

CAPITULO OCTAVO.

Del modo de dividir entre un consorte y los herederos del difunto los gananciales adquiridos durante su matrimonio, y mientras esté la herencia proindiviso.

- §. 1. Los gananciales deben dividirse por mitad entre los dos consortes.
- 2, 3 y 4. Modo de dividir entre estos la estimacion, ó el valor de los oficios de regidor, escribano y otros enagenados de la corona que compren durante el matrimonio.
5. ¿Como se debe hacer la particion de la finca patrimonial que durante el matrimonio retrae el marido por derecho de sangre, y de la que recupera en virtud del pacto de retroventa?
6. Division de los partos de las siervas dotales de la muger, y de las crias de los animales productivos.
7. ¿Si se han de dividir como gananciales las cosas que los parientes del marido regalan á su muger al tiempo de casarse ó despues; ó los de esta á aquel?
- 8 y 9. ¿Si habrán de dividirse como gananciales los réditos de censo, usufructo, pension, legado anual ó renta vitalicia que la muger lleva en dote al matrimonio?
10. Si la muger hubiere sido partícipe en la negociacion ó arrendamiento que su difunto marido hubiese contraido con alguno, dividirá con los herederos de este la porcion ó parte que le tocaba.
11. Si entre el socio y los herederos del marido difunto y su viuda se renovó tácita ó expresamente la sociedad, debe corresponder á todos los que negociaron, sea util ó perjudicial.
12. Habiendo sido el marido arrendador de alcabalas ú otros derechos Reales, ¿si se comunicarán á su viuda las utilidades ó pérdidas del arrendamiento despues que aquel falleció?
13. ¿Si habiendo sido mercader el marido prosigue su viuda el mismo negocio ó comercio, se le comunicarán las utilidades y pérdidas que haya en dicho giro ó tráfico?
14. ¿Si muerto el marido se entenderá renovada y tácitamente continuada la sociedad conyugal, y por consiguiente se dividirán los gananciales adquiridos durante la proindivision entre la viuda y los herederos de aquel por mitad ó á prorata?
- 15 hasta el 23. Modo de hacer la

division de los gananciales entre hijos de dos ó mas matrimonios, ó entre la muger última y los de la anterior.

24 hasta el 28. Casos en que no se comunican los gananciales á los consortes y observaciones que debe tener presentes el contador en esta materia.

29. ¿Si la muger disuelto el matrimonio podrá repetir y cobrar de los deudores y terceros poseedores, sin cesion del marido ó de sus herederos, la mitad de los gananciales y créditos que la tocan?

30. Probando la muger ó sus herederos que el marido ena-

genó los gananciales con ánimo de defraudarla, ¿que deberá hacerse?

31 hasta el 33. ¿Si donando el marido ó consumiendo los gananciales en el juego ú otros vicios, tendrá accion la muger contra sus bienes por la mitad de la parte que donó ó disipó?

34. Para la division de gananciales se ha de tener presente la costumbre del pueblo en que se contrajo el matrimonio, con tal que se hallen en el mismo pueblo los bienes que se han de partir; pues de lo contrario se ha de estar á la costumbre de aquel en que se domiciliaren.

1. **D**educidos los bienes que el marido y su muger hubieren puesto por fondo en la sociedad conyugal al tiempo de casarse y despues de casados, como tambien las deudas contraidas durante el matrimonio, en la forma y términos explicados en los capítulos anteriores, resulta como utilidad ó incremento de la misma sociedad todo el residuo, y como ganancial ó multiplicado debe comunicarse en los reinos de Castilla, y dividirse por mitad entre los dos consortes, si viven juntos, segun lo ordena la ley 1.^a, título 4, libro 10. Nov. Rec. que dice: „Toda cosa que el marido y la muger ganaren ó compraren estando de consuno, háyanlo ambos por medio; y si fuere donadio del Rey, y lo diere á ambos, háyanlo marido y muger; y si lo dieren al uno, háyallo solo aquel á quien lo diere.”

2. En el capítulo 8, título 2, libro 1.^o se trató de los bienes gananciales, reservando para este lugar todo lo relativo á la division de ellos, y ciertas cuestiones que debe tener presentes el contador para el acierto de aquella. Allí se dijo entre otras cosas que es comunicable entre los consortes la estimación ó valor de los oficios de regidor, escribano y otros enagenados de la Corona que compran durante el matrimonio. Asi es que

si la muger fallece con hijos, se vuelve á casar el viudo, muere dejándolos tambien del segundo matrimonio, y existe el oficio al tiempo de su muerte, llevarán los del primero su mitad con su aumento intrínseco, como parte de herencia materna, y partirán con sus medios hermanos la otra mitad, como herederos todos de un mismo padre; lo cual se practica y debe practicar no solo con esta clase de bienes, sino tambien indistintamente con otros cualesquiera comprados ó adquiridos por ambos durante su sociedad, excepto que los interesados se convengan en lo contrario, como siendo mayores de veinticinco años pueden hacerlo. Lo propio milita en el derecho de patronato que adquirió el marido durante el matrimonio por fundacion, dotacion ó construccion de alguna iglesia, pues tambien se comunica á entrambos (1).

3. Supuesto ser comunicable entre los cónyuges la estimacion ó valor de los referidos oficios comprados constante el matrimonio, se duda ¿si habiendo comprado alguno el marido antes de casarse, pero no pagado enteramente su precio; ó si estando gravado con algun censo, se casa, y despues con el dinero dotal de su muger acaba de pagarle, ó redime el censo, tendrá parte la muger en el mismo oficio por la subrogacion de su dinero con que se acabó de pagar ó redimió el gravamen; como tambien si el aumento ó mayor valor que tenga al tiempo de la dissolution del matrimonio será ganancial, y de consiguiente comunicable?

4. Tocante á lo primero, aunque es indudable que lo que se compra con el dinero dotal se considera dotal, y lo comprado se subroga en el precio dado por ello, segun ya he dicho (2); sin embargo no sucede asi en el presente caso, porque no se compró durante el matrimonio, como lo exige la ley 49, título 5, Partida 5 (*), sino tan solo se pagó lo que se debia, y por la mera solution no se trasfiere el dominio á la muger. En orden á lo segundo, el mayor valor que tenga el oficio no será comunicable, y tocará únicamente á su dueño, porque no se adquirió con el trabajo ni industria de ambos, ni ellos se le dieron, sino al tiempo, ó tal vez ya le tenia cuando le compró, aunque se le hubiese vendido en menor precio; en cuya atencion se le aplicará por aquel en que se le vendió, asi como si valiere menos;

1 Matienz. ley 5. tit. 9. lib. 5. Rec. glos. 4. num. 5.

2 Véase el cap. 4. §. 9.

* Asi lo dan á entender estas palabras

„O si fueren los dineros de la dote de alguna muger, é su marido con voluntad de ella ficiese la compra.”

pues del mismo modo que cuando el aumento ó mejora sobreviene à una cosa del socio por su naturaleza, por el tiempo ó por otra causa accidental, no se comunica à los demas socios, tampoco se debe comunicar este aumento intrínseco à los cónyuges cuando el fundo se hizo de mayor valor por dichos motivos (1). Lo mismo procede y creo que se debe practicar cuando consta que uno de los cónyuges llevó à su matrimonio dinero suficiente para comprar algun oficio ó finca, y el otro ninguno, ni bienes con cuyo producto vendiéndolos se pudiese comprar, ó aunque los llevase resulta existir sin vender, y à poco tiempo de casados compra el oficio ó finca, v. gr. por veinte, expresando ser con dicho dinero, y al de la muerte del uno se tasa en sesenta; pues aunque parece que este aumento intrínseco debe agregarse à la sociedad, por haberse comprado el oficio durante ella, tocará solamente al dueño del dinero, porque es visto haberse comprado con él y subrogándose en su lugar; y el otro cónyuge, como que ni le tenia para comprarle, ni puso trabajo en su incremento, à nada tendrá derecho, ni tampoco participará de su decremento, si por solo el tiempo le padeciere, excepto que ambos pacten otra cosa (*).

5. En el párrafo 17 del citado capítulo 8, título 2, libro 1.º se dijo que es comunicable entre los dos consortes el precio de la finca patrimonial que durante el matrimonio retrae el marido por derecho de sangre. En orden à la particion, digo que aun cuando el valor de este fundo retraido se inventaríe y considere (segun debe hacerse) como aumento del caudal de ambos para saber à quanto ascienden las utilidades de la sociedad, no se ha de dividir entre ellos, sino aplicarse íntegro al marido, como dueño, en parte de pago de su mitad de gananciales, y por su muerte a sus herederos, adjudicando à la muger otra cosa por la mitad que le corresponde de su valor; pues à ninguno se debe despojar del dominio de sus bienes conocidos para adjudicarlos al otro sin que preceda su consentimiento, ó que no se le pueda hacer pago de su haber en otros términos. Asimismo se ha de aplicar al marido la finca que recupera en virtud del pacto de retrovendendo (cuyo precio es tambien comunicable,

1 Matienz. ley 2. tit. 9, lib. 5. Rec. glos. l. num. 88.

* Podria decirse que habiéndose comprado el oficio durante el matrimonio, debe ser comunicable el aumento de su valor, pues todo lo que se adquiriera con el dinero de un consorte corresponde à la sociedad

convagal, sin atenderse à si el otro cónyuge tenia asimismo dinero, ó à si concurrió con su trabajo à la adquisicion; y dicho aumento viene à ser un fruto sino inmediato, mediato del precio porque se compró. *Febrero reformado.*

segun se dijo en dicho capítulo 8, párrafo 17.) debiendo observar el contador en la adjudicacion, lo expuesto acerca de la retraida por derecho de consanguinidad.

6. Aunque por derecho antiguo no hacia suyos el marido exclusivamente los pactos de las siervas dotales de su muger, ni los de los rebaños ó animales productivos, á menos que se hiciere responsable de su deterioro ó pérdida (1), ni se dividían con él, antes bien pertenecian á su muger, ya nacieren durante el matrimonio, ó despues del divorcio (2); no obstante hoy segun nuestras leyes que estan en uso, los partos de la siervas de cualquiera de los consortes son comunicables á entrambos, porque se consideran como frutos (3), y así como si la esclava se muere, debe resarcirse su precio de los gananciales; así tambien su parto se debe dividir, porque quien está á la utilidad ó provecho, debe estar tambien al daño, y al contrario. Lo propio milita respecto de los partos ó crias de los animales productivos (4).

7. Acerca del caso en que los parientes del marido regalan á su muger al tiempo de casarse ó despues algunas joyas, vestidos, dinero ú otra cosa, ó por el contrario los de esta á aquel; para saber si estos bienes ó su importe se estimarán por capital del donatario, ó de aquel por cuya contemplacion se dan, ó serán comunicables á entrambos, tendrá presente el contador lo que se dijo en el párrafo 18 del citado capítulo 8, título 2, libro 1, á donde me remito.

8. Hay dos opiniones sobre si los réditos de censo, usufructo, pension, legado anual ó renta vitalicia que la muger lleva en dote al matrimonio, son comunicables al marido, como frutos conyugales, ó está obligado á restituírseles, como bienes dotales, disuelto el matrimonio. La mas corriente es que no lo son: lo primero, porque ya sean constituidos en última voluntad, en cuyo caso son muchos legados anuales, ya en contrato, y entonces es una estipulacion y contrato (*); si el marido los hiciese suyos se consumiría la dote, lo cual resiste el derecho

1 Ley 1. Cod. *Solut matrimon.* y 20 tit. 11. Part. 4.

2 Ley Si *marito.* 32. §. ff. fin. *Solut matrimon.*

3 Ley 7. ff. *de usufruct.* y 5. tit. 4. lib. 10. Nov. Rec. y en ella Matienz. glos. 5. Greg. Lop. en la ley 30. tit. 11. Part. 4.

4 Siendo ya entre nosotros casi desconocida la servidumbre, rara vez ocurrirá el caso de haber de partir el fruto racional

de una sierva, que inhumanamente se consideró en otro tiempo para este y otros efectos civiles como la cria de un animal.

* Esta diferencia de ser muchos los legados y uno solo el contrato en el caso de que se habla, no se funda en sólidas razones, sino en sutilezas del derecho romano, ni sirve para dar claridad sino para confundir: y así entre nosotros no hay para que hacer nunca mención de ella. Atiénd-

por convenir esten dotadas todas las mugeres para fomento de la sociedad conyugal: lo segundo, porque los frutos que consumen la sustancia de la cosa no pertenecen al marido, y los expresados son de tal naturaleza: lo tercero, porque en el usufructo de todos los bienes se comprenden los frutos é intereses del dinero que se debe, mas no el mismo dinero, y así el marido no podrá usar de dichos réditos y hacerlos suyos sin la obligacion de restituirlos, porque son capital, y consumidos nada queda; y lo cuarto, porque así como llevando la muger en dote no estimada una cantera, pedrera ú otra cosa que no crece ni en que renace por su naturaleza lo que se corta ó saca de ella ni puede haber otro producto (aunque asimismo puede durar algunos años la extraccion), no adquiere el marido las piedras extraídas porque no son frutos, y debe restituir á su muger el importe de ellas, excepto en el caso que expresaré en el capítulo 10, párrafo 14 (1); así tambien si los expresados réditos se consumen, aunque la pension dure muchos años, debe el marido restituirlos como dotales. La opinion contraria es que el marido los hace suyos sin estar obligado á su restitucion, porque se le conceden para ayudar á sostener las cargas matrimoniales, y que por tanto se comunican entre ambos cónyuges como otros cualesquiera frutos ó réditos, sobre lo cual pueden verse los autores que se citan (2).

9. Mas yo distinguiendo digo, que si los réditos, legado ó pension se concedieron á la muger por ciertos y limitados años, ó por los de la vida del donante ó por los del marido solamente, debe este restituirlos, ó lo que perciba de ellos, porque en este caso es como una deuda y obligacion de satisfacer anualmente su importe total, y acabado el tiempo de su concesion, nada queda á la muger en propiedad ni usufructo, así como cuando lleva en dote alguna deuda que ha de pagarse á plazos iguales y ciertos, y lo propio milita en el usufructo por tiempo determinado (3). Pero si la muger tiene derecho á gozarlos toda su vida, nada debe restituirlos el marido, porque tal derecho es la propiedad que lleva por dote, y lo que anualmente percibe son frutos, emolumentos y comodidad de aquel derecho insepara-

danse las palabras del legado y del contrato, las cosas sobre que estas recaen, y las circunstancias de las personas y sus fines; y no será necesario más para decidir cualquiera duda que ocurra sobre ellos. *Ferreo reformado.*

1 Ley 27 tit. 11. Part. 4. Gatierr. de

tutel. part. 3. cap. 35. num. 2 y 6.

2 Garcia de conyugali acquæstu, num. 172. Gatierr. cap. 35. cit. Somo *Specul. testam.* glos. 13. num. 65.

3 Rodrig. de annuis redditib. lib. 1. quæst. 3. num. 15.

ble, permanente é inalienable, que viene á ser á semejanza de la propiedad de finca vinculada, de que no puede disponer el poseedor, cuyos frutos son del marido; y aunque este muera, continúa en la muger, y no se constituye de peor condicion que la que tenia antes de casarse, ni queda indotada para volverse á casar. Solamente en el caso y en los términos propuestos en el libro 1, título 2, capítulo 5, párrafo 19, estará obligado á restituir los que justamente se pacten, porque es visto haberlos renunciado á favor de la muger y querido privarse de ellos, lo cual no le está prohibido. Lo mismo digo cuando la muger lleva en dote algun empleo que el marido debe servir, y por muerte de este puede ejercer otro con quien se case, como expresé en el párrafo citado. Y cuando se da á la muger un predio en dote para sustentar con sus frutos las cargas matrimoniales, ó se le promete para este efecto cierta cantidad anual, no debe colacionar los frutos ni esta, porque son alimentos, los cuales no son colacionables como el predio (1), á menos que se pacte lo contrario al tiempo de su donacion ó promesa.

10. Por muerte del marido cesa la sociedad de todos sus bienes, ó de cierta negociacion ó arrendamiento que hubiese contraido con alguno; y si la muger era partícipe en ella, dividirá la porcion que tocaba al marido con los herederos de este, segun se hace en la convencional cuando uno de los socios admite en ella á otro sin consentimiento de los consocios, pues este no lo es sino solamente del que le admitió; ya porque la sociedad se contrae con el consentimiento, y como no puede ser mi consocio el que no quise que lo fuese, tampoco puede llamarse asi el compañero del mio; ya porque la sociedad de muchos se disuelve con la muerte del uno, y el heredero del socio no sucede en ella; y ya porque no puede contraerse sociedad de modo que pase á los herederos (2); y si se contrae no valdrá en cuanto á estos, á menos que la reiteren con su nuevo consentimiento expreso ó tácito (3), ó que sea sociedad de alcabalas ú otras rentas ó derechos públicos, porque esta no espira con la muerte del socio, si al tiempo de contraerla se hizo mencion del heredero, y antes bien pasa á este, excepto que fallezca el socio, cuya industria se eligió, y su heredero no sea igualmente idóneo para su gobierno y manejo (4).

11. Si entre el socio y herederos del marido difunto y su

1 Gutierrez de tutela. part. 3. cap. 35. num. 7.

2 Ley 1 y lo. tit. 10. Part. 5.

3 Ley 1 y ult. tit. 10. Part. 5.

4 Matienzo. ley 2, tit. 9 lib. 5. Roc. glos. 1. num. 18.

viuda se renovó tácita ó espresamente la sociedad, debe corresponder á todos lo que hicieron con el nuevo consentimiento, sea útil ó nocivo; y aunque no se haya contraido nueva sociedad ni intervenido consentimiento, se les ha de comunicar despues de la muerte del socio el lucro percibido de la cosa de la anterior, como el fruto del fondo comun, el alquiler de las caballerías comunes, el de las cosas vendidas &c.; pero si el lucro se adquirió de cosa que no era de la sociedad, como si el socio ó su heredero empleó el precio de las vendidas en alguna negociacion, de la cual percibió algun lucro, no se comunicará este. Y el heredero ó muger del socio difunto tiene obligacion de continuar los negocios de la sociedad que empezaron este y su consocio, mas no de principiar otros nuevos.

12. Si el marido era arrendador de alcabalas, ú otras rentas ó derechos públicos, y al tiempo de su muerte no habia espirado el de ellas, se deben comunicar á su viuda las utilidades y pérdidas que haya en su arrendamiento despues que falleció.

13. Si habiendo sido mercader el marido prosigue su viuda el mismo negocio ó comercio, se presume que su ánimo mas es de continuar la sociedad que de empezar una nueva negociacion; por lo que las utilidades ó pérdidas que haya en su giro y tráfico se le comunicarán, asi como se le comunicarian en vida de su difunto marido.

14. Acerca de la cuestion si muerto el marido se entenderá renovada y tácitamente continuada la sociedad conyugal, y por consiguiente si se dividirán los gananciales adquiridos durante la proindivision entre la viuda y los herederos legítimos por mitad ó á prorrata, deberá tener presente el contador lo que se dijo en dicho capítulo 8, título 2, libro 1, desde el párrafo 24 hasta el 32 inclusive.

15. Para hacer la division de los gananciales entre hijos de dos ó mas matrimonios, ó entre la muger última y entre los de la anterior, de que hablé algo en el capítulo 4.º de este título, desde el párrafo 12 hasta el 17, son precisos dos inventarios, porque realmente son dos liquidaciones y divisiones de diversas herencias, una del primer matrimonio por lo respectivo á la dote de la muger primerá si la llevó, bienes que mientras duró haya heredado por *testamento* y *abintestato*, ó la hayan donado, arras que su marido la haya ofrecido, gananciales que ambos hubiesen adquirido, y legado del quinto ú otro si lo hizo á su marido; y otra del segundo tal vez por iguales derechos. Si hubo mas matrimonios, y existen hijos de todos, mas inventa-

rios y liquidaciones habrá que hacer; y para evitar confusión procuraré explicarlo todo.

16. Constando por los correspondientes inventarios y documentos, ó por probanzas convenio y confesion de los interesados, qué bienes llevaron ó no el marido y sus mugeres á sus matrimonios, y los que heredaron y ganaron durante su respectiva sociedad, ó su importe, y existiendo caudal para cubrir su total; ninguna dificultad hay en hacer la particion, teniendo presentes para la deduccion de la dote y demas haber de la muger segunda los cuatro casos propuestos en los referidos párrafos 14 hasta el 17, porque lo mismo es partir con ella y con los hijos de la primera que con los de ambas; pues aplicando á los de cada una con arreglo à sus disposiciones el respectivo haber materno por dote, gananciales y demas derechos; deducidos previamente los gastos de sus funerales, entierros, misas y legados que hayan hecho, lo que quede perteneciente al padre comun, se debe dividir entre ellos con igualdad, en caso que á ninguno haya mejorado ó hecho legado, ya haya llevado ó no capital suyo á sus matrimonios y adquirido mas gananciales en uno que en otro, ó todos en el uno y ningunos en el otro. La razon es porque como sus hijos estan reintegrados de la parte de sus madres, y hasta que su padre muere, nada se les debe de legítima paterna, ni tampoco la hay, no se debe hacer mérito, ni atender por lo concerniente á esta al matrimonio en que los adquirió, ni á otra cosa sino á que son bienes que su padre dejó, y que todos son sus herederos con igualdad, ó segun su voluntad arreglada á la ley.

17. Pero no debe perder de vista el contador para graduar el haber paterno la obligacion y derecho de reserva, de que traté en el capítulo 24, título 2, libro 2, en caso de que la muger primera haya hecho legado del quinto ó de otra cosa ó cantidad á su marido; pues entonces como por haberse vuelto á casar este perdió su propiedad, y solo le tocó y tuvo el usufructo, debe volver á restituir su importe liquido, y los bienes en que se lo consignó, si existen, á los hijos de ella: á cuyo fin si es legado de cosa especifica, ó de cantidad determinada, se separará y se les aplicará, y si es del quinto se deducirán de él los gastos de su funeral, misas, entierro, mandas pias y graciosas, ó su importe; porque este no entró en su poder, y el residuo liquido será para los mismos hijos, y nada para los habidos en la segunda.

18. No procederá esto para con el legado que simplemente

le haya hecho la muger segunda, pues se dividirá entre los hijos de ambos matrimonios, porque por haberse conservado viudo, lo hizo suyo como si de otra parte lo hubiera adquirido, y no incurrió en la pena de reservacion; lo que debe tenerse presente, no solo para el caso de que el muerto haya dejado al sobreviviente algun legado, teniendo hijos, sino para el de que le haya hecho donacion en sanidad, ó haya heredado despues por *testamento* ó *abintestato* á uno ó mas hijos.

19. No constando qué bienes llevaron al matrimonio el marido y su primera muger, pero sí los que quedaron por muerte de esta, todos se reputan gananciales, como queda dicho, y asi se deben dividir por mitad entre ambos; y aunque el marido ningunos haya llevado al segundo matrimonio, se ha de aplicar á los hijos del primero la mitad de aquellos (hechas de ella las deducciones referidas), por ser perteneciente á su madre, observándose para no perjudicar á la segunda ni á los suyos en su dote, gananciales y demas derechos lo explicado en el citado capítulo 4 de este título, párrafo 15.

20. Si llevó dote pero no consta qué bienes quedaron cuando falleció, entonces de cualesquiera que á su marido toquen privativamente por razon de capital ó gananciales, ganados en el matrimonio segundo, se satisfará á los hijos de la primera todo lo que en legal forma acreditaran corresponderla por dote, arras y demas derechos; y el resto de ellos, si los hubiere, se dividirá entre todos los hijos de ambos matrimonios, separando primero la dote y demas que á la segunda toque por los suyos.

21. Aunque los hijos del primer matrimonio pretendan gananciales suponiendo haberlos habido en él, no llevarán ninguno si no es que prueben plena y concluyentemente cuales y cuantos son, y que existian al tiempo que murió su madre; porque el que se afianza en la cualidad del tiempo debe probarla como fundamento de su intencion; y sin embargo de que hagan constar que durante dicho matrimonio se compró y adquirió alguna heredad, viña ú otra cosa, no es suficiente esta prueba para que se les abone la mitad de su valor aunque existan, y su padre las lleve al segundo, ni para que se estimen por bienes multiplicados en vida de su madre; porque pudieron haberse comprado con el dinero dotal de esta, ó del capital de aquel ó haber enagenado algunos suyos de otra especie á dicho fin, como sucede muchas veces; por lo que se conceptuarán fondo de la sociedad primera y no gananciales de ella: de suerte que para que en caso de existir, se reputen multiplicados en el primer

matrimonio, es preciso hagan ver claramente que cuando su madre murió habia ademas bienes bastantes para cubrir todo lo que esta y su padre llevaron á su matrimonio, y las deudas contraidas en él (1).

22. No acreditándose suficientemente en que matrimonio de los del padre comun se adquirieron los gananciales, ni los que este lucró mientras estuvo viudo, se dividirán igualmente entre los hijos de ambos si no mejoró á alguno; y aunque varios autores (2) dicen que se deben dividir á prorata de lo que duró cada matrimonio, lo cual parece equitativo, no me adhiero á su opinion, porque en el poco tiempo de uno se pudieron haber lucrado muchos, y en el dilatado de otro pocos ó ningunos, ó haberse consumido los adquiridos en el anterior, como se experimenta cada dia, segun los negocios, proporciones, gastos, aplicacion, economía y prosperidad ó adversidad que hubiesen tenido, mayormente cuando el padre pudo haberlos gastado todos, pues hasta que muere ningun hijo tiene derecho á exigir su legitima paterna, ni mas que una probable esperanza de obtenerla, y entonces todos deben ser iguales no habiendo mejor, sin deberse atender al tiempo que duró cada matrimonio, é inferir que adquirió en él los bienes que dejó, sino solamente á cuantos y á que todos son suyos (*). De lo contrario, si v. gr. en el primer matrimonio los habia adquirido todos; nada deberian participar los hijos del segundo, siendo hijos suyos como los otros, y segun la regla del prorateo quedarian privados de su legitima ó perjudicados, lo cual era suponer en el padre la obligacion de reservarlos para los de cada uno, y no poder usar libremente de los que en cada matrimonio ó estando viudo habia adquirido; obligacion que ninguna ley le impone, ni le prohíbe su uso como dueño de todos.

23. Pero si habiéndose casado el marido, v. gr. dos veces, no formalizó particion, ni aun descripcion de bienes por muerte de

1 Ayor. de partit. part. 3. quest 13. num. fin.

2 Escobar comput. 9. y otros que cita.

* Nada hace al propósito que se acredite ó no lo expuesto, cuando los hijos de dos matrimonios tratan de suceder al padre comun, pues respecto de este es lo mismo que si todos lo fueran de una sola madre, y así Febrero padeció una notable equivocacion. Escobar, á quien cita, solo propone el caso de que habla Febrero en el párrafo siguiente: el caso en que

los hijos de dos matrimonios piden como herederos de sus madres los gananciales que les corresponden, cuando no consta cuantos se adquirieron en el primero, y cuantos en el segundo matrimonio; y es de parecer que deben dividirse entre dichos hijos á prorata del tiempo que duró cada uno, y á proporción de la dote (y demas bienes añado yo) de cada muger: cuya opinion me parece razonable, aunque merece atenderse lo que dice Febrero, num. cit. *Febrero reformado.*

la primera muger, de modo que se ignora qué gananciales hubo en cada uno de sus matrimonios, para dividir entre los hijos de ambos los que tocaron á cada una de sus madres, caso á la verdad que dificilmente puede ofrecerse, es necesario recurrir á pruebas ó en su defecto á conjeturas prudentes, y así el partidior procurará avenir á los interesados, y si no quisieren, y por escrituras ú otras pruebas resultaren comprados en cada matrimonio algunos de los existentes, los estimará por gananciales respectivos de ambos, y aplicará á los hijos de cada uno, como adquiridos en tiempo de sus madres, y con arreglo á sus últimas disposiciones, la mitad de los que aparecieren, pues la otra mitad toca á su padre, en la cual todos son interesados igual é indistintamente, si no mejoró á ninguno. Si nada resultare, se ha de tener en consideracion qué tiempo estuvo casado con cada muger; qué negocios manejó, y qué utilidades ó pérdidas tuvo; qué conducta era la de sus mugeres, pues unas disipan los caudales, y otras los conservan ó aumentan; qué enfermedades y contratiempos les sobrevinieron á él ó á sus mugeres, hijos ó hacienda (pues mucho de esto se podrá probar), y hecho un cómputo imparcial y prudente, llamará á los interesados para manifestárselo é instruirles de todo lo que tuvo presente para hacerle. Y si á pesar de esto no se avinieren, lo consultará al juez para que oyéndolos en forma resuelva y le prescriba reglas fijas que le sirvan de norte y pauta para girar la cuenta, con arreglo á las cuales ha de proceder sin mezclarse en hacer oficio de juez; pues siempre que le ocurra duda que no pueda resolver acerca de los gananciales ó de algun otro particular, y los interesados no se convengan, debe proponérsela para dicho efecto, haya ó no menores. Lo que se ha expuesto en orden á los hijos de dos matrimonios milita en los de tres ó mas, sea por muerte del padre ó madre comun, segun los casos ocurran.

24. En el mismo capítulo 8 se expresaron los casos en que no se comunican los gananciales, ó pierden los consortes el derecho de percibirlos, y ahora se añadirán algunas observaciones para gobierno del contador. Allí se dijo que cuando uno de los cónyuges comete delito de lesa magestad, nada percibirá de la mitad de gananciales que á no haberle cometido le tocara. Esta pena solo alcanza al perpetrador del crimen, y de ningun modo al otro consorte; quien no pierde su mitad de gananciales ni los demas bienes suyos (1); en cuya atencion aun cuando por el

1 Leyes 10 y 11. tit. 4. lib. 10. Nov. Rec.

delito no se confiscuen los bienes, si se condena al agresor en alguna pena pecuniaria, deberá descontársele de su mitad, y aplicarse otro tanto como importe al otro consorte, porque el daño que se causa por dolo ó culpa de uno de los socios no debe tocar á los consocios (1).

25. Tambien se dijo que cuando marido y muger se separan recíprocamente con legítima dispensa, cada uno hace suyo privativamente lo que adquiere despues de la separacion, como tambien cuando voluntariamente se separan votando castidad, y cuando por impotencia ú otro motivo se declara nulo el matrimonio; pero en todos estos casos se deben partir los gananciales adquiridos hasta que se declaró la separacion ó nulidad, porque hasta entonces hubo matrimonio y sociedad legítima entre ellos, y los adquirieron como marido y muger.

26. Aunque es constante que cuando la muger se separa del marido por excesivo rigor de este, se la debe restituir no solo su dote, sino tambien la mitad de los gananciales adquiridos antes de su separacion, como se dijo en dicho capítulo 8, párrafo 43, se duda si tendrá derecho á los ganados despues de aquella. A primera vista parece que no, porque la separacion se hizo á su instancia aunque el marido diese motivo para ella, y por el hecho de no haber querido vivir con él, es visto que tampoco quiso participar de los gananciales. Pero no obstante la opinion mas comun y segura es que deberá llevar la mitad de los adquiridos posteriormente, pues sería injusto que la muger separada sin delito de su marido y por culpa de este fuese privada del beneficio que la ley concede, y que la perjudicase su inocencia, sacando por el contrario el marido utilidad de su crimen (2). Lo mismo procede cuando la muger dió causa al divorcio, pues ambos son correlativos, y lo que se diga del uno ha de decirse de la otra habiendo igual razon.

27. Asimismo se dijo en el indicado capítulo 8, párrafo 35, que cuando la viuda vive escandalosamente pierde los gananciales, que debe restituir á los herederos de su marido; mas no comprende á este la dicha pena de restitucion por su vida licenciosa, en razon de que la deshonestidad no es tan vituperable ni ofensiva en un hombre como en una muger (3); por lo cual la casada no puede acusar de adúltero á su marido.

1 Leyes 7 y 13. tit. 10. Part. 5.

2 Gom. ley 12 de Toro, num. 15. Covarr.
In epitom. de sopons. part. 2. cap. 7. §. 1.

num. 6.

3 Ley. 1. tit. 17. Part. 7.

28. Otra de las causas por que puede perder la muger el derecho à la mitad de gananciales es por renunciarlos voluntariamente, segun se dijo en el capítulo 8, tantas veces citado, párrafos 35 al 39, en cuyo caso no estará obligada á pagar las deudas del matrimonio. Pero si los acepta, y porque advierte luego que no son suficientes para su solucion los renuncia, estará sin embargo obligada á satisfacerlas; pues no se puede apartar del contrato que celebró, mediante á que asi los herederos como los acreedores adquirieron derecho á su observancia, aunque si la muger es menor al tiempo de la aceptacion gozará del beneficio de la restitucion (1). Pero no es esto tan cierto que no haya quien lleve lo contrario, fundándose en que por la mera aceptacion no es visto haberse obligado á dicha satisfaccion mas que en cuanto alcancen los gananciales, y si unicamente prestado su consentimiento para su admision, si los hubiese; y en que como por la ley solo está obligada á pagar las expresadas deudas cuando quiere percibirlos, no percibiendolos queda libre, sino es que al tiempo de admitirlos se obligue, ó despues de viuda contraiga expresamente con los acreedores (2).

29. En el párrafo 19 del citado capítulo 8 se dijo que la muger casada durante el matrimonio tiene el dominio y posesion, aunque revocable, de la mitad de los gananciales (3), y que por fallecimiento de su marido se hace dueña absoluta en posesion y propiedad de ella. Pero se duda si la muger disuelto el matrimonio podrá repetir y cobrar de los deudores y terceros poseedores, sin cesion del marido ó de sus herederos, la mitad de los gananciales y créditos que le toca. Algunos autores (4) dicen que si se hace mencion juntamente con el marido en el instrumento ó contrato, puede hacerlo; mas no de lo contrario, porque en la sociedad universal ó de todos los bienes no se transfieren los derechos sin la cesion. Pero otros (5), con cuyo parecer me conformo, dicen que no es necesaria la cesion, hágase ó no mencion de la muger en el instrumento, y sean los

1 Gutierr. lib. 4. *Pract.* quest. 68.

2 Ayor. cap. 8. cit. num. 17.

3 El reformador del Febrero impugna la distincion que hace el autor entre el dominio de la muger y el del marido en los gananciales durante el matrimonio, diciendo que tan irrevocable es el del uno como el del otro; pero lo cierto es que mientras dura el matrimonio, el marido puede trocar, vender y enagenar los gananciales (no siendo los bienes castren-

ses ó cuasicastrenses, ni procediendo con ánimo de defraudar á la muger); la cual no tiene estas facultades hasta que muere el marido, y puede disponer de su mitad. Por consiguiente hay diferencia entre el dominio de uno y otro.

4 Avendañ. respons. 2o. num. 3. Gutierr. lib. 2. *Pract.* quest. 118. num. 15 y 16.

5 Acev. ley 2, tit. 9. lib. 5. Rec. num. 19, 2o y 21.

bienes muebles, raíces, derechos, deudas y acciones: lo primero, porque si se hace dueña absoluta de la parte que le corresponde, luego que muere su marido, es superfluo que pida lo que tiene y el derecho le concede; pues por su mitad le competen todos los interdictos ó remedios posesorios: lo segundo, porque cuando la ley divide algo entre varios, no es necesaria la mutua concesion de unos á otros, y así el uno sin la del otro puede pedir su parte: lo tercero, porque al modo que el socio puede denunciar por su parte la obra nueva, si lo hace á nombre de los consocios, dando la competente caución (1), podrá exigir también los débitos sin cesion: lo cuarto, porque la sociedad convencional se diferencia en muchas cosas de la conyugal, como dije en el libro 1.º título 2.º capítulo 8.º párrafo 25; y lo quinto, porque según una ley de Partida (2), lo que un socio adquiere en la compañía universal se comunica á los demás sin cesion; y siéndolo, como lo es, la conyugal en cuanto al lucro, se debe comunicar también sin ella.

30. Aunque el marido puede enagenar durante el matrimonio los bienes gananciales, según se dijo en el párrafo 20 del capítulo 8.º título 2.º libro 1.º, sin embargo, probando la muger ó sus herederos haberlos enagenado con ánimo de defraudarla, si la enagenacion fuere de cosas que consisten en número, peso ó medida, ó de otros muebles que no existen, deberá el marido ó su heredero satisfacerle su parte de su propio patrimonio, ó imputársela en la suya de gananciales: si hecha excusion en sus bienes, no quedare la muger reintegrada, podrá usar de la accion revocatoria contra el poseedor de ellos, como hecha en fraude suyo; y si la enagenacion fue de cosa que existe, podrá usar también de la misma accion contra su poseedor sin hacer la excusion (3).

31. Estan discordes los autores sobre si donando el marido ó consumiéndolo los gananciales en juegos ó en otros vicios, tendrá accion la muger contra sus bienes por la mitad de la parte que donó ó disipó. Unos afirman que cesante el dolo expuesto puede enagenarlos, sin que la muger tenga recurso por su mitad (4): lo primero, porque esta palabra enagenar es tan amplia y general, que comprende todos los contratos, distractos y actos, por los cuales se trasfieren el dominio útil y el direc-

1 Ley 2. tit. 32. Part. 3. y su glos. 5.

2 Ley 6. tit. 10. Part. 5.

3 Gom. dicha ley, num. 74.

4 Gom. lugar citado, num. 73. Ayer part. 2. quæst. 41. num. 46.

to (1); lo segundo, porque la ley habla generalmente, sin distinguir si la enagenacion ha de ser por venta, donacion ú otro título oneroso ó lucrativo, y por lo mismo se comprende en ella la donacion, pues la ley se debe entender segun está escrita sin distincion alguna; y lo tercero (omitiendo otras razones poderosas), porque dicha ley es posterior à las del Fuero, que conceden à la muger la mitad de gananciales y las corrige; y asi en consideracion á que el marido es el que los adquiere (pues las mugeres apenas se pueden mantener decentemente cón su honesto trabajo, como lo vemos), le confiere amplias facultades para enagenarlos por cualquier título, sin licencia de su muger como dueño.

32. Otros autores fundados en la mera y libre administracion que conceden al marido, son enteramente de contrario sentir en cuanto á hacer donacion de los gananciales; porque el donar es perder y desfalcicar el patrimonio, y en la administracion general concedida al marido por la ley con facultad de enagenar, no es visto habérsele dado la de donar, y asi no lo puede hacer el que la tiene, á menos que especialmente se le conceda(2). Mas tocante à la disipacion en juegos ú otros vicios no son de opuesto dictamen, porque no lo hace con dolo; fuera de que por evitar discordias y litigios suele no hacerse mérito de ello (3).

33. Y otros conciliando las opiniones y eligiendo un medio, dicen, que siendo pequeña la donacion, y hecha por causa justa à parientes, criados ó amigos, valdrá; mas no si es inmoderada, y no hay causa legitima para hacerla, ó si es tal que arruine el patrimonio, ó le desfalte considerablemente (4) (*). Esta opinion como mas razonable que la negativa es la que me parece debe seguirse, pues no priva al marido de lo que es suyo, en cuanto se le permite á cualquiera persona prudente, porque aunque cada uno como dueño puede disponer de sus bienes á su voluntad, conviene al estado que no abuse enormemente de esta facultad, y asi estan prohibidas justamente la prodigalidad y disipacion (5). En este concepto se debe entender la afirmativa, dejando al prudente arbitrio del juez (consideradas las circuns-

1 Ley 1. tit. 14. Part. 1.

2 Molin. *de primogen.* lib. 5. cap. 10. num. 6.

3 Rodrig. Suar. ley 1. tit. 3. lib. 3 del Fuero Real, vers. *Queritur circa hoc.*

4 Molin. lugar cit. desde el num. 65. García de conyugal, *acquast.* num. 148.

* De la donacion moderada y hecha con justo motivo no puede inferirse el ánimo de perjudicar á la muger, como de la excesiva y hecha sin causa legitima. *Febrero reformado.*

5 Matienz. ley 1. tit. 2. lib. 5. Rec. glo. 1.

tancias de la donacion y donatario, la causa para hacerla, y el caudal del donante) el regular y moderar aquella, pues de lo pequeño no se debe hacer mérito (*)

34. Cuando no se hizo ningun pacto acerca de los gananciales, se debe tener presente para su division la costumbre del pueblo en que se contrajo el matrimonio (1), con tal que esten en el término del mismo pueblo los bienes que se han de partir; pues no hallándose en él, se ha de estar á la de aquel en que se domiciliaren; y asi para participar la muger de la mitad de los que estan en el pueblo de su domicilio, no es menester pactarlo cuando se casa, si alli se comunican los que se lucran, aunque nada se hable de ellos, y se haya casado en donde no son comunicables: de modo que donde se acostumbrare dividir las ganancias alli existentes se dividirán sin necesidad de pacto, y donde no hubiere tal costumbre, no; como en la ciudad de Córdoba, y en los lugares que comprende su obispado (**)

* Esta sentencia media, que casi concilia la afirmativa y la negativa, es la que sin recelo deben adoptar los jueces y letrados, como mas conforme a razon; y Garcia asegura (*de conjug. aquæst.* num. 65.) que la ha la muy recibida entre nuestros intérpretes. *Febrero reformado.*

1 Ley 24. tit. 11. Part. 4.

** Esto era por una antigua costumbre de corruntela; pero en el dia adquieren los gananciales las cordovesas como las demás casadas del reino. (Real provision de 16 de junio de 1801, comunicada en 6 de marzo de 1802, que segun circular de 14 de abril de 1804, comprende aun los matrimonios contraidos antes de 28 de

mayo de 1801. en que se publicó en el consejo dicha Real provision, como no se hubiesen disuelto. Pueden verse la ley 13, y su nota, título 4, lib. 1.º, Nov. Rec.) He aqui el principal fundamento de tan sabia determinacion. Dicha costumbre era injusta y perjudicial al matrimonio; injusta porque deja sin premio el mérito de las mugeres virtuosas, que han cumplido con la obligacion de acrecentar el patrimonio de la familia de que son un agente principal; y perjudicial, porque fomenta la inaccion, y el aborrecimiento de los cuidados domésticos, de la economia y prosperidad de las casas cuyo gobierno tienen á su cargo. *Febrero reformado.*