella, ò que la ofrezca cantidad cierta, computado, è incluso en ella todo lo que la debe por sus bienes paternos, y maternos, y que se exprese asi en la escritura dotal; en cuyos casos se observará el pacto, porque cesa la razon de dudar; (3) pues en las cosas claras no ha lugar à congeturas; (4) lo que tendrá presente el Escribano para prevenirselo, y evitar pleytos.

120 Habiendo casado el padre una hija, y dadola cierta dote, si despues casa otra, y la ofrece tambien dote cierta de sus bienes, y de los de la misma hija, se debe conceptuar dotada ésta en iguales terminos que aquella; por lo que si la dote primera se satisfizo de los bienes propios del padre, y de los adventicios de la hija, se ha de satisfacer la segunda en la misma forma, (5) porque se presume que el padre quiso guardar igualdad entre las hermanas; (6) bien que puede dar à una hija mas dote que à otra, y con tal que no exceda la dada à aquella de la legitima que la puede corresponden por parte de su padre, valdrá, y solo tendrá menos que percibir por su muerte, y la menos dotada mas, (7) pues no está obligado à darla

en
Dotis promission. Menoch. præsumpt. 15. dicha n. 28. Baez. de Non meliorand. filiab. c. 11. n. 134. al 138. y 156.

(1) Ley fin. Cod. de Dotis promiss. y ley Profecticia, §§. penult. y ultim. ff. de Jure dot.

(2) Angel. consil. 209. Aretin. in leg. 1. ff. Solut. matrim. Baez. ibi num. 133.

(3) Hieron. Gabriel consil. 156. n. 26. Socin. Junior ibi num. 177. y 178. Corn. consil. 16. n. 4. lib. 3. Menoch. præsumpt. 15. cit. n. 24.

y consil. 370. n. 32. lib. 4. Morq. ibi n. 23. y 24.

(4) Ley Continuus 137. §. Cum ita, ff. de Verbor. obligation.

(5) Socin. Senior, y Ruin. in leg. 1. ff. Solut. matrim. n. 144. & ibi Rip. n. 93.

(6) Ley final, Cod. Communia utriusque judic. y ley Ut liberis, Cod. de Collation. Menoch. dicha præsumpt. 15. n. 2. Morquech. dicho cap. 17. n. 25.

(7) Baez. de Non meliorand. filiab. c. 1. n. 25. y c. 11. n. 161. y 162.

en dote todo lo que la ley permite, sino à no exceder de su permission, y conteniendose en los limites de ésta, no resultará mejora, ni infraccion de la ley.

121 El padre natural está obligado à dar alimentos à sus hijos naturales; (1) por lo que lo está tambien à dotar su hija natural, porque la dote succede en lugar de alimentos. (2) Lo mismo procede para con la madre, y abuelo en los casos en que por derecho (3) tienen obligacion à dotar à la hija, y nieta, los que expliqué en el cap. 2. de mi primera parte num. 15. en donde los podrá ver el contador. En quanto à si el padre, madre, y abuelos pueden, ò no mejorar à sus hijas, y nietas naturales por via de dote, ò casamiento en contrato entre vivos, lo explicaré en el cap. y lib. 2. de este tratado.

122 Si la madre curadora de su hija, y administradora de sus bienes la dota, se entiende dotarla de ellos como tal curadora, y administradora, y no de los suyos, si no lo expresa, porque está esenta de esta obligacion. Lo propio milita para con la abuela que es tutora de su nieta, y administra sus bienes; y asi pueden imputarlas lo que las dieron no solo en dote, sino para su manutencion, constandingue con esta intencion lo expendieron, (4) porque teniendo bienes suyos de que poder vivir, no están obligadas à criarlas, ni dotarlas. (5)

123 Pero si las ofrecieron en dote mas que lo que importan sus bienes, es visto haberlas prometido de los suyos el exceso; (6) excepto que con error, y en inteligencia de que los de la hija, y nieta eran tan quantiosos, les hubiesen prometido tanto: pues probado el error, no estarán obligadas à la entrega del exceso, porque el error quita el con-

(1) Cap. Cum haberet de eo, qui duxit. in uxor. y ley 5. tit. 19. Partid. 4.

(2) Bart. & DD. in dict. leg. 1. ff. Solut. matrim. Menoch. ubi proxime n. 33.

(3) Bald. y Salicet. en la ley fin. Cod. de Dotis promission. Menoch. ubi sup.

Tom. I.

(4) Ley 4. tit. 19. Partid. 4. y ley 36. tit. 12. Partid. 5. & ibi glos. 6.

(5) Ley 6. tit. 19. Partid. 4. y ley Si quis à liberis, §. Sed si filius, ff. de Liberis agnoscend.

(6) Ley Cum post mortem, §. 1. & ibi glos. Bart. & DD. ff. de Administrat. Tutor. Gom. en la 53. da Toro num. 24.

X

consentimiento. (1) Y si no son curadoras, ni administradoras de ellas, deben satisfacerlo de lo suyo, porque se presume haberles hecho la oferta por razon de la natural conjuncion, y afecto materno. (2)

124 Ofreciendo el padrastro, y la madre, ò el padre, y la madrastra juntos dote, ò donacion al entenado, ò hijastro de alguno de ellos, no se ha de entender que se obligaron por mitad de sus propios bienes, sino de los del entenado, ò entenada; y si no los tenia, se presume que la prometieron con animo de repetirla. Y la razon es, porque asi como el padrastro no tiene obligacion de alimentar, ni tener en su poder à los hijos de su muger, ni patria potestad sobre ellos, y en caso de hacerlo, se colige ser con dicho animo; asi tambien por la propia razon, no es visto darles, ni ofrecerles la dote, ò donacion, sino en los términos expuestos, à menos que claramente, ò por vehementes conjeturas conste que su intencion fue no repetirla, y antes sí darsela de sus propios bienes. (3)

125 Pero es de advertir, que para poder repetir el padrastro los alimentos dados al entenado, son precisas dos cosas: la una, que proteste se los dá con este animo, ò por otros medios conste de ello: y la otra, que no se sirva de él, pues no constando de su animo, se entiende alimentarlo por piedad, y afecto à su madre: y sirviendose de él, se han de compensar los alimentos con su personal trabajo. (4) Bien que si el padrastro es pobre, no es necesaria la protesta.

126 Si muertos los padres, habitaren hermano, y hermana juntos poseyendo sus bienes en comun, ò proindiviso, y durante esta proindivision se casare la hermana, y su hermano la dotare, sin expresar de qué bienes, se dificulta, ¿si se entenderá dotada de los suyos propios, ò de los

(1) Aceved. en la ley 8. tit. 9. lib. 5. Recop. num. 20. Morquech. cap. 17. dicho n. fin.

(2) Gom. en dicha ley 53. y n. 24. vers. Si vero mater. Baez. de Non meliorand. filiab. cap. 11. n. 155. Palac. Rub. in cap. Per vestras folio 46. col. 2. vers. Ex istis alias.

(3) Castell. en dicha ley 53. lit. G. per text. in leg. Si paterno, ff. de Negot. gest. n. 6. Bald. in dict. leg. Si paterno. Siguenz. de Claus. lib. 2. cap. 11. n. 219.

(4) Ley final tit. 12. Partid. 5. & ibi. glos. 1. y 4.

los de su hermano? Y parece que de los de éste, porque la conjuncion de la sangre hace que se presume donacion, y de los que la tocan no necesita que la dote. (1)

127 Pero no obstante, lo contrario es lo cierto: y asi la dote percibida por la hermana, se la debe imputar en su haber al tiempo que entre los dos se haga la division, y tanto menos llevará: (2) Lo primero, porque nunca se presume donacion; (3) y siempre que pueda darse interpretacion, ò conjetura por leve que sea, à favor del donante, y contra la donacion, se debe hacer. (4) Lo segundo, porque el hermano que tiene bienes en comun con su hermana, se presume que la dota de los de ella como su administrador, y entónces cesa la presuncion de donacion. (5) Y lo tercero, porque si expendiendo algo el padre en nombre de su hijo, mas se presume que lo hace de los bienes de éste, que de los suyos, segun dixo el Jurisconsulto Papiniano; (6) con superior razon se debe presumir del hermano, en quien no reside tanto amor ácia su hermana, como en el padre ácia sus hijos, pues ninguno iguala al de éste. (7)

(1) Ley Procula magna 26. ff. de Probation. Bald. y Salicet. en la fin. Cod. de Dotis promission.

(2) Ley 1. §. Filiam, ff. de Collation. dot.

(3) Ley Si cum aurum 50. ff. de Solution. ley Campanus 47. ff. de Oper. libertor. y ley Cum de indobito 25. de Probation.

(4) Ley Eleganter 24. §. Qui reprobos, ff. de Pignorat. action. Bald.

en dicha ley fin. col. 3. n. 12. Jason en la Si fundum n. 19. ff. de Legat. 1.

(5) Ley Nesennius 34. ff. de Negot. gest. & ibi Bart. n. 3. y Bald. num. 5.

(6) Ley ultim. ff. de Hereditatis petition.

(7) Ley Isti quidem 8. ff. Quod metus causa, y ley final, Cod. de Curator. furios.