

abono al que sea mas util à la muger, ò à sus herederos, (1) porque tienen accion à elegir el que quieran, segun les convenga, con arreglo à la promesa, y obligacion del promitente, cuya voluntad fue beneficiarla, para lo qual han de hacer constar qué bienes tenia en ambos tiempos; al modo que quando la muger posee las arras que le dió su marido, incumbe à los de este probar que exceden de la decima, para anular el exceso, (2) como dicen los Autores. Y si su oferta se limitó à la decima de los que entonces tenia, y eran suyos, no se debe ampliar à los que despues adquirió, porque no los obligó, ni por consiguiente la concedió accion à la de estos.

13 No solo puede el novio ofrecer arras à su futura esposa, siendo soltera, sino tambien siendo viuda, sin diferencia; porque no se deben por derecho, ò *ex necessitate legis*, sino por pacto voluntario, y contrato celebrado entre los dos, que debe observarse, por no haber prohibicion de que se la den, ni ofrezcan; pero teniendo hijos de dos, ò mas maridos la muger, no han de percibir los del uno parte alguna de las arras que el otro la ofreció, sino llevar cada uno las prometidas por su respectivo padre, como lo ordena la ley 1. tit. de las Arras lib. 3. del Fuero Real, que dice: *E si la muger obiere hijos de dos maridos, ò de mas, cada uno de los hijos hereden las arras que dió su padre: de guisa que los hijos de un padre no partan las arras que dió el padre de los otros.* Lo que observará el contador, pues por haberse vuelto à casar, debe reservarselas como en su lugar diré. Y aunque la tercera del mismo título hace mencion de la manceba, (que entonces llamaban asi à la que ahora doncella, ò soltera) es porque por lo regular mas se ofrecen à las doncellas, que à las viudas; pero si el novio las diere, ò ofreciere à éstas, las harán suyas como aquéllas. (3) Y sin embargo de que la misma ley 1.

(1) Castill. en la ley 50. de Toro n. 9. vers. Secundo casu. Ayor. part. 1. cap. 7. n. 18.

(2) Rodrig. Suar. en la ley 1. tit. de las Arras lib. 3. del Fuero Real fol. 6. vers. Circa hanc partem, al fin.

Sr. Covar. lib. 2. Var. cap. 6. n. 7. Matienz. en dicha ley 2. glos. 2. n. 7.

(3) Palac. Rub. in Repet. fol. 7. col. 3. vers. Advertendum. Rodrig. Suar. en dicha ley 1. fol. 25. vers. Pra-

hablando con la muger, dice: *E si la muger habiendo hijos de aquel marido, fnase, puede dar por su alma la quarta parte de las dichas arras à quien quiera, è las tres partes finquen à los hijos de aquel marido, de quien las hubo.* Y por esta disposicion se duda, ¿si podrá mejorar à alguno de sus hijos procreados en aquel matrimonio, en el tercio, y quinto del importe de las arras, ò legar el quinto à extraño: y por consiguiente si su total se deberá coacervar, ò cumular con los demás bienes suyos para deducir el tercio, ò quinto, ò entrambos? Respondiendo à esta dificultad, digo que en ambos casos se debe cumular, no mandando lo contrario, ò no probandose estar en viril uso, y observancia la inserta ley, (1) porque todos son bienes suyos, de los que no se ha de hacer distincion, ni separacion, excepto que intervenga su precepto, ò el uso contrario; lo qual he practicado, y visto practicar, y prevengo al contador partidor para su inteligencia.

14 Ofreciendo el novio à la novia mucho mas que lo que importa la decima parte de sus bienes, (v. g. siendo viejo, y rico, y ella joven, hermosa, pobre, y noble) no por via de arras, sino como dote, ò donacion en premio, y remuneracion de su nobleza, hermosura, y juventud, valdrá, porque es donacion remuneratoria, la qual está permitida, (2) y no simple, porque esta está prohibida por derecho entre marido, y muger; (3) por lo que se la aplicará, con tal que si tiene descendientes legitimos, no exceda del quinto, y si ascendientes, del tercio, en que respectivamente los puede perjudicar; (4) pues careciendo de unos, y otros, la puede instituir heredera. Y sin embargo de que algunos dicen que esto es defraudar la ley

Præmite. Gom. en la 50. de Toro de Toro n. 66. y lib. 2. Var. cap. 4. n. 13. cerca del fin. Ayor. de Part. n. 23. & ibi Aillon.

(1) Escobar comput. 1. n. 18. y 19. (4) Garcia de Donat. remunerator. n. 42. Sr. Covar. lib. 4. Decretal. part. 2. cap. 3. §. 3. Ceval. in Specul. Pract. quæst. 273. y 502.

(2) Ley Quod autem 7 §. Si vir, ff. de Donation. inter vir. & uxor. (3) Leyes 1. 2. y 3. ff. eod. tit. y ley 4. tit. 11. Partid. 4. Ayor. part. 1. cap. 7. n. 30. y 31. Gom. en la 50.

n. 11. Parlador. different. 125. n. 10.

so color de remuneracion, porque una vez que se conforma la novia en casarse con el viejo, ya se constituyen iguales, y no hay disparidad, (pues lo demás será casarse por el interés, y no por amor, segun debe celebrarse el matrimonio, y venderse por la dotacion, lo qual es ruboroso) se debe seguir, no obstante, lo expuesto, excepto que se pruebe haberse hecho con el animo de cometer fraude, porque una cosa es dar dote, y otra muy diversa dar arras; y aunque la dote que el padre da à su hija, y las arras que el novio da, ù ofrece à la novia, tienen tasa por las Leyes Reales; mas no la que el marido, ù otro extraño dan à la muger; y asi no excediendo en el caso propuesto del tercio, ò quinto, valdrá; y para evitar dudas, y disputas, se ordenará la clausula de oferta en los terminos, y con la adiccion propuestos en la del num. 6. porque milita aqui superior razon para que no se invalide.

15 Aunque el novio no tenga bienes libres quando se casa, puede (si quiere) ofrecer arras à la novia, no de los vinculados sin que intervenga real permiso, ni de los sujetos à restitucion, sino de su usufructo, ò aprovechamiento. Y para hacer ésta regulacion, se tendrá presente su líquido efectivo producto annual, *deductis expensis*, y lo que podrá vivir el novio segun su edad, y robustéz: y atendido esto, se formará un capital à la similitud de censo vitalicio personal, como si fuera de renta vitalicia, (que por tal se gradúa el producto de los bienes vinculados) ò de dinero puesto en fondo vitalicio, ò muerto, à razon de diez mil el millar, por ser por una vida, con arreglo à la ultima ley Real (1) que de estos censos trata; v. g. producen los bienes ocho mil reales annuos líquidos, y el marido segun su edad, y robustéz podrá vivir diez años, que por ocho mil en cada uno componen ochenta mil reales los réditos, ò renta de los diez: en este caso se forma capital de ocho mil, que son la decima de los ochenta mil, los que si quisiere, podrá prometer por via de arras à su muger futura; y si se conceptuare que puede tener vida mas larga, podrá ser mayor la promesa proporcional-

(1) Ley 12. tit. 15. lib. 5. Recop.

mente. (1) Lo mismo podrá practicar con otra renta, encomienda, ò pension vitalicia que goce, y con las joyas, ò preséas, y vestidos que la dé, con la diferiencia de que la quòta de éstas no debe exceder de la octava parte de la dote que con ella recibiere, como diré en el num. 30. Previendo que si el novio no viviere el tiempo regulado, deberá contentarse la novia con la respectiva parte que quepa en el que vivió, porque ni pudo, ni tuvo bienes para ofrecerla mas arras antes ni despues de casarse, excepto que en este intermedio adquiriera otros en que quepa lo ofrecido, y los obligue tambien à su satisfaccion, pues en este caso lo deberá percibir de todos; y en quanto à las joyas, y vestidos deberá volver el exceso, porque no pudo darselo en contravencion de las leyes prohibitivas, sin embargo de que por estar consumado el matrimonio haga suyo todo lo que la dé su marido, pues esto se entiende, y debe entender quando la donacion no excede de los límites legales, mas no quando es excesiva; pero si de otra parte tuviere el marido bienes en que quepa todo su importe, se la dexará íntegro, y asi deberá pactarse en el contrato nupcial para evitar dudas, y pleytos.

16 Pero es de advertir, que para tener derecho la muger à estas arras, se han de pactar al tiempo de casarse, pues disuelto su matrimonio, no puede pretenderlas à pretexto de que el marido pudo ofrecerselas, ni el contador se las debe abonar, si no precedió el pacto; y habiendo precedido, deberá inspeccionar si están, ò no arregladas à la ley citada, porque aunque hay otra anterior, que prefine los réditos; à razon de siete mil el millar, (de la qual hablan los Autores, por ser la que en su tiempo estaba creada) no debe observarse, à causa de estar corregida por la referida, que es posterior, y mandar ésta que no pueda ser mayor el rédito constituyendose por una vida el censo, y si por dos, à doce mil pena de nulidad con-

(1) Ayor. dicho cap. 7. n. 26. Sr. tit. 2. lib. 2. cap. 2. n. 51. Escobar Molin. de Primogen. lib. 1. cap. 19. de Ratiociniis computat. 2. n. 5. n. 41. Gut. lib. 2. Pract. quæst. 17. y 6. y otros que citan. al fin. Sr. Solorzan. de Jure Indiar.

contrato, y de privacion de oficio al Escribano que lo autorice en otros terminos, y que tampoco pueda pedirse mas en juicio, ni fuera de él.

17 Ofreciendo el novio, y su padre, ò otro en virtud de poder de ambos cantidad determinada en arras à la novia, si despues de casado muere antes que su padre, y la cantidad prometida no cabe en la decima parte de los bienes que dexa, se pregunta, ¿si la novia ya viuda tendrá que contentarse con la que quepa, ò repetición contra su suegro por el residuo? Y se responde que de los bienes de su marido sacará la decima, y por el resto le competirá el regreso contra su suegro, porque éste se obligó omnimoda, è igualmente que aquel, y como obligado debe pagar lo que falte. Sin que sirva alegar que lo hizo en nombre de su hijo, que estaba en su poder, y que su obligación no se estiende à mas que à las facultades de éste; porque viene à ser como fiador de su hijo: y por ser oneroso el contrato matrimonial que impele à disponer de la persona, y tal vez à no intervenir la oferta, no lo hubiera contraído la novia, debe responder de ello en defecto de bienes suficientes de su hijo, à cuyos hijos si los dexare, se cargará su importe en la particion de los de su abuelo, no disponiendo este otra cosa arreglada à ley. Lo qual practiqué en la particion de bienes del primogenito de un Grande, y sin embargo de la reclamacion se aprobó judicialmente: y luego se cargó su importe à los nietos quando se dividieron los de su abuelo, porque éste habia hecho la oferta por contemplacion de su hijo. Pero si en la escritura de promesa se limitare la oferta al caso en que quepa en la decima de los bienes que tenga el novio quando muera, y no mas, entonces llevará unicamente lo que quepa, y de nada deberá responder el suegro.

18 Si el novio ofreció à la novia la decima parte de sus bienes libres en inteligencia de que eran suyos, porque los poseía por tales con buena fe, y despues de casado le quitaron parte de ellos en juicio sus verdaderos dueños: parece que dexando herederos legítimos, no tendrá cabimiento la oferta en mas que en la decima de los que realmente le quedaron, porque el marido no pudo ofrecer de-

cima de otros, que de aquellos en que tenia pleno dominio; y siendo como es constante que la decima se entiende, y debe deducir de lo líquido, y efectivo del caudal del promitente, baxadas deudas, como queda sentado en el num. 4. por no llamarse, ni ser suyo lo demás; se sigue que verificandose luego no serlo los que su legítimo dueño reivindicó, y quitó al novio, no debe llevar decima de ellos la novia. (1)

19 Pero no obstante estas razones, que en mi concepto concluyen, la opinion contraria tiene mayor séquito: Lo primero, porque en el nombre de bienes se incluyen, y comprehenden los que poseemos con buena fé, aunque sean ajenos. (2) Y lo segundo, porque por la oferta pudo condescender la novia en casarse, lo que tal vez no haria, à no intervenir, y no es justo sea defraudada; por lo que, y por ser deuda contra el caudal del marido contraída con buena fé en tiempo hábil por contrato oneroso, que obliga à disponer de la persona, dicen los Autores, (3) que valen las arras ofrecidas, aunque las facultades del marido se hayan disminuido por la razon expuesta, ò por otra, pues se atiende al tiempo de la oferta, y no al de su exaccion, y peticion; al modo que quando ningunos tiene, y ofrece de los que adquiere, se atiende al en que se piden, y no al de su promesa, y asi se las abonará el contador.

20 Siendo engañado el marido en la cantidad que la muger prometió llevar en dote, ya sea porque realmente no la llevó, ò porque aunque aparezca importarla los bienes, en que consiste segun su valuacion, resulta lesion en ésta, (como regularmente acontece) ò por otro medio se verifica engaño, no está obligado à pagarla enteramente lo que en inteligencia de la dote que prometió llevar, la ofreció en arras, ò por aumento de dote; (4) y asi le com-

(1) Ayor. part. 1. dicho cap. 7. num. 22. al 25.

(2) Ley Bonorum appellatio 49. ff. de Verbor. signification.

(3) Gom. en la ley 50. de Toro n. 13. vers. Ex quo infertur. Rodrig.

Suar. en la ley 1. tit. 2. lib. 3. del Fuero Real. Baez. de non meliorand. filiab. cap. 28. n. 4. y cap. 31. n. fin. Matienz. en la ley 2. tit. 2. lib. 5. Recop. glos. 2. num. 4.

(4) Rodrig. Suar. en la ley 1. tit. de

petirá excepcion de retencion de ello hasta en la cantidad en que fue engañado, por el dolo cometido, segun se prueba de la ley 3. Cod. de Donation. ante nuptias, que dice: *Pollicitatione à fratre quondam tuo sponsalium causa facta, & si in stipulationem deducta sit, ideo præstanda non fuit, quoniam in dote uxor maritum sefellit: exceptionem itaque doli adversus actionem ex stipulatu recte objicies.* Lo qual entiendo quando la oferta se hizo por atencion, y contemplacion à la dote solamente, mas no quando fue por la de su virginidad, ò buenas prendas, y honor del matrimonio, como regularmente se hace; y asi tendrá derecho à ellas hasta en lo que quepan arregladas à la ley del Fuero en este caso, aunque no se verifique la promesa, ò ninguna dote lleve, y pues à quanto se obliga el hombre, à tanto queda obligado, y su voluntad se debe observar en quanto no se oponga à las leyes. Vease lo que explicaré en el lib. y cap. 3. de esta segunda parte, quando hay promesa de un tercero, y no de la muger misma.

21 Para la deducion de las arras del primer matrimonio del marido, se ha de mirar si éste las dió, ò ofreció à su esposa. Si las dió por aumento de dote, y ella las incorporó en este concepto en su carta dotal con los demás bienes suyos indistintamente, entonces como que son dote, y no atrás, porque pasaron à su dominio, y se mezclaron, y confundieron con la misma dote, se han de deducir del cuerpo de caudal al propio tiempo que ésta, sin diferencia: (1) pues no está prohibido al esposo hacer donacion à su esposa antes de casarse para aumento de su dote, y gozará de su privilegio del mismo modo que si otro qualquiera se la hiciera, porque en el instante que se la hace, se transfiere irrevocablemente en ella el dominio de lo donado, y se constituye caudal suyo, como lo demás que tiene: y como unido, y confundido todo, goza de un mismo privilegio desde la tradicion al marido por dote, y celebracion del casamiento.

22 Aunque se las haya dado, sino las incorporó en el con-

de las Arras lib. 3. del Fuero Real. consult. 3. Gam. decis. 370 n. 2.
Ayor. dicho cap. 7. n. 34. Valasc. (1) Ayor. dicho cap. 7. n. 16.

contrato dotal, pero las entró en el matrimonio como caudal suyo, y en él las consumió, empleandolas en la manutencion de las cargas matrimoniales, ò en otra cosa util à la sociedad conyugal, y constare esto, se deducirán como bienes suyos despues de la dote, al modo que los parafernales, y hereditarios, pues se constituyó dueña de su importe por la entrega; y por haberlas invertido en el matrimonio, se deben deducir antes que los gananciales, como parte de fondo puesto en la sociedad. Lo que al contrario, si las consumió en usos propios, y agenos de ésta, pues no tendrá derecho à su deducion, ni abono, al modo que se hace con los bienes parafernales, quando no los entrega à su marido, como dexo expuesto en el cap. 3. de este lib. n. 43. y 44.

23 Si solamente se las prometió, ya sea en el mismo dotal contrato, ò en otro separado, se ha de distinguir: ò hay gananciales, y la muger los renuncia, ò no. Sino los hay, se han de baxar del caudal propio del marido hasta en la decima, y no mas, como una de las deudas contra éste, que debe responder de ellas. Si los hay, y la muger los renuncia, lo mismo es sacarlos del cuerpo de la herencia despues de la dote, que del caudal restante, sin distincion de si son, ò no del capital del marido, porque entonces todo es de éste, y no se la hace agravio, pues no se la pagan de sus propios bienes llevados al matrimonio, ni de su parte de gananciales, porque no los quiere.

24 Pero si los acepta, en este caso despues de baxados la dote, bienes parafernales, deudas del matrimonio, capital del marido, y la mitad de gananciales que la tocan, se une numericamente la otra mitad de éstos al capital del marido: y hechas un cuerpo estas dos partidas, se deduce de su total hasta en la decima el importe de las arras, (y no mas, aunque la oferta exceda à ésta) como deuda contra él, y el liquido residuo es el legitimo haber del marido. Luego se unen la dote, arras, mitad de gananciales, y demás derechos tocantes à la muger, y lo que sumen, es lo que la tocará, en caso que su marido nada la haya legado; porque si la legó algo, esto mas debe llevar, no excediendo del quinto, si tiene descendientes

legítimos, ò del tercio, si ascendientes; pues de baxarse las arras antes de dividirse los gananciales, se la satisfacía de éstos la mitad de su importe, en la que se la perjudicaba, y como deuda contra su marido debe salir de sus bienes privativos, y no del globo, ò cúmulo de aquellos, cuya mitad íntegra la concede el derecho, (1) segun dexo sentado. Pero es de advertir, que aunque la haga legado del quinto, ò otro, no se debe deducir éste antes que las arras, sino del residuo bajadas éstas, porque son deuda contra su caudal, que debe separarse primero como cosa agena, y de lo que deducidas quede, sacar el quinto, porque de lo contrario se la daría éste de caudal que no era de su marido; sino en parte suyo, en lo que se la perjudicaba.

25 Si al tiempo de hacer la particion, estuviere casada segunda vez la muger, se la debe aplicar solamente el usufructo de las arras, y no su propiedad, porque ésta toca à los hijos del marido, y debe reservarsela, (2) como diré en el capi. 5. del lib. 2. de este tratado. Y aun quando no lo esté, debe contener su adjudicacion el aditamento: *de que en caso de volverse à casar dentro, ò fuera del año de su viudedaz, deberá reservar su propiedad à los herederos del primer marido, segun por derecho se preceptúa, y está obligada.* Lo que tendrá presente el contador, pues por carecer de esta expresion las adjudicaciones, suelen no usar de su derecho los herederos del marido, como ignorantes de él, y quedan perjudicados.

26 Siendo viudo el marido, se ha de mirar si tiene, ò no hijos, ò otros descendientes legítimos del anterior, ò anteriores matrimonios. Si no los tiene, se observará lo propio que siendo soltero sin diferencia, pues uno, y otro pueden ofrecerla arras, ò en su defecto hacerla otra donacion quando se casan, y luego legarla por última voluntad el quinto, porque como al tiempo de casarse nadie tiene adquirido derecho à sus bienes, se les permite donar

(1) Ayor. dicho num. 16

(2) Leyes Fœminæ, Cod. de Secund. nupt. ley Mater quæ, Cod.

Ad Tertillian. y ley 26. tit. 13. Partid. 5. Ayor. ibi num. 21.

de ellos la parte que quisieren, con tal que no exceda de lo prescrito respectivamente por las leyes: y asi se estimará su importe por caudal suyo, y como deuda contra éste se deducirá de su total, y el quinto del residuo no padecerá disminucion, ni las arras se imputarán en él, por no ser vito haberlas ofrecido à su novia con animo de defraudar à los hijos que procrease, y si con el de procrearlos, por natural afecto, y para manifestar à su madre el que la profesaba, y estimularla, y obligarla por este medio à que se esmerase en su cuidado, y crianza; por lo que los que nazcan, no revocaràn la oferta de ellas.

27 Y si los tiene, se han de deducir las arras del quinto de sus bienes, que es de lo que se le permite disponer en vida, y muerte por la ley 28. de Toro, teniendo descendientes legítimos: y si ascendientes, del tercio, segun la ley 6. tambien de Toro, y no del cuerpo de su caudal privativo por las razones expuestas en el capítulo 2. de mi primera parte num. 31. y asi hasta en su importe se compensará el quinto, ò el tercio con ellas. (1) Todo lo qual se debe observar, y observa, no obstante decir *Ayor. part. 2. quest. fin. n. 56* que no se sacarán del quinto, si segun la costumbre de la tierra no pudo el marido dexar de darlas à lo menos sin desdoro suyo: pues ninguno se le irroga de no darlas, ni ofrecerlas, ni está obligado à ello por título alguno, sino quiere, antes bien es acto puramente voluntario: y su débito procede de la libre promesa del marido, y mas de urbanidad, y liberalidad, que de obligacion coactiva: (2) y asi como no puede, ni debe perjudicar en mas que en el quinto à los que tienen adquirido derecho à sus bienes, por ser legítima suya las quatro partes, tampoco el contador en la deducion que de ellas haga. Y lo propio milita para con las joyas, ò preséas, y vestidos, por la misma razon.

(1) Gutier. lib. 3. Pract. q. 43. Garcia de Donation. remunerator. n. 41. y 42. Parlad. different. 125. n. 13. Angul. de Melioration. in leg. 12. glós. 1. n. 17. y 18. Ceball. in Specul. Pract. quest. 273. y 502.

Tom. I.

(2) Ley ultim. al fin, Cod. de Donation. ante nupt. Sr. Castell. de Usufruct. cap. 46. n. 12. Sr. Covar. in cap. Officii n. 4. de Testament. Tello en la ley 16. de Toro n. 8. Angul. ibi num. 16.

Bb