

## CAPITULO NONO.

*Division de las mejoras hechas por los cónyuges en sus bienes libres y vinculados.*

- §. 1. Las fortalezas ó edificios que hiciere el marido en los pueblos y heredamientos de su mayorazgo, como tambien los reparos y mejoras ejecutadas en ellos, son del propio mayorazgo, y no se consideran como gananciales.
- 2 y 3. Las mejoras hechas en los bienes libres de marido y muger deben dividirse, ¿y de que modo?
4. ¿Si tendrá el marido accion para repetir los gastos hechos en las fincas dotales no estimadas?
5. Si hay bienes para cubrir la dote y el capital del marido, y á mas de esto resultan por gananciales los gastos *necesarios y útiles* hechos en las fincas dotales, se dividirán entre ambos.
6. y 7. Modo de dividir estas mejoras que se consideran como gananciales.
8. Mejorando el marido los bienes dotales, si manda en su testamento que sus herederos entreguen libremente á su consorte lo que llevó á su poder, sin mas expresion, y hubiere ademas frutos pendientes en ellos, ¿deberán en virtud de esta cláusula entregárselos con los frutos; ó estos y las mejoras habrán de inventariarse y dividirse como gananciales?
- 9 y 10. Asi como el marido puede repetir los gastos útiles y necesarios hechos en las fincas dotales de su muger, ¿podrá practicar lo propio con los que haga en curarla de sus enfermedades y en su funeral?

1. **S**i el marido hiciere fortalezas en las ciudades, villás y lugares y heredamientos de su mayorazgo, cercas en dichas ciudades y villas, mejoras y reparos en ellas, en sus edificios y en sus casas, son propias del mismo mayorazgo, y en todo debe suceder el llamado, sin estar obligado á dar parte alguna de su valor á la muger, hijos, herederos ni sucesores del que los hizo (1); asi que las mejoras hechas por el poseedor en algunas

1 Véase el lib. 2. tit. 3, cap. 2. §. 16. y sus notas, donde se trató con extension de este punto,

fincas de dicho mayorazgo, no se compensarán con los deterioros causados en otras, porque lo voluntario no se compensa con lo preciso y obligatorio.

2. Tratándose de bienes libres de marido y muger mejorados en su matrimonio, dice Ayora (1) que si consisten en tierras que se plantaron de viñas, se dividirán, aplicando en ellas á su dueño el valor que tenían antes, y partiendo el mayor que con las mejoras tengan, entre él y los herederos del otro, v. gr. valia ciento la tierra, y con las viñas vale docientos; llevará el dueño ciento y cincuenta, los ciento por el valor de la tierra, y los cincuenta por mitad de mejoras, como gananciales; y los herederos del otro los cincuenta restantes, tambien en concepto de mejoras, y se amojonará y dividirá la viña. Si es casa, molino ú otro edificio, se aplicará íntegro con el costo de lo fabricado ó mejorado al dueño del suelo en que se hizo, quien sino le cabe por su mitad de gananciales todo el valor expendido en las mejoras, dará á los otros interesados el exceso en dinero; previniendo que en todo evento se ha de atender á lo que costaron, que es lo que salió del caudal comun, y no á lo que valen al tiempo de la particion, ya sea mas ó menos. La razon de diferencia en practicar asi esta division consiste en que la viña la tiene cómoda, y la casa ó edificio no; y en apoyo de este dictamen se citan las leyes 3 y 9. tít. 4. lib. 3. del Ordenamiento Real.

3. Pero si no me engaño se ha equivocado Ayora en la inteligencia de las referidas leyes, pues en mi concepto disponen lo mismo (aunque por diverso estilo) en un caso que en otro en cuanto á la propiedad del fundo, como se reconoce de su contexto, pues la ley 3 dice: *Cuando el marido é la muger ponen viña en tierra que sea de cualquier dellos, é muriere el uno dellos, cuya fuere la tierra, tome el terrazgo, segun ponen otras viñas en aquel lugar, y el vino pártalo con los fijos del muerto, ó con sus herederos si fijos no hubiere: y esto mismo sea de otras labores cualesquiera que se ficieren en el solar del uno dellos: y la ley 9 dice: Si el marido ó la muger facen casa en tierra que sea del marido ó de la muger, é muriere el uno dellos, cuya fuere la raiz, dé la meitad de la preciadura á quien heredare su buena, quanto asmaren que cuesta la fechora, é finque cuya fuere la raiz con las cosas; é si*

1 Ayor. part. 1, cap. 10.

cuya fuere la raíz muriere ante, otrosi los que heredaren su buena, den la mitad de la apreciadura, asi como dicho es: é otrosi mandamos que esto mesmo sea de los molinos é de los hornos. Segun el espíritu de estas leyes, aunque concebidas en estilo diferente, entiendo que ya sea viña, olivar, casa, horno, molino, huerta plantada de árboles, ú otras cosas hechas en el solar de uno de los cónyuges, debe el dueño del suelo llevarlo todo, pagando la mitad del costo de mejoras á los herederos del otro: lo primero, porque este carece de título para pretender parte del fundo; y asi se cumple con darle lo que en la mitad de mejoras se invirtió, y á no haberse invertido, existiria en dinero ó en otra especie: lo segundo, porque la ley 3 dice: que el dueño de la tierra tome el terrazgo y parta el vino con los herederos del muerto; esto es decir, que lleve la heredad (como que es suya) y la mitad de las cepas, y satisfaga al cónyuge la otra mitad de estas; pues á no ser este su espíritu, mandaria que los dos partiesen la tierra á proporecion con las cepas ó vino, y no que el dueño tomase el terrazgo y partiese el vino con los herederos del muerto; y si no quiere decir esto, ¿que es tomar el terrazgo sino llevarlo? No alcanzo que sea otra cosa, porque llevar la tierra, y dar parte de ella al otro, implica, pues ya no se verifica llevar sino parte, y las cepas sin tierra no sirven para fructificar sino para el fuego. Por otra parte, aunque la ley mandara clara y expresamente lo contrario, era preciso probar que estaba en uso, y entonces solo en el pueblo en que lo estuviese deberia observarse, porque segun la 1.<sup>a</sup> de Toro no tienen vigor de tales las del Fuero, sino en donde y en lo que son usadas y guardadas, y asi no me queda duda que se debe practicar la division en los términos propuestos, excepto que haya costumbre contraria, ó los interesados se convengan en lo que dice Ayora, ó no pueda hacerse de otro modo.

4. Haciendo el marido gastos necesarios en las fincas dotales no estimadas, v. gr. porque amenaza ruina la casa dotal sin su culpa; si la dote consiste en especie y cantidad juntamente, y no hubiere gananciales, se disminuye la dote en la cantidad de los gastos; quiero decir, que tanto menos tendrá la muger que percibir en dinero del que llevó en dote, y su marido que restituirle, cuanto importen los gastos hechos en la casa. Si consiste solamente en especie, no la disminuyen; pero el marido puede retener por via de prenda la finca en que los hizo, hasta que se los pague su heredero, porque una vez que no hay

gananciales, es visto haberlos hecho de su capital, y debe ser reintegrado por su muger, en cuyo beneficio se invirtieron, pues á no estar casada, tendria que buscar dinero para evitar la ruina, ó pereceria la finca, y mejor es usar de la retencion que de la accion; bien que García (1) impugna la retencion de las dotales. Si los gastos son *útiles* (v. gr. si en la casa se aumentó algun cuarto, ó mejoró la habitacion), y hechos con consentimiento de la muger, ó siendo rica esta, aunque no lo prestase, los puede recuperar de ella el marido por la accion de *mandato*, ó como voluntario procurador (2); pero si son *voluntarios* no tiene derecho á su repeticion, y si únicamente á que la muger los quite de su finca, con tal que de quitarlos no se siga detrimento á esta, de modo que decaiga del estado que tenia cuando la llevó, pues si se le causa, no está obligado á ello, y los perderá el marido compensándolos con los frutos percibidos (3). Tampoco tiene accion á repetir los gastos hechos en la recoleccion de frutos ó en su conservacion, excepto que restituya los mismos frutos (4).

5. Si hay bienes para cubrir la dote y capital del marido, y á mas de esto resultan por gananciales los gastos *necesarios y útiles* hechos en las fincas dotales, se dividirán entre ambos, y el marido percibirá su parte en la forma expuesta en el párrafo anterior. Y aunque parece que este debe compensar su importe con sus frutos, y hacerlos de estos, no será asi, porque los frutos le estan concedidos para soportar las cargas matrimoniales, por lo que solo está obligado á hacer de ellos los reparos menores que conduzcan á la conservacion de la finca, mas no los mayores que por caso fortuito acaecen y son precisos; pues estos, como que se hacen por la perpetua utilidad y subsistencia de la finca, son de cuenta de la muger, en quiea permanece el dominio de ella, y el incremento ó decremento eventual es de su cuenta: y asi le competen ademas de los frutos (5); pues siempre que estos se perciben no por derecho de posesion, sino de dominio, cesa su compensacion con las expensas y mejoras hechas en la cosa; es asi que el marido las percibe por todos derechos, luego no debe compensarlos (6).

1 *De expensis.* cap. 13. num. 57. fundándose en la ley única, Cod. de reivuzor. actione, §. *Sed nequa ob impensam.*

2 *Ley Domum,* Cob. de reivindicacione.

3 *Ley fin. tit. 11. Part. 4. Ley del tit. ff. de impens. in rebus. dotalib. fact. Gou,*

en la 5o de Toro, num. 51. García de expens. cap. 13. num. 49.

4 García. dicho cap. 13. num. 57.

5 *Ley fin. tit. 11. Part. 4.*

6 *Glos. verb. Superfluum,* al fin. in leg. *Emptor. ff. de reivindicat. Greg. Lop. en*

Es de notar que si el marido restituye toda la dote sin deducir las expensas referidas hechas en los predios dotales, puede repetir las como pagadas indebidamente y con error (1).

6. Mas para que el contador no se confunda en el modo de dividir estas mejoras que son gananciales, le instruiré con los ejemplos siguientes. Siendo útiles 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 menor precio en que la muger la llevó, y aplicársela con ellas, ó por el todo de su tasa (la cual debe hacerse con distincion de lo que vale la finca sin ellas, y luego lo que ellas valen), dejando de entregarla otras cosas, y adjudicándolas á su marido en pago de su mitad; v. gr. vale la finca veinte mil reales, y las mejoras útiles hechas en ella diez mil, por lo que se tasó en treinta mil, y ademas hay de gananciales en otras cosas otros diez mil, que en todo componen cuarenta mil. En este caso se aplica á la muger su finca en los treinta mil, los veinte mil porque los valia, y los diez mil por las mejoras hechas en ella y mitad de gananciales que hay, y al marido se adjudican los bienes restantes ganados por la otra mitad. Si hubiere mas gananciales se la darán en otros bienes para complemento de su parte; pero si no hay mas gananciales que las mejoras, la muger pagará á su marido ó á sus herederos la mitad de estas en dinero, buscándolo sino lo tiene, ó retendrán aquellos la finca para su reintegro con sus frutos.

7. Si las mejoras son *necesarias* se ha de distinguir: ó hay mas gananciales que lo que importan, ó no. Si los hay, para que se pueda hacer pago al marido de su mitad, se pone su total por caudal, como si real y efectivamente existiera, y luego se hace la misma aplicacion que cuando son útiles, y al marido se adjudican los demas bienes. Si no hay mas gananciales, se aplica su mitad á la muger en el valor de la finca, y al marido la otra mitad en otra cosa dotal; v. gr. importan las mejoras diez mil, y la finca dotal vale veinte mil, se da á la muger por treinta mil; los veinte mil que valia, los cinco mil por su mitad de gananciales, y los otros cinco mil por la mitad que toca á su marido, y ella deja de tomar en otra cosa dotal; pero si no hay otra cosa

la ley 41. tit. 28. Part. 3. glos. 5. Covarr. lib. 1 *Var.* cap. 8. num. 4. al fin. Garcia, dicho cap. 13. num. fin. Gom. en la ley 46 de Toro, num. 3.

1 Ley *Quod dicitur*, ff. de *impens in reb. dotalib. fact.* Baez. de *decim.* cap 11. num. 11. Gutierr. de *tutel.* part. 3. cap. 2o, num. 16.

dotal que se pueda adjudicar al marido en pago de su mitad de mejoras, entonces es preciso que la muger reintegre con dinero á su marido ó á sus herederos de su mitad, y en su defecto pueden retener estos la misma alhaja hasta que con sus frutos se hagan pago de lo que les toca, pues á no haber expendido su dinero en repararla, lo tendria en especie, ó en otras cosas, y la muger hubiera perdido su finca dotal. Para graduar de mayores ó menores los gastos ó reparos hechos en las fincas dotales, se ha de atender al fin con que se ejecutaron, y á lo que en cada una expendió el marido, y no á lo que importan los hechos en repetidas ocasiones; por lo que si en una finca dotal hizo muchos en distintos años, ó en uno diversos en varias fincas, que juntos componen una suma crecidísima, se deberán reputar por menores todos, y compensarse con los frutos, sin embargo de la considerable cantidad á que unidos ascienden, porque cada reparo de por sí es de corta cantidad, y hecho únicamente para conservacion, uso y produccion de la finca, y no para su perpetua duracion y subsistencia; y aunque sumados importan mucho, no obsta, porque para su compensacion percibió muchos frutos de las fincas dotales, que está obligado á reparar y conservar con ellos, y nada expendió de su privativo caudal ni del adquirido de otra parte.

8. Mejorando el marido los bienes dotales, y mandando en su testamento *que sus herederos entreguen libremente á su muger los que llevó á su poder, sin mas expresion*; si estos bienes estan mejorados por aumentos hechos en ellos, ó por haberlos librado de las cargas á que estaban afectos, y á mas de esto hay frutos pendientes en ellos, ¿se duda si en virtud de esta cláusula deberán entregárselos con los frutos, ó si estos y las mejoras y cargas se deberán inventariar y poner por gananciales y dividirse? Parece que sin embargo de la palabra *libremente* se han de poner por gananciales, como lucrados durante el matrimonio, y dividirse entre ambos cónyuges, respecto de no haber hecho mencion de las mejoras, cargas y frutos, mayormente sabiendo que estos estaban pendientes, y aquellos se habian hecho y redimido, y que todo es comunicable á entrambos, pues si hubiese querido beneficiar á su muger, lo hubiera expresado. Mas no obstante debe decirse lo contrario, con la distincion de que si los herederos no son forzosos, los ha de llevar integros la muger con los frutos pendientes, sin descuento de mejoras ni cargas, porque de todo es visto haber querido el testador hacer

la donacion y legado, como pudo; y esto quiso decir el testador en la palabra libremente; y si son legítimos ó forzosos se le descontará solamente el exceso á lo que pudo disponer en beneficio de ellos, que es el quinto ó tercio: todo lo cual se entiende deducidas previamente sus deudas, pues hasta que se deducen no hay herencia. Sino mandó mas que restituirla la dote que llevó á 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.

9. Asi como el marido puede repetir los gastos útiles y necesarios hechos en las fincas dotales de su muger, y retener estas hasta que se reintegre de aquellos, podrá practicar lo propio con los que haga en curarla sus enfermedades y en su funeral? Para resolver esta cuestion respondo del modo siguiente. El marido, haya traído mucha, poca ó ninguna dote su muger, debe curarle sus enfermedades, sufriendo esta carga como una de las matrimoniales, porque es su compañera, recibe de ella servicios, obsequios y beneficios, se espuso á todo cuando se casó, y en fin porque en el nombre de alimentos no solo se comprenden el vestido, la comida y habitacion, sino tambien las medicinas y todo lo que es necesario para vivir: por lo que carece de accion para repetir de su suegro los gastos que hizo en su curacion, y para retener el todo ó parte de la dote por via de compensacion de ellos, mayormente si él tuvo la culpa de las enfermedades. Sin embargo dicen algunos autores que no habiendo sido culpado, si la última que su muger padeció fue crónica, prolija y grave, no alcanzan los frutos de su dote, por ser tenue, para el reintegro de los gastos causados en ella, y el marido protesta que los hace con ánimo de exigirlos y no por piedad ni afecto conyugal, podrá hacerlo, y compensarlos con su dote en caso de no haber gananciales, á la manera que la madre que alimenta á su hijo, y protesta que no lo hace por afecto sino con intencion de cobrar de los herederos de su marido los alimentos que le da; y aun añaden que no es neceraria la protesta, porque la dote es patrimonio de la muger, y esta mientras se halla enferma no sirve ni obsequia á su marido, el cual es deudor suyo, y jamas se presume que el deudor gasta con ánimo de donar. Pero á pesar de estos fundamentos me inclino á lo contrario, que es lo que siempre he visto practicar, por las ra-

zones expuestas. Por otra parte, cuando el marido es pobre y la muger rica, debe alimentarle esta como socia conyugal.

10. Si la muger es pobre y su marido rico, debe por su honor enterrarla conforme á su calidad; pero teniendo dote no está obligado á ello, y puede exigir del padre ó persona á quien la ha de restituir, los gastos hechos en su funeral; pues una vez muerta su muger, no tiene que sufrir cargas de matrimonio que ya no hay; y si el padre es pobre, impútese á sí mismo el marido dichos gastos, puesto que los hizo sabiendo su pobreza.