

que el oficial del estado civil pronuncie la unión de los esposos? Se pudiera sostener, apegándose á la letra de la ley, pero esto sería darle un sentido contrario á la razón y á los principios. ¿Puede haber una comunidad entre los esposos, antes que haya esposos? ¿Puede el efecto preceder á la causa? En cuanto al texto, no dice lo que se le hace decir; el único objeto del legislador ha sido derogar las antiguas costumbres; esto es, pues, como si la ley dijera: la comunidad no comenzará ya el día siguiente al matrimonio, ni un año y un día después, comenzará con el matrimonio. Si la ley no precisó el momento, es que el sentido común bastaba para que se decidiera que la sociedad de bienes comienza con la sociedad de personas. (1)

PRIMERA PARTE.—DE LA COMUNIDAD LEGAL.

*SECCION I.—Del activo de la comunidad.*

210. La comunidad se compone activamente de los muebles presentes y futuros de los esposos, de los frutos procedentes de los bienes que les quedan propios y de los inmuebles que adquieran durante el matrimonio (art. 1,401). ¿En qué sentido debe entenderse esta disposición? ¿Es una enajenación en provecho de una persona ficticia llamada comunidad, ó es una simple puesta en común de las cosas que entran en la sociedad formada por los esposos? Nada indica en el texto de la ley que es una enajenación hecha á una persona civil. La ley dice de lo que se compone el activo de la comunidad; habla de los bienes que *caen* ó entran en ella; el lenguaje es el que marca la composición de una sociedad de bienes. La puesta en una sociedad implica una enajenación, en el sentido de que el asociado no conserva más que su parte social en la propiedad de la cosa que pone en la sociedad, y adquiere la misma parte en los bienes

1 Duranton, t. XIV, pág. 101, núm. 95.

que ponen en ella sus coasociados. Sucedería de otro modo si la comunidad formase una persona civil; ésta sería propietaria de todo el activo social: los esposos no tendrían en ella parte alguna hasta la disolución y participación, y solo se harían propietarios en el momento de la disolución. El Código no dice que así suceda, y ninguna disposición lo implica.

En cuanto á los inmuebles adquiridos durante el matrimonio, el efecto de la adquisición es sencillo, poco importa que figure en el contrato; ordinariamente el marido solo es comprador, pero compra como jefe de la comunidad; luego son dos socios los que compran, y, por consiguiente, el inmueble les pertenece en común y por indiviso. En cuanto á los frutos, diremos más adelante si el goce de la comunidad implica una enajenación. Quedan los inmuebles presentes y por venir. Se dice que los esposos enajenan su fortuna mobiliar en provecho de la comunidad. La ley no lo dice terminantemente. Debe, pues, verse si es necesaria esta doctrina para explicar las disposiciones del Código referentes á los efectos de la puesta en común del mobiliar de cada esposo. El marido puede disponer del mobiliar de la mujer como de un bien de la comunidad (art. 1,421); la mujer no puede ya disponer de él, ella no lo vuelve á tomar como bien propio; al disolverse la comunidad, sus muebles se confunden con la masa común y son repartidos si la mujer acepta; si renuncia, pierde todo derecho en los muebles que entraron por su parte en la comunidad; la mujer puede, pues, perder sus muebles. ¿Este efecto de puesta en común de los muebles de los esposos no puede explicarse sino mediante la suposición de una persona civil en provecho de la cual se enajenan los muebles? Los principios particulares que rigen á la comunidad, explican suficientemente los efectos que acabamos de enumerar, sin que se deba suponer la existencia de una persona civil. Los muebles de los esposos puestos en

común pertenecen por indiviso á los dos esposos. Esta copropiedad no da ningún derecho actual á la mujer; hemos citado (núm. 197) la palabra de Dumoulin: la mujer no es socio, espera serlo. Es decir, que durante la comunidad, el poder del marido absorbe el derecho de la mujer, mientras ésta pierde todo derecho de disposición. Es por esto mismo por lo que la mujer renunciante pierde todo derecho á sus muebles; el derecho de renunciar es un privilegio que la ley concede á la mujer porque está excluida de la gestión de los intereses comunes; luego por razón del poder absoluto del marido; renunciando la mujer, abdica su calidad de mujer común; la consecuencia debe ser que pierda todo derecho á los bienes puestos en común.

211. La parte en común de los muebles de los esposos tiene también otro efecto: los muebles de la mujer se hacen la prenda de los acreedores de la comunidad, mientras que los acreedores que solo tienen acción en los bienes de la mujer, no pueden embargar los muebles que por su parte entraron en la comunidad. Tales son los acreedores anteriores al matrimonio cuando las deudas no tienen fecha cierta de su anterioridad; estas deudas no caen en el pasivo de la comunidad, los acreedores pueden solo promover contra la mujer y sus bienes; es decir, los bienes que le quedan propios; luego no pueden ejercer sus derechos en los muebles de la mujer. ¿Por qué razón? Se responde ordinariamente que los acreedores no tienen derecho sino en los bienes que pertenecen á su deudor cuando la promoción; y en este momento, los muebles de la mujer no le pertenecen ya, los enajenó en provecho de la comunidad. Esto supone que la comunidad es una persona moral distinta de los esposos. Pero se puede también explicar este efecto de la comunidad por la teoría de la indivisión sin ocurrir á la ficción de una personificación. A primera vista se pudiera creer lo contrario; la mujer es copropietaria de los bienes comunes; ¿por qué no tienen sus acreedores de-

recho de embargar su parte indivisa, lo que les daría acción en los muebles del marido y de la mujer? No tienen este derecho porque el principio particular que rige la comunidad se opone á ello. Los muebles de la mujer son, durante la comunidad, la propiedad del marido; él tiene su disposición absoluta, la mujer no tiene en ello ningún derecho, y esto excluye toda acción de los acreedores. Luego no es necesario suponer que la comunidad es una persona civil á quien la mujer enajena sus muebles para explicar los efectos que la comunidad produce en cuanto á los derechos de los acreedores; el principio tradicional basta: el marido es señor y dueño; luego la mujer y sus acreedores están sin derechos.

Pasa lo mismo con las deudas que la mujer ha contraído con la autorización de la justicia. Los acreedores no tienen acción en los muebles que han entrado en la comunidad por parte de la mujer. ¿Es esto porque estos muebles han pasado á ser propiedad de una persona civil? Se puede explicar así, pero la ley no lo dice, y la teoría tradicional basta para explicar este efecto de la comunidad. Los bienes comunes están bajo el dominio del marido; la mujer, aunque asociada, no tiene en ellos ningún derecho mientras dura la sociedad; y la justicia no puede autorizar á la mujer para obligarse sino en los bienes que son de su dominio propio. Esto decide la cuestión sin que se necesite ocurrir á una ficción que ignora la tradición y que el texto no consagra.

Se presentan aún otras dificultades concernientes á los derechos respectivos de los acreedores de la comunidad y de los acreedores de cada uno de los esposos. Volveremos á tratar de esto al ocuparnos del pasivo de la comunidad.

*ARTICULO I.—De los bienes que entran en la comunidad.*

§ I. —DE LOS MUEBLES DE LOS ESPOSOS.

*Núm. 1. Principio.*

212. Según los términos del art. 1,401, "la comunidad se



compone activamente, 1.º de todos los muebles que los esposos poseían el día de la celebración del matrimonio, juntamente con todos los muebles que les toquen durante el matrimonio, á título de sucesión ó aun de donación." El Código nada dice de los muebles que los esposos puedan adquirir durante el matrimonio á otro título. Es, sin embargo, de principio que los muebles futuros entren en la comunidad, de cualquiera manera que los adquieran los esposos. Este principio se funda desde luego en la tradición. Pothier enseña como un punto no dudoso que la comunidad comprende tanto los muebles que pertenecen á cada uno de los cónyuges cuando el matrimonio, como los adquiridos después, y no distingue el título de la adquisición. (1) Los autores del Código han mantenido el sistema tradicional en lo que se refiere á la composición activa de la comunidad; éste fué decidido por el consejo de Estado, y Tronchet dijo, cuando la discusión, que la comunidad comprendía todo el patrimonio de los esposos en el caso muy frecuente en que solo poseen objetos muebles. (2) Berlier se explicó en el mismo sentido al exponer los motivos de nuestro título: "Los muebles eran diversamente regidos por las diversas costumbres; así, en varias de ellas la comunidad no aprovechaba más que de los muebles existentes cuando el matrimonio, mientras que en otros lugares no se hacía ninguna distinción entre los muebles existentes cuando el matrimonio y los que se adquirirían durante su curso. Nuestro proyecto adoptó esta última manera de ver: la comunidad abarca, además de las adquisiciones, los muebles respectivos de los esposos *presentes y futuros*." (3) ¿Por qué no se explica el Código como el orador del Gobierno? No se sa-

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 26.

2 Sesión del consejo de Estado del 13 vendimiario año XII, núm. 5 (Loaré, t. VI, pág. 353).

3 Berlier, *Exposición de los motivos*, núm. 13 (Loaré, t. VI, pág. 391).

be, pero el pensamiento del legislador no es dudoso. Los muebles futuros se componen, ó de cosas adquiridas á título gratuito, sucesión, legado ó donación, ó de cosas adquiridas con otro título, ordinariamente compradas; el Código solo habla de la primera especie de objetos muebles; sin duda porque eran los únicos para los que pudiese haber duda; el título de los esposos para estos bienes siendo personal, se hubiera podido creer que estaban excluidos de la comunidad; en cuanto á los muebles adquiridos á título oneroso, no podía haber duda; las adquisiciones inmobiliarias entran en la comunidad, con más razón las adquisiciones muebles deben entrar en ella. Y como Pothier lo ha hecho observar, la comunidad comprendiendo pasivamente las deudas mobiliarias presentes y futuras, debe también comprender el activo mobiliario presente y futuro. Sin embargo, hubiera sido más exacto decirlo, pues la comunidad comprende no solo los objetos muebles adquiridos á título oneroso, todo el mobiliario futuro entra en ella, sin distinguir á qué título fué adquirido; así mismo los muebles presentes entran en el activo, cualquiera que sea el título con el que los esposos se hayan hecho propietarios de ellos. (1)

213. ¿Qué se entiende por mobiliario? ¿La expresión tiene un sentido técnico; comprende generalmente, dice el artículo 535 todo lo que es como mueble, según las reglas que el Código establece en el capítulo II del título *De la distinción de bienes*. Transladamos á la explicación del libro II.

Hay muebles por su naturaleza, otros lo son por la determinación de la ley (art. 527). Estos últimos son los más numerosos y generalmente los más importantes. Tales son los derechos mobiliarios, enumerados por el art. 529. Pothier dice, y no es esto dudoso, que los créditos no dejan de ser derechos muebles aunque estén garantizados por una hipoteca.

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 47, núms. 41 bis I y III. Aubry y Rau, t. V, pág. 282, nota 2, pfo. 507 y todos los autores.

Es verdad que la hipoteca está considerada por nuestra ley hipotecaria un derecho inmueble; pero el derecho de hipoteca siendo solo un accesorio del crédito al que está ligado, cuando este crédito es por sí mueble, el derecho de hipoteca no puede hacerlo inmueble, pues no es de lo accesorio que la cosa principal debe seguir la naturaleza; es al contrario, el accesorio el que sigue lo principal. De donde resulta que los créditos muebles, aunque hipotecarios, entran en la comunidad. (1)

214. En el antiguo derecho las rentas eran generalmente inmobiliarias, y como tales, excluidas de la comunidad. Esto se concibe por las rentas de fundos; estas eran consideradas como un denominamiento de la herencia que el acreedor rentaba, enajenaba á cargo de renta; eran, pues, derechos inmuebles. La costumbre de Paris *reputaba* tan bien inmuebles á las rentas constituidas en dinero. Esto era una ficción; estas rentas son un crédito personal debido por el deudor, un fundo; son, pues, muebles por naturaleza. ¿Por qué las *reputaba* inmuebles la costumbre de Paris? Se decía que no consistiendo sencillamente las rentas en el crédito, éste no es sino el producto de la renta; ésta es, pues, un sér moral produciendo un rédito anual y perpetuo; bajo este aspecto, se parece á los inmuebles y debe, por consiguiente, ser excluido de la comunidad. (2) Esto era una mala razón; el verdadero motivo era que las rentas eran la única colocación de capitales que fuera lícita, estando prohibido el préstamo con interés como usurario, y las rentas formaban, pues, á menudo toda la fortuna de los esposos; y la tendencia del antiguo derecho era conservar los bienes en las familias; de ahí la inmovilización de las rentas constituidas.

La sección de legislación había propuesto mantener el de-

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 78.

2 Pothier, *Del contrato de matrimonio*, núm. 81.

recho tradicional. Se invocaba en apoyo de la proposición la importancia que tenían las rentas, lo que las asimilaba con los inmuebles. Se agregaba que la razón por la que se había hecho entrar los muebles en la comunidad no existía para las rentas; es difícil distinguir á quién pertenecen los objetos muebles cuando se hallan confundidos por un tiempo largo, mientras que las rentas suponen un título que da á conocer el propietario. Tronchet, que hizo valer estos motivos, acabó por proponer dejar las rentas en el derecho común; el Código las pone entre los muebles (art 529); luego deben entrar en la comunidad. Ya no se puede decir que las rentas forman una parte considerable de la fortuna de los particulares; desde que el préstamo con interés está permitido, el uso de las rentas constituidas ha caído casi completamente; casi no existe otra sino la renta del Estado, y ésta puede ser inmovilizada, como lo diremos más adelante. Tronchet agregaba que los esposos que poseían rentas considerables estaban libres para exceptuarlas de la comunidad. La excepción fué desechada por el consejo de Estado. (1)

215. Las rentas vitalicias eran también reputadas inmuebles en el derecho antiguo. Se necesitaba una doble ficción para inmovilizarlas. No podía decirse como para las rentas constituidas, que el rédito no disminuía la integridad del derecho, el que quedando siempre entero, producía cada año, y á perpetuidad, un producto semejante á los frutos de los fundos de tierra, pues las rentas vitalicias se consumen á medida que se perciben los réditos. Se imaginó una ficción, un sér moral distinto de los réditos. Pero de seguro que este sér moral no es perpétuo como los inmuebles, perece con la vida del acreedor rentista. (2) Los deseos de conservar los bienes en las familias fueron más fuertes que estas objeciones. Según el Código Civil, las rentas vitalicias están co-

1 Sesión del 13 vendimiario, año XII, núm. 7 (Loaré, t. VI, pág. 354).

2 Pothier, *De la comunidad*, núm. 90.

locadas en la misma línea que las rentas perpétuas, todas se declaran muebles por determinación de la ley.

Toullier ensayó establecer que las rentas vitalicias no entraban en la comunidad, porque esto es un derecho esencialmente ligado á la persona del acreedor rentista. Diremos más adelante que esto es verdad para ciertas rentas, para aquellas que están constituidas á título gratuito para alimentos. Esto es una excepción á la regla. La regla es, pues, que las rentas vitalicias conserven su naturaleza mobiliar, y no estén ligadas á la persona, puesto que pueden ser cedidas, pueden ser embargadas por los acreedores. Se dirá en vano que aquel que estipula una renta vitalicia solo piensa en su personal interés; es seguro que no obra en interés de sus herederos, á quienes al contrario, despoja. Pero el esposo á quien pertenece puede, no obstante, enajenarla; luego puede también ponerla en común de la sociedad; lo estipula tácitamente ateniéndose al derecho común, y, según éste, la renta vitalicia es mobiliar, y todo objeto mueble entra en la comunidad. (1)

Se ha sostenido la teoría de Toullier ante la Corte de Casación. La Corte la desechó; en derecho, basta citar los artículos 529 y 1,401, y en cuanto al carácter personal de la renta, la sentencia dice muy bien que en materia de comunidad todo depende del punto de saber si la renta puede ser enajenada, y esto no es dudoso y decide la cuestión, ya sea que se considere el activo social como perteneciendo á una persona moral en virtud de una enajenación ya que se vea en esto una simple indivisión. (2)

216. Los muebles futuros entran en la comunidad cualquiera que sea el título de su adquisición. Si fué á título oneroso, forman una adquisición mobiliar y se aplican los

1 Toullier, t. VI, 2, pág. 110, núm. 110. Zachariæ solo afirmó así. Véase en sentido contrario, Duveyrier, acerca de Toullier, pág. 119, nota a y todos los autores.

2 Denegada, 30 de Abril de 1862 (Dalloz, 1862, 1, 522).

principios que rigen á los gananciales propiamente dichos. Una mujer pretendía, cuando la liquidación de la comunidad, que se le atribuyeran exclusivamente los utensilios de plata como habiéndolos comprado con su dinero: el proceso fué seguido hasta en casación. Se comprende que la tal pretensión fué denegada. Los bienes que adquieren los esposos durante el matrimonio entran en la comunidad, porque la ley supone que se compran con dinero común. Si uno de los esposos tiene dinero propio ¿podrá convertirlo en inmuebles propios? Sí, en la opinión general: nó, en la nuestra. Volveremos en este punto al tratar del reemplazo. La ley no habla del reemplazo mueble; en todo caso, no lo puede haber cuando un objeto mueble fué comprado con el dinero propio de uno de los esposos; este dinero, como cosa consumible, pertenece á la comunidad; es por ficción por lo que la ley admite un reemplazo; esta ficción es extraña á la compra de cosas muebles hecha por la mujer con dinero que le es propio; luego estas cosas quedan en el derecho común y se vuelven gananciales. (1)

217. En cuanto á los objetos muebles adquiridos á título gratuito, el art. 1,401 dice que la comunidad comprende el mobiliar que toque á los esposos durante el matrimonio á título de sucesión ó aun de donación. La ley parece considerar la donacion como un título más personal que la sucesión. Esto no es exacto, ó cuando menos no es este el espíritu del antiguo derecho. Dios hace á los herederos; luego esto es un derecho inherente á la personalidad humana; si las costumbres hubieran sido lógicas, hubieran excluido de la comunidad las sucesiones mobiliarias; si no lo han hecho así, es porque en la época en que se estableció la comunidad, los valores mobiliarios no tenían ninguna importancia.

Se pudiera decir de las donaciones que se hacen por efecto personal al donatario y no deben, por consiguiente, apro-

vechar sino á él. Si entran en la comunidad, es como consecuencia del principio jurídico que hace entrar en ella todos los muebles presentes y futuros. La ley tiene en cuenta, sin embargo, los sentimientos del donante permitiéndole dar á condición de que la cosa dada no entrará en la comunidad (art. 1,401, 1.º).

La ley nada dice de los legados, están comprendidos en la expresión de *donaciones*, los legados siendo también una especie de donación. Fué sentenciado que el legado de una renta vitalicia hecho á uno de los esposos cae en la comunidad, á no ser que el testador haya expresado una voluntad contraria. Volveremos á la excepción que la Corte admitió en el caso, fundándose en las circunstancias de la causa. (1)

218. Las rentas vitalicias constituidas por los esposos ó por uno de ellos, presentan dificultades muy serias. (2) Hay un caso en el que todos están acordes. Se supone que la renta fué constituida para ambos esposos ó para uno de ellos únicamente, sin que esté estipulada reversible para el supérstite. Hay lugar á aplicar el derecho común, según el cual todo derecho mobiliario adquirido durante el matrimonio entra en el activo de la comunidad. Se pudiera objetar que se debe consultar la intención de los esposos; al estipular una renta vitalicia en su provecho ó en provecho de uno de ellos, pueden tener la intención de hacerla propia por mitad á cada uno ó á uno de los dos por el todo. ¿Qué importa que la renta esté constituida aun con el dinero de la comunidad? El art. 1,437 admite que los esposos tienen propios; pero no pueden, durante la comunidad, pedir prestado, salvo recompensa en interés de propios. Esto es cuando los esposos tienen propios; pero no pueden, durante la comunidad, crearse un propio haciendo una adquisición que les sea personal; el art. 1,437 no dice esto, y ni pudiera haberlo dicho sin po-

1 Gante, 2 de Julio de 1852 (*Pasicrisia*, 1854, 2, 66).

2 Véase una Disertación de Mourlon en el *Repertorio periódico* de Dalloz, 865, 2, 73, nota.

nerse en oposición con un principio fundamental del régimen de la comunidad, como de los demás regímenes, el principio de la irrevocabilidad de las convenciones matrimoniales. ¿Qué dice el art. 1,404, tal cual se le interpreta universalmente? Que los muebles adquiridos durante el matrimonio entran en el activo de la comunidad. Esta es una convención matrimonial que no puede ser cambiada. No está, pues, permitido á los esposos transformar en propio un bien que el contrato de los esposos declara bien de la comunidad. Y tal sería el efecto de la constitución de renta si los esposos pudiesen estipular que les quedará en propio por mitad, ó por el todo á uno de ellos. Esto es decisivo. La doctrina y la jurisprudencia están acordes. (1)

219. ¿Qué debe decidirse si la renta ha sido estipulada reversible en provecho del esposo supérstite? En nuestro concepto, la decisión es la misma, porque los motivos son idénticos. La renta adquirida durante el matrimonio es un bien de la comunidad; luego hace parte de la masa que debe ser dividida cuando la disolución de la sociedad conyugal; si se apartase de la comunidad para hacerla propia al esposo supérstite, se transformaría en propio un bien de la comunidad; se violaría, pues, la regla de la irrevocabilidad de las convenciones matrimoniales.

Se ha tratado de conciliar la voluntad de los constituyentes que parece asegurar la renta por el todo al supérstite, con los principios que piden que la renta esté comprendida en el activo de la comunidad y repartida entre el supérstite y los herederos del esposo difunto; el supérstite, se dice, tendrá derecho á la renta entera; pero con cargo de recompensa hácia la comunidad. (2) Creemos que los señores

1 Véanse los testimonios en Aubry y Rau, t. V, pág. 283, nota 9, pfo. 507, y en la Disertación de Mourlon (Dalloz, 1865, 2, 74, nota).

2 Esta es la opinión de Pont, *Pequeños contratos*, t. I, núm. 901. Aubry y Rau habían adoptado esta opinión en sus primeras ediciones, la han abandonado en la última (t. V, pág. 283, nota 9). Hay una sentencia en el mismo sentido (Mourlon, Disertación, en Dalloz, 1875, 2, 74).



Aubry y Rau han tenido razón en abandonar esta opinión que habían enseñado en sus primeras ediciones. Es verdad que los esposos deben compensación á la comunidad por el provecho personal que les toca. Pero esto supone que dicho provecho es legítimo. Y esta es precisamente la dificultad. ¿Está permitido estipular que un bien de comunidad será propio á uno de los esposos? Nó; luego este sistema se derrumba por su base. Debe agregarse que ni siquiera da satisfacción á la voluntad de las partes contratantes que se supone han querido atribuir la renta al supérstite. En efecto, éste toma la mitad de la renta como esposo común en bienes, y toma la otra mitad en virtud de la estipulación de reversibilidad; ¿pero de qué le aprovechará esta cláusula? De nada, puesto que debe devolver á título de indemnización á los herederos de su cónyuge, la mitad de las rentas de cada año desde la muerte de éste.

Se da otra interpretación á la cláusula de reversibilidad. La mayor parte de los autores reconocen que la renta constituye un bien de comunidad, pero, según ellos, no quedará comprendida en la masa del reparto: el supérstite solo tendrá derecho á ella sin compensación. (1) Esta opinión conduce á una singular anomalía: es que la renta sería á la vez un bien de la comunidad y un propio. Esto es imposible; si la renta es un bien de comunidad, debe estar comprendida en el reparto y se invocará en vano el acta constitutiva de la renta; las partes contratantes no tienen el derecho de transformar una ganancial en propio.

Se ha propuesto otra interpretación de la cláusula de la reversibilidad: se dice que es una donación eventual que se hacen los esposos uno á otro. (2) Esta opinión se concibe

1 Esta es la opinión de Duranton, de Troplong, de Massé y Vergé según Zachariæ (véanse las citaciones en Dalloz, 1865, 2, 75). Compárese Besancou, 23 de Mayo de 1871 (Dalloz, 1872, 2, 215).

2 Labbé, en el *Diario de Palacio*, 1865, t. I, pág. 85. En sentido contrario, Mourlon, Disertación precitada, nota 1.

con la irrevocabilidad de las convenciones matrimoniales; en efecto, este principio no se opone á que los esposos dispongan de las cosas comunes (núms. 67 y 72). Queda por saber si es verdad que la cláusula contiene una liberalidad<sup>1</sup>. El contrato es aleatorio, y un contrato tal, no es una dònación, es una acta á título oneroso; se queda, pues, bajo el imperio del derecho común; es decir, que los esposos quieren transformar en propio un bien de la comunidad, lo que no tienen derecho de hacer.

Nuestra conclusión es que, á pesar de la cláusula de reversibilidad, la renta será un bien de la comunidad y quedará comprendida en la masa repartible. Esto es decir que la cláusula no tendrá ningún efecto en provecho del superstite, puesto que es contraria al principio de la irrevocabilidad de las convenciones matrimoniales. (1)

220. Los derechos muebles caen en la comunidad, aunque estén afectados de una condición. En principio, esto no tiene ninguna duda: la condición no cambia la naturaleza del derecho, y desde que el derecho es mueble, entra en la comunidad; de hecho, puede suceder que la condición no se cumpla sino después de la disolución de la comunidad; poco importa. La retroactividad de la condición contesta á esta dificultad: la condición retrotrayendo el derecho, existe desde el día en que nació, por consiguiente, antes del matrimonio ó durante él. Tal sería la venta de un inmueble hecha por uno de los esposos antes de su matrimonio; el precio caerá, sin embargo, en la comunidad, pues se le debía al esposo cuando su matrimonio, puesto que por efecto de la retroacción de la condición, la venta existe desde el día en que fué contraída y no desde el día en que la condición se cumple. (2)

221. Las obligaciones de hacer ¿son mobiliarias? No hay

1 Esta es la opinión de Mourlon y de Aubry y Rau, (edición de 1872).

2 Duranton, t. XIV, pág. 124, núm. 109 y todos los autores.

ninguna duda cuando la obligación tiene por objeto una cosa mueble. La cuestión está controvertida cuando el deudor se ha obligado á prestar un inmueble. La hemos examinado en el segundo libro, decidiéndola afirmativamente (t. V, núm. 495). El derecho del acreedor es, pues, mueble y entra en la comunidad. (1)

222. Por aplicación de este principio, Pothier coloca el derecho de arrendamiento entre los derechos muebles que caen en la comunidad. En efecto, el arrendatario tiene contra el propietario un derecho de crédito para tener el goce de lo que le arrendaron. Su derecho no lo es de cosa, es uno de esos derechos reales que faccionan á la propiedad y que son inmobiliarios cuando la cosa en que recaen es inmueble. El propietario no enajena ninguna parte del inmueble, solo se obliga á dejar gozar de él al arrendatario. Pothier invoca una ley romana que decide que el comprador no está obligado á mantener el arrendamiento y que puede expulsar al arrendatario. (2) En este punto el Código deroga al derecho romano; según los términos del art. 1,743, si el propietario vende la cosa arrendada, el adquirente no puede expulsar al arrendatario que tiene contrato auténtico ó del que la fecha es segura. Troplong, prevaleciéndose de esta innovación, ha sostenido que la naturaleza del derecho de arrendamiento ha cambiado y que de personal que era, se volvió real. La paradoja no encontró eco; el autor se queja de ello con amargura en su tratado *Del Contrato de Matrimonio* (núm. 402): «su opinión, dice, encuentra todavía muchos recalcitrantes; pero cuando el tiempo habrá madurado esta cuestión, se extrañará que una idea tan sencilla haya tenido tanto trabajo para vencer á la rutina.» Lo que Troplong llama *rutina* era una verdad evidente para Duranton, y el reproche de ser rutineros no impidió que los señores Rodière-

1 En sentido contrario, Rodière y Pont, t. I, pág. 317, núm. 391.

2 Pothier, *Del contrato de matrimonio*, núm. 74.

re y Pont sostuvieran la doctrina tradicional como *evidente*; (1) diremos en el título *Del Arrendamiento* que tal es la opinión generalmente enseñada por los autores y consagrada por la jurisprudencia.

223. El art. 529, que enumera los derechos mobiliarios, solo habla de los derechos de crédito. Hay también derechos reales que son muebles. Los derechos de propiedad que se ejercen en una cosa mueble son un derecho mobiliario; tal sería el derecho de uno de los cónyuges en una sucesión mobiliaria. El usufructo es igualmente un derecho mueble cuando recae en cosa mueble y, como tal, cae en la comunidad. Veremos más adelante aplicaciones de este principio.

224. La ley no menciona entre los objetos que caen en la comunidad, al producto del trabajo de los esposos. ¿Será esto un olvido, ó el legislador pensó que no era necesario decirlo? El art. 1,498 menciona la *industria común* de los esposos, y lo que dice el Código de la comunidad de gananciales, se aplica sin ninguna duda á la comunidad legal; el trabajo es una utilidad mueble, y todo lo que es mueble cae en la comunidad. La mayor parte de las comunidades solo se componen del trabajo de los cónyuges, porque es el único bien que los esposos poseen; este bien conduce á todo, es el principio de la riqueza y el apoyo de la moral.

Los productos de cualesquiera trabajos caen en la comunidad. Ordinariamente, es el trabajo manual ó industrial. (2) Tales son los beneficios resultando de una empresa formada antes ó durante el matrimonio. ¿Qué debe decidirse si la empresa continúa después de la disolución de la comunidad? La ley prevee la dificultad para las sociedades ordinarias: Según los términos del art. 1,868, el heredero de un socio no

1 Duranton, t. XIV, pág. 157, núm. 126. Rodière y Pont, t. I, pág. 320, número 392.

2 Los fondos de comercio son derechos muebles que entran en la comunidad? Véase el tomo V de mis *Principios*, pág. 751, núm. 513.

participa de los derechos ulteriores; es decir, de aquellos que nacen después de la muerte sino cuando son una continuación necesaria de lo que se hizo antes de la muerte del socio á quien sucede. Esta disposición, fundada en derecho y en equidad, puede, por vía de analogía, recibir su aplicación á la comunidad. La Corte de Casación lo sentenció así, pero al decidir, en el caso, no había lugar á aplicar el artículo 1,868. Se trataba de trabajos que hacía ejecutar el Estado en la cárcel y en el palacio de justicia de la ciudad de Caen; el marido los había adjudicado, y los herederos de la mujer pidieron que se hicieran entrar en la masa las utilidades realizadas después de su muerte, habiendo comenzado la empresa durante la comunidad. Fué sentenciado que no se podía considerar como una consecuencia necesaria y obligada de una empresa de trabajos públicos, á unos trabajos ejecutados desde la disolución de la comunidad, cuando la empresa, en el caso, era un trato con serie de precios cuyos resultados se liquidaban cada quince días y constituían en realidad una serie de empresas distintas. (1)

225. El trabajo intelectual da lugar á algunas dificultades. Las funciones públicas no siendo de comercio, no se necesita decir que la función que ejerce el marido no entra en la sociedad. Hay excepciones, según la legislación francesa, para los oficios en favor de los que la ley de 28 de Abril de 1816 ha establecido la facultad de presentación; estos oficios, como lo hemos dicho en el libro II (t. V, núm. 511), están considerados como derechos mobiliarios que entran en la comunidad. (2) En cuanto á los demás funcionarios, los emolumentos que producen, siendo un derecho mueble producido por el trabajo del esposo, se les aplica la regla general. Lo mismo sucede con las gratificaciones extraordinarias que se concedieren al marido por razón de sus funciones:

1 Denegada, 19 de Diciembre de 1851 (Dalloz, 1851, 1, 315).

2 Compárese Rodière y Pont, t. I, pág. 362, núm. 447. Troplong, t. I, página 174, núms. 412 y 413.

siempre es una ganancia mueble. Fué sentenciado que una gratificación de 25,000 francos concedida por el Emperador en 1808 al general Razout por servicios prestados en las jornadas de Ulm y Austerlitz deberán ser comprendidas en la comunidad. Igual decisión para las rentas concedidas á los heridos de Julio. (1) Es de notar que, en ambos casos, los esposos habían estipulado la comunidad de gananciales, y el contrato de matrimonio excluía todo lo que adviniera á los esposos por sucesión, donación, legado ó *de otro modo*. Se invocaba esta última expresión como aplicándose á las gratificaciones otorgadas á título gratuito, en el sentido de que el gratificado no tenía ningún derecho á ellas. Esto era malísimamente raciocinar: las recompensas que se ganan derramando la sangre de uno, no son seguramente liberalidades, solo los valores adquiridos á título gratuito eran los que los esposos pretendían excluir de la comunidad, conforme al art. 1,492.

Hay, sin embargo, gratificaciones que por su naturaleza están excluidas de la comunidad: son los donativos puramente honoríficos, los recuerdos. Esto fué así sentenciado por la Corte de Bastia. A su paso por la corte, el duque de Orléans había hecho á un vecino de la ciudad el honor de alojarse en su casa habitación; estos son los términos de la sentencia; el duque le mandó una tabaquera de oro y la carta que acompañada el donativo; debían permanecer en la familia del donatario como un recuerdo y un título de honor; la Corte rechazó las pretensiones de la viuda que quería que la tabaquera fuera comprendida en la masa divisible. (2)

226. ¿La propiedad literaria es un derecho mobiliario que entra en la comunidad? Hemos examinado la cuestión al tratar de la división de los bienes (t. V, núm. 512). (3) Ha

1 Denegada, 7 de Noviembre de 1827; Colmar, 20 de Diciembre de 1832 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 2,592).

2 Bastia, 26 de Febrero de 1840 (Dalloz, *ibid.*, núm. 663).

3 Compárese Aubry y Rau, t. V, pág. 248, nota 11, pfo. 507, y las autoridades que citan.

sido juzgado por una sentencia reciente de la Corte de Casación que el derecho reservado á la viuda de un autor y á sus hijos, por veinte años, por el decreto de 20 de Febrero de 1810, recibía su aplicación á la reproducción de una obra impresa y grabada; en el caso, se trataba de las obras musicales de Clemente; el compositor, estando casado sin contrato, el derecho de reproducción de sus obras fué reconocido á su viuda y á sus hijos en virtud del decreto precitado. (1)

*Núm. 2. Aplicaciones.*

227. ¿Comprende la comunidad los muebles corporales destinado al uso particular de uno de los esposos? Sí, y sin ninguna duda. En efecto, el principio es que todos los muebles presentes y futuros entran en la comunidad. Se necesitaría una disposición terminante para que el tocador de la mujer ó la biblioteca del marido fuesen excluidos de ella; y esta excepción no existe, lo que decide la cuestión. El art. 1,492 prueba al contrario que la ley entiende no aceptar nada. La mujer que renuncia pierde todo derecho á los muebles que han entrado en la comunidad por su parte; solo *saca*, dice la ley, la ropa de su uso. Luego la ropa hace parte de la comunidad y se hace en principio propiedad del marido cuando la mujer renuncia. Se dice que, en la práctica, el supérstite de los esposos guarda sin indemnización los objetos que más especialmente son de uso personal. Esto solo puede ser así con el consentimiento de las partes interesadas, y si los herederos del difunto lo consienten sin compensación, hacen una verdadera liberalidad al supérstite. Hay, pues, que cuidarse de considerar estos acomodos como un derecho. Trolong cita las palabras de Coquille: "La costumbre de Tours (art. 307) pone una hermosa y honorable limitación que merece generalizarse; esta es que el supérstite tiene l. ventaja de sus vestidos cuotidianos y de los domingos, y si es noble,

1 Denegada, 11 de Marzo de 1873 (Dalloz, 1873, 1, 246).

también le tocan sus armas preciosas, y si es letrado, sus libros, por razón que existe afecto particular por estos muebles y que el supérstite los ve dividir con sentimiento." Troplong agrega: "Ninguna disposición del Código Civil ha conservado este uso de la costumbre Torenna, pero es tan piadosa que no quisiéramos contestarla." La piedad no es una ley, y Coquille se cuida muy bien de decir que la disposición de una costumbre debe ser observada como derecho común; resultaría realmente un precipuo en provecho del supérstite, y solo puede existir éste en virtud de una cláusula del contrato de matrimonio. Esto es tan evidente que es inútil insistir en ello. (1) Pero este precipuo establecido por la costumbre de Tours es tan natural que el legislador debiera haberlo conservado.

228. ¿A quién pertenece el tesoro descubierto en el fundo propio á uno de los esposos? Esta es una cuestión muy controvertida; nos parece que la solución es fácil si se atiende uno á los principios que rigen el tesoro y la comunidad. El tesoro pertenece por mitad á quien lo encontró y al propietario del fundo (art. 716). En cuanto á la mitad atribuida al descubridor, no hay mucha duda; es un donativo de la fortuna, una ganancial mueble que, con este título, entra en la comunidad, puesto que ésta comprende todos los bienes muebles futuros cualquiera que sea el título de su adquisición. Pero acerca de la mitad que la ley atribuye al propietario del fundo, hay una gran controversia. Debe verse por qué la ley decide que pertenece al propietario. Esta supone que la cosa fué escondida en el fundo en que se encuentra por los antepasados del que lo posee actualmente. Esto es, pues, una restitución que es debida en parte á la fortuna y en parte á la ley. Con este título, el tesoro debe entrar en la comunidad como toda ganancial mueble.

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 282, y nota 3. Troplong, t. I, pág. 182, números 447 y 448.



Se opone la autoridad de Pothier. Según el derecho antiguo, la tercera parte del tesoro era atribuido al propietario del fundo; Pothier dice que esta tercera parte no debe entrar en la comunidad, porque es algo que procede de la herencia propia del cónyuge y que esto no es un fruto. (1) La razón no es buena. El tesoro no proviene del fundo, como las minas; se encuentra en él mediante un depósito que fué hecho; luego por un hecho accidental, y no resulta de este depósito que la cosa sea el accesorio del fundo; el Código no considera al tesoro como un accesorio, pues no se trata de él en el capítulo *De la Accesión*; trata de él en el capítulo de las disposiciones generales del título III, en ocasión del descubrimiento y de la invención que son unos de los modos de la adquisición de la propiedad. Así, el Código considera la adquisición del tesoro, aun en lo que concierne á la parte reservada al propietario del fundo, como un efecto del descubrimiento; es decir, como un donativo de la fortuna; es al descubrimiento tanto como á la ley como el propietario debe la mitad del tesoro. Debe agregarse que la opinión de Pothier no puede ser invocada como tradición; la mayor parte de los autores antiguos enseñaban que la parte del tesoro que las costumbres señalaban al propietario del fundo entraba en la comunidad, y estos daban una razón que es decisiva: el tesoro es un mueble, y todos los objetos muebles caen en la comunidad, á no ser que la ley los declare propios. (2)

229. Cuando dos cosas de las que una es inmueble y la otra mueble, están debidas bajo una alternativa, ¿entrará el derecho que de ello resulta en la comunidad? Hemos dicho en otro lugar (t. XVII, núm. 228) que la naturaleza del crédito está determinada por el pago; es inmueble si el in-

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 98. En este sentido, Aubry y Rau y Colmet de Sauterre, t. VI, pág. 50, núm. 21 bis VI.

2 Véanse los testimonios de los antiguos autores en Rodière y Pont, t. I, págs. 372 y siguientes.

mueble es lo que se paga, y, en este caso, quedará propio al esposo acreedor; es mueble, si el mueble es el que se paga, y, en este caso, entrará en la comunidad.

Si el crédito es facultativo, la naturaleza de la cosa debida reglamentará la calidad del derecho; no se considera la naturaleza de la cosa que el deudor se ha reservado pagar y que paga, pues esta cosa no es debida. Aunque el donante pagare un inmueble, el crédito entraría en la comunidad si tuviere por objeto una cosa mueble con facultad de pagar un inmueble. Transladamos á lo que fué dicho en el título *De las Obligaciones*. (1)

230. Uno de los cónyuges ha vendido antes de su matrimonio un inmueble; ¿el precio aún debido entra en la comunidad? La cuestión estaba controvertida en el derecho antiguo. Lebrun sostenía que el precio representaba la herencia vendida; puesto que el inmueble no hubiera entrado en la comunidad, tampoco debe entrar en ella el precio de su venta. Esto es argüir muy mal. Para considerar si una cosa es mueble ó inmueble, debe considerarse la naturaleza de la cosa, sin tomar en cuenta la causa de que procede el crédito. Y en el caso, el crédito tiene por objeto una cosa mueble; esto es, pues, mueble y entra en la comunidad. Esta era la opinión de Pothier, y ha sido seguida por los autores modernos. (2)

Otra es la cuestión de saber si el precio del inmueble vendido queda propio cuando la venta se hace en el intervalo de tiempo entre el contrato de matrimonio que estipula la comunidad, y la celebración del matrimonio. En nuestro concepto, el precio queda propio en este caso; volveremos á la cuestión al tratar de los bienes que no entran en la comunidad.

231. Un inmueble se vende con pacto de recompra. El ad-

1 Pothier, *De la comunidad*, núms. 74 y 75.

2 Pothier, *De la comunidad*, núm. 77. Duranton, t. XIV, pág. 128, número 211 y todos los autores.

quirente muere antes del ejercicio del pacto. ¿Cuál es la naturaleza del derecho que transmite á sus herederos? El es propietario bajo condición resolutoria; hay, pues, un derecho inmueble pero resoluble. Si el vendedor ejerce la compra, el derecho del adquirente se resuelve, y la resolución retrotrae como todas las condiciones resolutorias. Por consiguiente, la venta es como si nunca hubiera existido; el comprador ó sus herederos solo tiene un derecho á la devolución del precio; la suma restituida al adquirente es como si le hubiese pertenecido siempre; luego solo tiene un derecho mueble, y, por consiguiente, el precio del inmueble debe figurar entre los valores mobiliarios que componen la comunidad. El notario liquidador había procedido así en un caso que fué presentado ante la Corte de Rennes. Pero el primer juez, admitiendo el principio incontestable de que la venta con cláusula de recompra es una venta con condición resolutoria, decidió que el derecho de los herederos del comprador se había fijado á la muerte de su autor; y en este momento el comprador era propietario del inmueble; había, pues, transmitido á sus herederos un derecho inmueble. Derecho inmobiliario, sí, pero resoluble, pues la condición pasa á los herederos con el derecho que afecta; y la condición cumpliéndose, retrotrae, y á consecuencia de la retroacción, nunca hubo venta, ni derecho inmobiliario. (1)

232. Uno de los cónyuges casado en segundas nupcias tiene una recompensa que ejercer en una comunidad precedente, por un inmueble propio que fué vendido durante el matrimonio, y cuyo precio fué puesto en la masa. ¿Entra este derecho en la comunidad? Debe aplicarse el principio de Pothier (núm. 230); la naturaleza del derecho se determina, no por la causa de que procede, sino por su objeto; la devolución tiene por objeto una suma de dinero; luego es mueble. Volveremos á esta cuestión al tratar de las devoluciones.

1 Rennes, 6 de Abril de 1870 (Dalloz, 1871, 2, 67).

233. En cuanto á la parte de un esposo en una comunidad, ó en una sucesión ó sociedad, hay que distinguir. Si la masa es repartible ó el fondo social es exclusivamente mueble, el derecho del cónyuge lo es también. Pero ¿qué debe decidirse si el activo social ó la masa repartible se compone de muebles y de inmuebles? La dificultad está en saber si se debe aplicar, en este caso, el art. 883, según los términos del cual cada coheredero está como habiendo sucedido solo ó inmediatamente en todos los efectos comprendidos en su lote, y no haber tenido nunca la propiedad de los demás efectos de la sucesión. Si se aplica el principio del reparto declarativo, la decisión será muy sencilla; todo dependerá del resultado del reparto; los muebles que serán puestos en el lote del cónyuge entrarán en la comunidad; los inmuebles le quedarán en propios. Esta es la opinión casi unánime de los autores, y está consagrada por la jurisprudencia. (1) Lo que da un gran pero á la opinión general, es que Pothier la profesaba; sin embargo, esta autoridad no es decisiva, pues Lebrun era de contrario parecer y no le faltaban buenas razones.

La solución de la cuestión depende de la interpretación que se da al art. 383. Este es uno de los más difíciles puntos de nuestro derecho hereditario. Hemos enseñado que el artículo 883 establece una regla general, pero esta regla, consagrandó una ficción, debe ser restringida en los límites de la ley (t. X, núm. 484). Desgraciadamente los autores del Código no nos dieron á conocer el objeto y alcance de la ficción, y como la tradición está igualmente incierta, la doctrina se vuelve pura teoría, lo que necesariamente la hace arbitraria. No obstante, debemos conservarnos fieles á nuestro principio que creemos incontestable. La ficción del artículo 383 está establecida en el título *De las Sucesiones*; re-

1 Véanse los testimonios en Aubry y Rau, t. V, pág. 567, nota 29, pfo. 625. Aubry y Rau profesan la opinión contraria, la que ha sido enseñada por Valette (Mourlon, *Repeticiones*, t. III, pág. 23, núm. 56).

glamenta las relaciones de los coherederos entre sí y sus relaciones con los terceros que con ellos tratan acerca de los objetos hereditarios. ¿Debe recibir su aplicación á la composición activa de la comunidad? Las reglas que rigen la comunidad tienen por objeto hacer entrar en la asociación conyugal la fortuna mueble de cada esposo, y excluir su fortuna inmueble. No depende de los esposos el modificar el activo de la comunidad durante el matrimonio, transformando sus propios en bienes comunes. Y como una sucesión es parte mueble, parte inmueble, el cónyuge tiene, cuando la apertura de la sucesión, un derecho en los muebles y en los inmuebles; el derecho que tiene en los muebles es un derecho mobiliario que debe entrar en el activo de la comunidad; ¿puede el reparto, poniendo inmuebles en el lote del cónyuge, quitar á la comunidad el derecho que tenía en los muebles de la sucesión? Si se atiende uno á los principios de la comunidad, la negativa es segura. ¿Acaso la ficción del reparto declarativo modifica las reglas de la comunidad? En teoría, y nos hallamos en su terreno, debe decirse que la ficción del art. 883 es extraña á la comunidad. Cuando se trata de determinar si tal bien entra ó no en la comunidad, debe verse cuál es la naturaleza del derecho en el momento en que lo adquiere el esposo; si una ficción viene después á cambiar la naturaleza del derecho, ésta no puede quitar á la comunidad un derecho que procede de las convenciones matrimoniales; la verdad debe aquí triunfar de la ficción. El activo de una sucesión es de 100,000 francos; el esposo es heredero por una cuarta parte; hay en la sucesión muebles por 20,000 francos. ¿Cuál es el derecho de la comunidad? Tiene derecho á 5,000 francos. Llega el reparto que da á los esposos solo inmuebles. Si se aplica la ficción del art. 883, resultará que este valor de 5,000 francos que debía entrar en la comunidad, le quedará en propio; el esposo se apropiará, pues, un valor que, en

virtud de las convenciones matrimoniales, debía aprovechar á la comunidad. Este valor entra en el patrimonio del esposo bajo la forma de muebles. La ficción conduce, pues, á modificar las convenciones matrimoniales. Esto es decir que la ficción está en conflicto con la realidad y con los derechos convencionales. En nuestro concepto, la ficción no puede tener este efecto, porque sería extenderla fuera de los límites para los que fué establecida. Aquí está el punto dudoso. ¿Cuáles son estos límites? Hemos contestado en el nombre de la teoría. Pero esta teoría puede ser contestada. La incertidumbre subsiste, pues, y entendemos que la jurisprudencia para ponerle fin se haya apegado al art. 883 como á una regla invariable. Sin embargo, la jurisprudencia también deja algunas dudas, pues no admite la aplicación absoluta de la ficción en todos los casos que pueden presentarse. (1) Esto implica la necesidad de una distinción, de suerte que vuelve á presentarse la dificultad.

234. El art. 529 contiene una disposición especial concerniente á las acciones ó intereses de las compañías financieras de comercio y de industria; el Código las coloca entre los bienes que se reputan muebles por determinación de la ley; estos derechos entran, pues, en la comunidad. Se presentan grandes dificultades en la aplicación del principio; las hemos examinado en el título *De la distinción de bienes*, que es el sitio de esta materia (t. V, núms. 502, 506).

235. Los seguros de vida toman cada día una extensión creciente; importa determinar la naturaleza de los derechos que resultan de ellos. Estas convenciones han sido objeto de mucho menosprecio, durante largo tiempo, cuando menos en Francia. Portalis las condena en su Exposición de los motivos de los contratos aleatorios. «Semejantes actas, dice, son viciosas en sí y no ofrecen ningún objeto de utilidad que pueda compensar los vicios y los abusos de que son

1 Compárese Denegada, 11 de Diciembre de 1850 (Dalloz, 1851, 1, 287).

susceptibles." Dupin, en una célebre requisitoria, contesta la validez de los contratos de seguros de vida. No tenemos para qué entrar en estos debates, están resueltos; (1) la doctrina y la jurisprudencia están acordes en reconocer que estas convenciones son válidas. Queda por saber cuál es el efecto de ellas bajo el punto de vista de la comunidad: ¿Entran en ella ó son propios de los herederos?

La jurisprudencia se pronunció primero en favor de los herederos; no es para él como estipula el asegurado, se dice, puesto que su derecho comienza á su muerte: es para sus herederos. De esto se concluía que el derecho al capital del seguro no entra en el patrimonio del asegurado por consiguiente, no hace parte de la comunidad, aunque ésta haya pagado los abonos. (2) Es inútil detenerse en esta primera fase de la jurisprudencia. La Corte de Casación ha consagrado la opinión contraria, la que en nuestro concepto es la buena. La cuestión se ha desde luego presentado bajo el punto de vista fiscal. Una persona muerta el 7 de Octubre de 1867, había contratado un seguro de vida en virtud del que, mediante un abono anual de 430 francos, se pagaría un capital de 20,000 francos á sus legatarios en los cuatro meses después de su muerte; la póliza fué subscripta el 12 de Marzo de dicho año. Cuestión de saber si los herederos debían pagar un derecho de mutación por el capital del seguro. Sentenciada negativamente por el Tribunal de Primera Instancia, fué decidida en provecho del fisco por la Corte de Casación. La Corte pone en principio que el derecho á la suma de 20,000 francos que es la representación de los abonos pagados por el asegurado, hizo parte del patrimonio del asegurado quien podía disponer de él y lo había hecho directamente en favor de un legatario, indirectamente en provecho de sus herederos en ca-

1 Véanse los testimonios en el *Repertorio* periódico de Dalloz, 1872, 1, 209, nota.

2 Paris, 5 de Abril de 1867 (Dalloz, 1867, 2, 62).

so de renuncia por parte del legatario, lo que era el caso. (1) Nos atendremos al principio sin atender á la aplicación que la Corte de Casación hace al fisco. El principio nos parece incuestionable. Solo se puede disponer de un derecho cuando se es propietario de él; y las pólizas de seguro reconocen al asegurado el derecho de disponer del capital; luego el capital está en su dominio. Si se admite el principio, la consecuencia que resulta en cuanto á la comunidad es evidente. El derecho es mueble, y pertenece al asegurado; entra, pues, en el activo de la comunidad. La Corte de Casación, en una sentencia reciente, lo sentenció así para la comunidad de gananciales, y no es necesario decir que lo mismo sucede con la comunidad legal, puesto que el motivo para decidir es idéntico. La sentencia de la Sala Civil comienza con asentar el principio de que los contratos de seguro de vida, inspirados por un justo sentimiento de previsión, tienen una causa muy lícita. ¿Cuáles son los principios que los rigen? Nuestras leyes no prevén esta convención: esto equivale á decir que quedan bajo el imperio de los principios generales que rigen á las obligaciones convencionales. La Corte de Casación analiza después el contrato de seguro de vida. Este es aleatorio en el sentido de que el pago de los abonos tiene una duración indeterminada que depende de la casualidad, la época de la muerte; en cuanto á la obligación que contrae la compañía hácia el asegurado, nada tiene de aleatorio, el monto está fijado por la póliza, y es invariable cualquiera que sea la duración de la vida del asegurado. Resulta que el derecho de este último al capital fijado, le es adquirido irrevocablemente desde el día del contrato; solo la exigibilidad es la que se difiere hasta el día de su muerte. Y un derecho adquirido, aunque solo exigible después de la muerte del acreedor, está en su patrimonio; las pólizas lo reconocen así, puesto que estipulan que el capital es pagadero á los herederos, ó á la

1 Casación, 7 de Febrero de 1872 (Dalloz, 1872, 1, 209).



orden del asegurado ó á las personas que se reserva indicar.

La primera jurisprudencia partía de otro principio: invocaba el art. 1,121, según los términos del cual el estipulante tiene derecho de conferir á terceros el beneficio de su contrato. Sin duda, pero la cuestión está en saber si el asegurado usa de ese derecho al estipular que el pago se hará á sus herederos, ó á su orden, ó á un tercero que él designará. Y es seguro que el art. 1,121 supone que el tercero en provecho del cual se estipula, es determinado, pues la estipulación es una promesa, y ésta no se hace á una persona indeterminada. Luego debe apartarse el art. 1,121, por consiguiente, no puede decirse, como lo hacía la primera jurisprudencia, que los herederos son los verdaderos beneficiados. Nó, solo son los legatarios del asegurado, recogen el capital en calidad de herederos en virtud del derecho común formulado por el art. 1,122, según el cual se estipula por sí y por sus herederos. Y los herederos solo recogen los derechos que se encuentran en el patrimonio del difunto. Y si el derecho estaba en su patrimonio, debe estar comprendido en su comunidad á título de derecho mobiliario.

236. Recientemente se presentó una dificultad singular concerniente á la composición activa de la comunidad; no prueba en favor de la moralidad de nuestra época. Una mujer fué sorprendida en flagrante delito de adulterio. El marido, un notario, se hizo pagar una suma de 25,000 francos por el cómplice, á título de reparación civil. Después de la separación de cuerpos, se liquida la comunidad. La mujer tiene la imprudencia de pedir que los 25,000 francos estén comprendidos en ella, y además, que este valor, habiendo sido, según ella, retenido ó mal versado por su marido, concluye á que dicha suma le sea atribuida por el todo en los términos del art. 1,477. La Corte de Rennes desechó esta escandalosa reclamación por los siguientes motivos. Esta-

blece primero que el derecho del marido á la suma que se obligó á pagar el culpable por transacción, constituye un crédito que le es propio. La mujer, dice la sentencia, no solo fué cómplice, sino el autor principal del más cruel ultraje que pueda hacerse al honor del marido; y el honor del marido y su derecho para que se respete la fe conyugal, constituyen el más personal de los créditos; la reparación del adulterio pertenece al marido á título de crédito propio. La sentencia agrega que la mujer no es de admitirse por causa de indignidad, á reclamar ninguna parte del precio de su culpa y de su propia deshonra. En seguida, la Corte trata de probar que la mujer en lugar de ser acreedora es deudora: culpable de adulterio, queda obligada solidariamente con su cómplice, á la reparación del perjuicio material y moral que resulta para el marido; y ¿se concibe que la mujer transforme su deuda en crédito y repita lo que fué pagado tanto para él como para ella, por su codeudor solidario? La mujer se atrevió á proveerse en casación. Admitida por la Sala de requisiciones, el recurso fué desechado por la Sala Civil. La Corte evitó entrar en el fondo del debate, apartando á la mujer por el *no ha lugar* que la sentencia le había opuesto: «Nadie puede ser oído en justicia alegando su propia falta.» (1) Este es el grito de la conciencia y del sentido moral ultrajados. ¿Pero está la sentencia en armonía con el derecho? Dudamos de ello, pero no tenemos el valor de criticarla. Notemos solo, por lo que toca á la sentencia de la Corte de Casación, que ningún texto consagra la máxima en la que funda su *no ha lugar*; y no se puede rechazar una demanda judicial sin texto terminante.

## § II.—DE LOS FRUTOS.

### *Núm. 1. Principio.*

237. Según los términos del art. 1,401, «la comunidad se

1 Denegada, Sala Civil, 5 de Febrero de 1873 (Dalloz, 1873, 1, 209).

compone activamente, 2.º de todos los frutos, réditos y rentas de cualquiera naturaleza que sean, vencidas ó percibidas durante el matrimonio." Se comprende fácilmente por qué los frutos y los productos entran en la comunidad: Todos los cargos del matrimonio, dice Pothier, cayendo en el pasivo de la comunidad, era justo darle los frutos para soportarlos. ¿Pero era necesario mencionar por separado á los frutos? ¿No están éstos comprendidos en los muebles que según el núm. 1 del art. 1,401, entran en la comunidad? Los autores del Código han seguido en este punto la opinión de Pothier. El mismo presenta la objeción que acabamos de formular, y la contesta así: la calidad de fruto no debe confundirse con la calidad de mueble, aunque todo fruto sea una cosa mobiliar; bajo el punto de vista de la comunidad hay que distinguir estas dos calidades. En primer lugar, la calidad de fruto hace entrar en la comunidad ciertas cosas que no hubieran entrado en calidad de muebles. Hay muebles que no entran en la comunidad, como lo diremos más adelante; y si la ley no hubiera mencionado á los frutos, se hubiera podido decir que deberán quedar propios como siendo productos del propio, los frutos perteneciendo en principio al propietario; el art. 1,401, atribuyéndolos á la comunidad, establece, pues, una excepción, y toda excepción debe ser consagrada por la ley. Una disposición expresa era aún más necesaria, dice Pothier, para la comunidad convencional; los esposos pueden excluir sus muebles presentes y futuro; si los frutos estuvieran incluidos en los muebles, resultaría que los frutos también quedarían excluidos; resultado absurdo, puesto que nada quedaría en el activo de la sociedad de bienes. (1)

238. La ley dice. "Los frutos percibidos durante el matrimonio." ¿Debe concluirse de esto con Odier que los fru-

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 204. Compárese Mourlon, t. III, pág. 24, núm. 62. Colmet de Santerre, t. VI, pág. 52, núm. 22 bis IV.

tos percibidos antes ó después de esta época, son ó se vuelven propios? Se entiende que los frutos percibidos después de la disolución del matrimonio no pueden entrar en una comunidad que ya no existe; pertenecen al propietario en virtud del art. 547. En cuanto á los frutos percibidos durante el matrimonio, pertenecen igualmente al propietario; pero hay que cuidar de concluir que son propios del esposo propietario, se confunden con sus demás muebles que son también de su patrimonio, y entran con ellos en la comunidad. Esto es elemental, y es inútil insistir en ello. (1)

239. ¿Es de orden público la disposición que atribuye los frutos á la comunidad? Es tan evidente que los esposos pueden derogar á ella, que no se entiende como pueda haberse sostenido lo contrario ante la Corte de Casación de Bélgica; se diría que todos los medios son útiles para proveerse en Casación. La Corte ha contestado citando los textos del Código. El art. 1,497 permite á los esposos modificar la comunidad legal como gusten; pueden excluir de ella á sus bienes muebles presentes y futuros (art. 1,497); ¿por qué no habrían de poder excluir los frutos? ¿Serán éstos de más orden público que los muebles. El art. 1,527 reproduce el principio del art. 1,497, y el art. 1,387 lo había ya formulado. La Corte de Casación cita también el art. 1,401 que permite al donante derogar la comunidad legal, excluyendo de ella los muebles que da á uno de los esposos; por la misma razón, puede reservar al donatario el goce de sus bienes. (2) No insistiremos, es inútil probar cuando la ley ha determinado.

240. ¿Cuáles son los frutos que entran en la comunidad? La cuestión se presenta primero para los bienes que los producen; el art 1,401, núm. 2, responde: "Todos los frutos pro-

1 Rodière y Pont, t. I, pág. 378, núm. 460 y todos los autores. En sentido contrario, Odier, t. I, pág. 193, núm. 92.

2 Denegada, Corte de Casación de Bélgica, 6 de Febrero de 1863 (*Pasicrisia*, 1863, 1, 424).

cediendo de los bienes que pertenecen á los esposos cuando la celebración de su matrimonio, ó los que les tocan durante el matrimonio con cualquier título. « El principio es, pues, que los frutos de los propios entran en la comunidad: En cuanto á los frutos de los bienes que pertenecen á la comunidad, tiene derecho á ellos como propietario (art. 547). Se ha criticado la especie de definición que el art. 1,401 da de los bienes propios; la ley está concebida en términos demasiado generales cuando dice que la comunidad comprende á todos los frutos de los bienes que tocan á los esposos durante el matrimonio, con cualquier título. Diremos más adelante que existen varios de esos que entran en la comunidad, y entonces ésta tiene derecho á los frutos como propietario. (1) Hubiera sido, pues, más sencillo y más justo decir: los frutos de los propios.

La ley dice: los *bienes* que son propios de los esposos, sin distinguir si éstos tienen toda la propiedad ó si solo tienen el usufructo de sus bienes. El usufructo de un inmueble perteneciente á uno de los esposos antes del matrimonio, es también un propio, y, como tal, cae bajo la aplicación del artículo 1,401, núm. 2: los frutos de los bienes gravados de usufructo entran en la comunidad. Esto ha sido contestado, pero sin ningún motivo, á no ser que se confundan los frutos con el derecho que los produce, lo que es contrario á todo principio. El derecho es inmobiliario y propio, con este título; pero los frutos que producen el derecho pertenecen á la comunidad, como los frutos de todos los propios. (2) El caso siguiente puede parecer más dudoso. Los esposos ceden una suma de 40,500 francos, el usufructo de varias tierras cuya propiedad pertenecía á la mujer; el usufructo volvió á la propiedad durante la existencia de la comunidad. Cuando la liquidación de la comunidad, la mujer reclamó una recom-

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 52, núm. 22 bis II.

2 París, 20 de febrero de 1815 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 706).

pensa por el precio del usufructo, siendo éste el desmembramiento de su propiedad, y, por consiguiente, un propio. Fué sentenciado que ninguna compensación se debía. En efecto, la comunidad tenía derecho á los frutos; luego á la suma de 40,500 francos que los representaban; la usufructuaria, habiendo muerto antes de la disolución de la comunidad, nada podía reclamar de este precio, porque no tenía derecho á los frutos. La Corte de Casación agrega que la compensación solo es la reparación de una pérdida sufrida por uno de los cónyuges, y que, en el caso, la mujer no había sufrido ningún perjuicio. (1) Esto prueba que la decisión estaba fundada en equidad tanto como en derecho.

241. La Corte de Casación aplicó el mismo principio á una renta vitalicia propia á uno de los esposos. Es incontestable que los réditos de la renta caen en la comunidad sin compensación, pues en la teoría del Código, los réditos de la renta vitalicia son el producto del derecho á la renta (artículo 588). En el caso, los esposos hicieron con el deudor de la renta una convención que convirtió la renta de 12,000 francos en una suma principal de 24,000 francos. La renta siendo propio de la mujer, el precio de ella le quedaba en propio. Más tarde los esposos adquirieron una finca en 29,000 francos: el acta decía que la adquisición se hacía hasta concurrencia de 24,000 francos para servir de compensación á la mujer; ésta aceptó formalmente la recompensa. Cuando la liquidación de la comunidad, el marido sostuvo que se debía comprender en la masa común, á título de adquisición, el inmueble comprado con la ayuda del dinero procedente de la realización de los réditos de la renta vitalicia que pertenecían á la comunidad. Esta pretensión fué desechada por la Corte de Bourges, por el motivo de que la renta era propio de la mujer. Recurso de casa-

1 Denegada, 31 de Marzo de 1824 (Dallos, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm 707).

ción. La decisión fué casada, y debía serlo. Si el derecho de la renta es propio, los réditos entran en la comunidad. Y en el caso, la mujer acreedora murió la primera, lo que hubiera arrastrado la extinción de la renta si no hubiera sido convertida en capital, y, por consiguiente, todos los réditos percibidos hubieran aprovechado á la comunidad, sin compensación alguna. La conversión de la renta en capital nada cambiaba á los derechos de las partes: los 24,000 francos representaban en realidad los réditos á los que tenía derecho la comunidad; luego no había lugar á compensación. La Corte repite que la compensación es una indemnización, lo que supone una pérdida. ¿Acaso la mujer acreedora sufría una pérdida? No, pues por su muerte, perdía el derecho á la renta; el precio de la cesión no podía ser reclamado por los herederos como propio, puesto que este precio representaba, no el derecho extinguido, sino los réditos que hubiera percibido la comunidad. La consecuencia era que la finca comprada con los 24,000 francos no era un propio adquirido á título de compensación, sino una ganancial. En vano se invocaba la estipulación de compensación seguida de la aceptación de la mujer; los esposos no tenían el derecho para hacer una compensación en provecho de la mujer, porque el dinero no procedía de la venta de un propio; en el momento de la conversión, es verdad que el derecho á la renta era de la mujer, pero por efecto de su muerte, este derecho solo consistía en los réditos percibidos, y éstos pertenecían á la comunidad. (1)

242. Uno de los esposos tiene en propio la propiedad desnuda de un inmueble. Vende la propiedad; el precio le queda en propio, ¿pero qué debe decidirse de los intereses? El esposo propietario pretendió que los intereses le eran propios. Esto era un error. Es verdad que la propiedad desnuda no trae ningún provecho en favor de la comunidad,

1 Casación, 10 de Abril de 1855 (Dalloz, 1855, 1, 177).

pero de esto no podía concluirse que no tuviere ningún derecho á los intereses del precio. Cuando un capital inproductivo es reemplazado por un capital productivo, los derechos del propietario cambian, tiene derecho á los intereses del nuevo capital; y si es común en bienes, estos intereses no le pertenecen, son de la comunidad. (1)

243. Uno de los esposos es propietario por indiviso de un inmueble dado en arrendamiento. Es seguro que la parte del esposo en las rentas entra en la comunidad. En el caso juzgado por la Corte de Casación, se presentaba una dificultad. La mujer copropietaria estaba en sociedad para la explotación de dicha casa, y el acta de sociedad decía que los socios percibirían de las rentas solo el interés de sus partes y que lo demás se emplearía, después del pago de gastos, para amortizar una suma pedida en préstamo para la compra del inmueble. Fué sentenciado que la comunidad no podía ejercer sino los derechos del esposo en las rentas; no podía, pues, exigir la entrega de la porción de las rentas reservada á la amortización; sin embargo, esta parte de las rentas no dejaba de ser un fruto civil al que la mujer tenía derecho y que le aprovechaba; debía, pues, aprovechar á la comunidad. La Corte concluyó de esto que el empleo hecho por la mujer con una parte de las rentas para la liberación del inmueble á ella propio, daba lugar á una compensación en provecho de la comunidad; en efecto, este empleo se había hecho con dinero que, á título de frutos civiles, debía entrar en la comunidad, lo que decidía la cuestión. (2)

244. El art. 1,401, 2. °, hace entrar en la comunidad todos los frutos y productos de los propios, de cualquiera naturaleza que sean. ¿Quiere esto decir que la comunidad sea usufructuaria? Volveremos á esta cuestión. Es seguro que la comunidad tiene todos los derechos que pertenecen al usu-

1 Orléans, 27 de Diciembre de 1855 (Dalloz, 1857, 2, 34).

2 Casación, 20 de Agosto de 1872 (Dalloz, 1872, 1, 406).



fructuario. Esto resulta del art. 1,401 que atribuye á la comunidad no solo los *frutos* sino también los *productos* de cualesquiera naturaleza que sean; y el art. 1,403 hace la aplicación de este principio á los productos de las minas que caen en la comunidad, *por todo cuanto se considera como usufructo, según las reglas explicadas en el título Del Usufructo*; lo mismo sucede con los cortes de leña. La comunidad tiene, pues, derechos análogos á los del usufructuario. Este principio no carece de importancia. Hay casos en los que el usufructuario se hace propietario de las cosas de las que tiene el goce á cargo de restitución (art. 587); esto es más que un derecho á los frutos, puesto que el usufructuario tiene el derecho de consumo; es decir, que puede destruir la substancia de la cosa. La comunidad ¿tiene también el cuasiusufructo? Sí, por aplicación del principio que acabamos de deducir de los arts. 1,401 y 1,403. El usufructuario tiene también el derecho de uso de las cosas que no producen frutos (art. 589). Debe atribuirse el mismo derecho á la comunidad. (1) Estos puntos no son dudosos.

245. ¿Cómo aduiere los frutos la comunidad? El art. 1,401, núm. 2, dice que tiene derecho á los frutos *vencidos ó percibidos* durante el matrimonio. La palabra *percibidos* se entiende de los frutos naturales ó industriales; en el lenguaje tradicional, se dice que el usufructuario gana los frutos por *percepción*; es decir, por la separación del suelo. La palabra *vencidos* se aplica á los frutos civiles, en el sentido de que estos frutos *vencen* día á día. Esta expresión no es técnica; pudiera inducir á error á aquellos que ignoran el derecho. Las rentas se pagan anualmente ó por trimestres; lo mismo pasa con los intereses ó réditos; se dice que están vencidos cuando venció el término. Hay que cuidarse de concluir de esto que la comunidad solo tiene derecho á los frutos civiles cuan-

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 57, núm. 26 bis II, y pág. 53, núm. 23. Aubry y Rau, t. VI, pág. 291, pfo. 507.

do éstos han vencido el plazo en que se estipuló fuesen pagaderos. El art. 586 dice al contrario, que los frutos civiles están reputados adquirirse de día á día; de esto la consecuencia que la ley deduce, y es que el usufructuario tiene derecho á ellos en proporción á la duración de su usufructo. Lo mismo sucede con la comunidad. (1) Esto resulta de la asimilación que hace la ley con el usufructo y el derecho de la comunidad á los frutos. Por otra parte, como lo hemos ya hecho notar, el Código no contiene otras disposiciones acerca de la manera de cómo se adquieren los frutos sino las de los arts. 585 y 586; es, pues, de toda necesidad aplicarlos como regla general. El principio que rige al derecho de la comunidad para los frutos, siendo el mismo que el que establece la ley para con el usufructuario, debe aplicarse á la comunidad lo que hemos dicho en el título *Del Usufructo*.

246. De esto resulta una consecuencia muy importante, verdadera anomalía que Pothier ha señalado ya. El esposo propietario explota él mismo su fundo. ¿Cuáles son los frutos á los que tendrá derecho la comunidad? A los frutos percibidos durante la comunidad. Sin embargo, los frutos le son atribuidos para soportar los cargos del matrimonio; los ha soportado durante seis meses, sin haber percibido ningún producto de los bienes de que tiene el goce. Supongamos al contrario, que durante estos seis meses las cosechas se hagan; la comunidad habrá percibido los frutos de un año, mientras solo soportó los cargos de medio año. Aun hay más. Los propios del esposo consisten en un bosque que solo se explota cada diez años; el corte se hace durante el matrimonio que dura solo seis meses: la comunidad recogerá los frutos de diez años, y solo soportará los cargos de seis meses. (2)

Si al contrario, los propios están dados en arrendamiento, la comunidad solo tendrá derecho al precio de la renta, día

1 Marcadé, t. V, pág. 457, núm. 6 del art. 1,461.

2 Pothier, *De la comunidad*, núm. 207.

á día; es decir, durante el tiempo que durará. Hé aquí la anomalía. ¿Cuál es el verdadero principio? Es seguramente el que proporciona el derecho de la comunidad á los cargos que debe soportar; luego es el principio que la ley establece para los frutos civiles. Tal es también el principio que el Código sigue bajo el régimen dotal, que tomó del derecho romano, más jurídico en este punto, como en muchos otros, que las costumbres. En general, las costumbres se distinguen por su espíritu de equidad, pero, en el caso, no vemos ninguna consideración de equidad que puede justificar el derecho de costumbre.

247. El principio de que la comunidad tiene los mismos derechos que el usufructuario, recibe más excepciones. Hay una que está consagrada por el texto del Código. El artículo 1,403, después de haber dicho que los cortes de leña caen en la comunidad, por todo lo que está considerado como usufructo, según las reglas explicadas en el título *Del Usufructo*, agrega: «Si los cortes de leña que, según la regla, pudieran hacerse durante la comunidad, no han sido hechos, se deberá por ellos una compensación al esposo no propietario del fundo ó á sus herederos.» Esta disposición deroga al art. 590, según cuyos términos el usufructuario no tiene derecho á ninguna indemnización por los cortes ordinarios de leña que no hubieren sido hechos durante su goce. La excepción está tomada del derecho antiguo. Pothier hace de ella una regla general, pero parece subordinarla á una condición de fraude: «Si el marido, en fraude de la comunidad, hubiera retardado una cosecha que debía hacerse en su heredad propia durante la comunidad, con el fin de apropiársela por entero después de la muerte de su mujer, los herederos de ésta podrían pretender parte en la cosecha como habiéndose retardado en fraude de la comunidad.» Pothier da después como ejemplo el caso en que el marido, mirando á su mujer amenazada con muerte próxima, hubiera

retardado un corte de leña que debía haberse efectuado. (1) No da ningún motivo para esta excepción, la que así formulada no debía motivarse, pues es en realidad la aplicación del derecho común, siendo el fraude una excepción á todas las reglas. El Código nada dice del fraude, quizá por negligencia; lo seguro es que el art. 1,403 recibirá su aplicación aunque no hubiese fraude. Hay para esto un motivo particular á la comunidad; ésta no se encuentra en el caso de un usufructuario ordinario; si tiene derecho á los frutos de los propios, es para soportar los cargos del matrimonio; es, pues, frustrarla y aventajarse en su perjuicio el no hacer un corte de que debía aprovechar; y es de principio que los esposos que se aventajan con perjuicio de la comunidad, deben por ello una compensación (art. 1,437). Poco importa, pues, que haya dolo ó simple negligencia; la comunidad perjudicada tiene derecho á una indemnización.

Decimos que la comunidad tiene derecho á una indemnización; el art. 1,401 dice que la compensación es debida al esposo no propietario del fundo. A primera vista, se pudiera creer que el resultado es el mismo. La recompensa es la indemnización de una pérdida que sufre el esposo; suponemos que el corte produzca 1,000 francos: la pérdida para el cónyuge es de 500 francos. Que la suma de 1,000 francos se entregue á la comunidad para ser repartida entre los cónyuges, ó que los 500 francos se remitan directamente al esposo no propietario del fundo, el resultado es el mismo. Sin embargo, importa, bajo el punto de vista de los principios y de las consecuencias que resultan, distinguir si la indemnización se debe á la comunidad ó al cónyuge. Si se debe á la comunidad, la mujer solo tendrá derecho á ella aceptando; perdería, pues, su parte en la indemnización debida por su marido si renunciase á la comunidad. Y además, suponiendo que acepta las compensaciones debidas á la co-

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 210. Duranton, t. XIV, pág. 123, número 148.

munidad, están regidas por otros principios que los créditos de uno de los cónyuges contra el otro: las primeras producen interés de derecho pleno á partir de la disolución de la comunidad, mientras que los intereses de los otros solo comienzan el día de la demanda (art. 1,473). Es, pues, necesario precisar á quién es debida la compensación. En el caso que nos ocupa, no hay ninguna duda. Es á la comunidad á la que debía pagarse el precio del corte; ella es, pues, quien sufre un perjuicio, y, por tanto, á ella es á quien se debe compensación. (1)

El segundo inciso del art. 1,403 da también lugar á otra dificultad; solo habla de los cortes de leña: ¿quiere esto decir que esta disposición solo se aplica al usufructo de los bosques, ó es general? En derecho, nos parece seguro que la ley se aplica á toda clase de frutos; los autores del Código han seguido á Pothier, y éste enuncia la regla ó si se quiere la excepción en términos generales, y solo cita á los cortes de leña como ejemplo. Tal es seguramente el espíritu de la ley; hay igualdad de motivos para decidir para con todos los frutos: luego hay igual decisión. Si el art. 1,401 solo habla de los bosques, es que la disposición tenía por objeto particular el usufructo de los bosques y de las minas. Solo hay un motivo de duda, esto es el carácter excepcional de la disposición: ¿Puede extenderse una excepción? Contestaremos que hay excepciones que solo son la aplicación de un principio; tal es la del art. 1,401; procede de la naturaleza de la comunidad y de su objeto. Esto es decisivo. De hecho, la dificultad no se presentará á menudo; la mayor parte de los frutos debiendo ser cosechados en el momento de su madurez, no puede tardarse mucho de recogerlos. Quizá sea por esta razón por lo que el legislador no hizo una regla general. (2)

1 Mourlon, *Repeticiones*, t. III, pág. 21 núm. 52.

2 Duranton, t. XIV, pág. 199, núm. 148. Marcadé, t. V, pág. 457, núm. 4

248. Se admite generalmente otra diferencia entre el usufructo y el derecho de la comunidad á los frutos. El artículo 585 dispone que los frutos pendientes de las ramas ó de las raíces, en el momento en que el usufructo está abierto, pertenecen al usufructuario, y que aquellos que están en el mismo estado en el momento en que acaba el usufructo, pertenecen al propietario sin compensación por parte de uno, así de otro por las labores y siembras. ¿Se aplica esta disposición á la comunidad? Es seguro que ésta tiene derecho á los frutos pendientes de las ramas y raíces en el momento en que comienza, y es también seguro que ella es quien, de hecho, soporta los gastos de siembras y labores. En efecto, el esposo propietario ha pagado estos gastos con dinero que hubiera entrado en la comunidad si no hubiera servido para estos gastos; fué, pues, á expensas de la comunidad como las tierras fueron labradas y sembradas; si 1,000 francos han sido gastados por este punto, resulta que esta suma entró de menos en la comunidad. No puede, pues, decirse que la comunidad deba una compensación al cónyuge que hizo los anticipos de gastos, como habiéndose enriquecido á expensas suyas, pues en realidad, es la comunidad quien paga.

Veamos ahora lo que pasa en la disolución del matrimonio. Fué á expensas de la comunidad como las tierras pertenecientes á uno de los cónyuges han sido labradas y sembradas, y es el esposo propietario del fundo quien recoge los frutos. ¿Debe decirse con el art. 585 que no ha lugar á compensación? Ni siquiera es aplicable el texto, pues éste supone que el usufructuario no soporta los gastos de siembra y cultivo que fueron hechos antes de la apertura de su derecho; mientras que la comunidad los soporta, como acabamos de decirlo. Esto prueba ya que la comunidad está regida por otro principio: paga los gastos de que aprovecha,

del art. 1,403. Compárese en sentido contrario, Colmet de Santerre, t. VI, página 61, núm. 27 bis VI.

es justo que el esposo soporte también los gastos de que él aprovecha. Esto se funda no solo en equidad, sino también en derecho y en un texto de la ley. El art. 1,437 dice que *todas las veces* que uno de los esposos ha sacado un provecho personal de los bienes de la comunidad, debe por ello una compensación. Esta disposición, concebida en términos generales y absolutos, se aplica á los gastos que la comunidad ha hecho para labrar y sembrar el fundo de uno de los esposos, cuando éste recoge los frutos.

Se ha objetado la discusión que tuvo lugar en el consejo de Estado acerca del art. 585. Diremos algunas palabras acerca de la objeción, porque enseña el poco valor de los argumentos que se toman en estos debates. Durantón contesta á ellos transcribiendo el acta de la sesión. Resulta, desde luego, que no se dijo una sola palabra de nuestra cuestión, puesto que ni siquiera se sabe cuál es el sentido de la proposición acerca de la que se discutió. Ateniéndose al acta, no se sabe lo que el consejo quiso decir, lo que sucede más de una vez. ¿A quién quejarse? Poco importa; lo seguro es que el intérprete no puede invocar á título de trabajos preparatorios, unos debates de tal manera oscuros que se les puede dar el sentido que se quiere. (1)

La tradición está en este sentido, (2) así como la jurisprudencia. (3) Hay una muy buena sentencia de la Corte de Douai acerca de nuestra cuestión. En el caso, había esto de especial, que el esposo supérstite era, en virtud de su contrato de matrimonio, usufructuario de los bienes propios al cónyuge difunto; se prevalecían de esta circunstancia para inducir que debía aplicarse el art 585. Esto era argumentar mal. El esposo reunía dos cualidades, la de usufructua-

1 Esta es la opinión generalmente seguida. Véanse los testimonios en Aubry y Rau, t. V, pág. 292, nota 36, pfo. 507.

2 Pothier, *De la comunidad*, núms. 209 y 212.

3 Rennes, 26 de Enero de 1828; Burdeos, 22 de Mayo de 1841 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 685).

rio y la de cónyuge común en bienes; podía reclamar las ventajas que la ley liga á cada una de estas cualidades. (1)

249. El usufructuario debe hacer inventario y dar caución (arts. 600 y 601). ¿Son aplicables estas disposiciones á la comunidad? La negativa es segura; los autores ni siquiera discuten la cuestión. (2) Sin embargo, los que admiten que la comunidad es una persona civil, teniendo el usufructo de los bienes pertenecientes á los esposos, estarían comprometidos si se les preguntase por qué no aplican á esta persona civil las reglas generales del usufructo. Se concibe, al contrario, muy bien, porque los esposos, considerados como asociados, no están obligados á hacer inventario y á dar caución. No puede tratarse de inventariar los muebles, puesto que el marido tiene la libre disposición; no puede tampoco tratarse de hacer constar los inmuebles del marido, puesto que en calidad de propietario, puede usar y abusar. En cuanto á los propios de la mujer, el estado que prescribe el art. 600 tendría su utilidad, pero la ley no impone esta obligación al marido. Por igual razón, el marido no necesita dar caución para gozar como buen padre de familia. Estas obligaciones serían poco compatibles con la autoridad que tiene el marido como señor y dueño.

250 El derecho á los frutos de los propios que la ley concede á la comunidad ¿es un verdadero usufructo? Se pregunta primero si este goce es un derecho real inmobiliario que el marido pueda hipotecar. Aplazaremos esta dificultad hasta el título *De las Hipotecas*, en donde está el sitio de la materia. Hay en seguida la dificultad de teoría que ya hemos encontrado: cuando el art. 1,401 dice que la comunidad se compone activamente de todos los frutos de los propios, ¿quiere esto decir que la comunidad es una persona civil que tiene el usufructo de los propios pertenecientes á los esposos?

1 Douai, 20 de Diciembre de 1848 (Dalloz, 1850, 2, 192).

2 Aubry y Rau, t. V, pág. 292, pfo. 507 (4.ª edición).



Los autores están divididos, y, según ellos, cada una de ambas opiniones implicaría un absurdo. Escuchemos á Toullier:

Erigir la comunidad en persona moral, colocada entre ambos esposos y teniendo derechos distintos y separados de cada uno de ellos, es confundir visiblemente todas las nociones de jurisprudencia. La novedad de semejante doctrina, y no es decir demasiado, los absurdos que serían su consecuencia, bastarían para desecharla. Resultaría, por ejemplo, que desde el matrimonio el marido no regiría ya sus propios bienes y no percibiría ya sus rentas en calidad de propietario, sino solo como administrador de una persona moral. (1) Duranton contesta: «Sí, hay entre el marido y la mujer un sér moral, por más que diga Toullier; este sér moral tiene intereses separados de cada uno de los esposos, y no es el marido quien es usufructuario de los bienes de la mujer, porque entonces también lo sería de sus propios, lo que chocaría á Toullier con razón: es la comunidad. No es, sin duda, absolutamente el usufructo de que se habla en el libro segundo del Código; hay algunas leves diferencias, pero nada importa á la cuestión.» (2)

No hay persona civil sin texto. No es que sea preciso una ley declarando en términos técnicos que la comunidad, por ejemplo, es una persona civil. Nuestro Código ignora la expresión de *persona civil ó moral*; pertenece á la doctrina. Pero, cuando menos, es menester que la ley crea á este sér ficticio que los autores consideran como una persona, y se necesitan razones para personificar una abstracción, pues la ley no crea ficciones inútiles. Nuestra cuestión se reduce, pues, á saber si las disposiciones del Código acerca de los frutos que atribuye á la comunidad, implican necesariamente la existencia de una persona moral, distinta de los esposos. Y la ley no dice que la comunidad tenga el usufructo

1 Toullier, t. VI, págs. 81 y siguientes, núm. 82.

2 Duranton, t. XIV, pág. 106, núm. 96. Compárese Proudhon, *Del usufructo*, t. I, núm. 279, pág. 356.

ó el goce de los propios, no le da el nombre de *usufructuaria*; el art. 1,401 dice solo de qué se compone la sociedad de bienes que se forma entre los esposos: se compone de los muebles, de los frutos y de los gananciales. El art. 1,403 que habla de ciertos frutos ó productos, tampoco dice que la comunidad sea usufructuaria de ellos ó que tenga su goce; la ley dice que tales frutos ó productos, caen en la comunidad ó no caen en ella. La ley considera, pues, á la comunidad, no como á una persona, sino como á una masa de bienes, un fondo social. El marido aporta en ella los mismos bienes que la mujer, sus muebles, y los los frutos de sus propios. Hasta aquí no hay absurdo. Queda por saber quién administrará este fondo común, y quién dispondrá de él. Aquí, la teoría de la ley cambia por completo: deja á un lado toda idea de sociedad, y proclama al marido señor y dueño de los bienes comunes, como lo es de sus propios bienes. Los autores confunden los dos órdenes de de ideas, y es por lo que encuentran absurdos. Hay que distinguirlas y entonces no habrá ya absurdo; ambos esposos forman un fondo común con sus muebles y los frutos de sus propios; luego convienen tácitamente que el marido tendrá la libre disposición. Se ve que la comunidad se explica sin que se necesite ocurrir á una ficción; el texto no se presta á ello, y la ficción es inútil; desde luego, la ficción no existe.

## *Núm. 2. Aplicaciones.*

### *I. De las canteras y de las minas.*

251. Expondremos primero las reglas que establece el Código Civil acerca de las canteras y de las minas; diremos después qué derogación la ley del 7 de Abril de 1810 acerca de las minas, ha introducido en ellas. El art. 1,403 dispone que los productos de las canteras y minas caen en la comunidad por todo cuanto se considera como usufructo, según

las reglas explicadas en el título *Del Usufructo*. El Código traslada al art. 598; resulta que si las minas y canteras fueran explotadas cuando la celebración del matrimonio, los productos entrarán en la comunidad, y que ésta no tiene ningún derecho á las minas y canteras aun no explotadas. En cuanto á los motivos de la distinción, trasladamos á lo que fué dicho en el título *Del Usufructo*; bajo el punto de vista de la comunidad la distinción se explica fácilmente: el esposo que explota una mina ó una cantera en el momento en que se casa, tiene un propio que produce ciertas utilidades, las que como todo producto, caen en la comunidad. Si el esposo posee un fundo en el que se encuentren substancias minerales sin explotación, pone en comunidad no una cantera ó una mina, sino un campo, una pradera ó un monte, es de un fundo de terreno del que la comunidad tendrá el goce. Las substancias minerales se confunden con el fundo en que se encuentran; quedan propias, en tal caso, del esposo propietario del fundo. Este queda libre, sin duda, para abrir minas y explotar canteras durante el matrimonio, pero los productos no caen en la comunidad, quedan propios del esposo.

Esto es lo que dice el último inciso del art. 1,403: «Si las canteras y minas han sido abiertas durante el matrimonio, los productos solo caen en la comunidad mediante compensación ó indemnización á aquel de los esposos á quien podrá ser debida.» Esta disposición no está muy bien redactada. La ley parece decir que los productos de la mina y de la cantera caerán en la comunidad; esto no es exacto, pues habría contradicción en decir que unos propios caen en la comunidad. La ley quiere decir que si de hecho, los productos se entregan á la comunidad; es decir, si ésta los aprovecha, deberá compensación. ¿En qué consistirá la compensación, y á quién se deberá dar? Cualquiera compensación implica una pérdida sufrida por una de las partes, y

una ventaja para el otro. Debe, pues, verse en qué consiste el provecho de la comunidad. Si ésta hizo gastos para la apertura de la mina, los deducirá de la utilidad que tuvo en los productos de la mina, el excedente constituirá su provecho. Pero también sufre una pérdida si á consecuencia de la apertura de la cantera ó de la mina, el fundo no puede ser cultivado; pierde los frutos á que tenía derecho, el esposo propietario del fundo debe compensación, si no se enriquecería á expensas de la comunidad, lo que es contrario á un principio esencial de nuestro régimen. Ahora se entenderá por qué no dice la ley que la indemnización será debida al esposo propietario del fundo que contiene la mina; no es seguro que dicho esposo tenga derecho á una indemnización. Si la comunidad ha sido disuelta después de algunos años, puede suceder que los gastos hechos para la apertura de la mina excedan la utilidad que la comunidad ha sacado de hecho; en cuyo caso, en lugar de ser acreedor el cónyuge propietario será deudor. Hé aquí por qué el artículo 1,401 dice: «á reserva de compensación para aquel de los esposos á quien podrá ser debida;» esto depende de las cuentas. Si el esposo es acreedor, tendrá derecho á compensación, puesto que se trata de productos que le son propios; debe, pues, aplicarse el principio que rige á las compensaciones debidas por la comunidad á los esposos cuando ha sacado un provecho de sus propios. Si el esposo fuera deudor, debería la compensación. Esta es la aplicación de los principios que expondremos más adelante.

252. Los derechos de la comunidad en los productos de las minas y canteras que explota uno de los esposos dependen de un punto de hecho: ¿en qué época fué abierta la mina ó cantera? Se han presentado dificultades acerca del punto de saber si unas minas habían sido abiertas antes ó durante el matrimonio. El marido alimentaba una fundición con minerales de aluvión extraído de uno de sus montes y de unos

terrenos que pertenecían á la comunidad y á su mujer. Estas extracciones se hacían por medio de pozos cavados sucesivamente y á cielo abierto ya próximos unos á otros y ya distantes. Después de la muerte del marido, sus herederos pretendieron que varios pozos abiertos durante su matrimonio formaban tantas explotaciones nuevas, á cuyo producto la comunidad no tenía ningunos derechos. Estas pretensiones fueron desechadas. La Corte de Besançon sentenció que los varios pozos hacían parte de una sola y misma explotación; no era tal ó cual parte la que explotaba el propietario para alimentar su fundición, había destinado todos los bosques á este caso; la explotación una vez comenzada debía, pues, extenderse á todo el fundo. Esto decidía la cuestión en favor de la comunidad. (1)

253. La ley de 1810 ha derogado en ciertos puntos al Código Civil. Como la materia es enteramente especial, nos limitaremos á hacer constar las derogaciones trasladando al lector para los pormenores á la obra del señor Colmet de Santerre; (2) este es el único autor que haya profundizado este punto. El Código no menciona las minas y las canteras en la clasificación de los bienes; considera, pues, á las minas como un accesorio del fundo, é inmueble con este título. Según la ley de 21 de Abril de 1810, la mina es un inmueble distinto del fundo en que se halla. Se necesita una concesión del Gobierno para explotarla, á no ser que se haga la explotación á tajo abierto. El Gobierno concede la concesión á quien quiere; el propietario del fundo no tiene ningún privilegio á este respecto. Una vez concedida, la mina se hace inmueble distinto de la superficie, aunque hubiere sido concedida al propietario del fundo.

Estos nuevos principios han modificado el art. 1,403. La distinción del Código subsiste. Debe, pues, verse si la

1 Besançon, 3 de Marzo de 1863 (Dalloz, 1863, 2, 49).

2 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 62, núm. 28 bis II, III y IV.

mina ha sido concedida antes del matrimonio ó durante el matrimonio. Cuando la mina ha sido concedida antes del matrimonio á otra persona que al esposo propietario del fundo, éste no tiene ningún derecho á ella, y, por consiguiente, no transmite ninguno á la comunidad; el art. 1,403 queda, pues, sin aplicación. Si la mina ha sido concedida al esposo, es un inmueble que le es propio, sea ó no propietario de la superficie; este propio produce utilidades que caen en la comunidad en virtud del art. 1,401, según cuyos términos los productos de cualquiera naturaleza entran en la comunidad. Así sucedería aunque la mina concedida antes del matrimonio solo hubiera sido abierta durante el mismo; aquí hay derogación al Código Civil. El art. 1,401 supone que el esposo, en el momento en que se casa, es propietario de una tierra conteniendo una mina. Según la ley de 1810, el esposo concesionario es propietario de un inmueble distinto de la superficie; este inmueble está destinado á producir no frutos sino sustancias minerales; éstas constituyen el producto del inmueble y caen en la comunidad.

Supongamos ahora que la mina esté concedida después del matrimonio y que se encuentre en un fundo perteneciendo á uno de los esposos. Si un extraño es concesionario, no ha lugar á aplicar el art. 1,403, puesto que la mina no pertenece al esposo propietario de la superficie; no es, pues, un propio, y solo los frutos de los propios entran en la comunidad. Si la mina está concedida al esposo, se pregunta primero si forma una ganancial ó un propio; no es una ganancial puesto que no se adquirió con el dinero de la comunidad: una concesión no es una adquisición. Esta es, pues, un propio. Este propio produce utilidades que, en virtud del art. 1,401, entran en la comunidad. Aquí también hay derogación al art. 1,403. El Código supone que, durante el matrimonio, un terreno se convierte en una explotación de minas, y decide que la comunidad no la aprovecha. Esto ya

no es verdad, según la ley de 1810, sino para las minas que se explotan á tajo abierto, sin concesión. Cuando una mina está concedida, no hay transformación de un campo en explotación minera, hay creación de un nuevo inmueble, adquisición de un propio en provecho del esposo concesionario; este propio está regido por los principios que rigen á todos los propios; produce utilidades; luego éstas caen en la comunidad.

## *II. Cortes de leña.*

254. El art. 1,403 dice de los cortes de leña lo que de los productos de las minas y canteras; caen en la comunidad cuando la ley los considera como frutos; no caen en ella cuando no son frutos. Se debe, pues, ocurrir á las distinciones que la ley hace en el título *Del Usufructo*: los cortes de leña chica, arreglados en hacinas, son frutos bajo la condición de que la comunidad observará el reglamento como debe observarlo el usufructuario. Cuando, según el reglamento, un bosque debe cortarse cada veinte años y que el marido hace el corte después de quince, esta anticipación del corte causará un perjuicio á la mujer propietaria del propio si la comunidad se disuelve dos años después del corte, pues encontrará un bosque de dos años, mientras debiera encontrar un bosque de diez y siete: tendrá derecho, por este punto, á una indemnización. (1) Al contrario, si el marido no hace el corte después de los veinte años, la comunidad tendrá derecho á una compensación, según los términos del art. 1,403, el que deroga, bajo este concepto, al derecho común (núm. 247).

255. El marido es instituido legatario en usufructo de los bienes de su mujer; desde la disolución de la comunidad y la apertura del legado, hace cortes que hubiesen podido ser hechos durante el matrimonio: ¿Deberá indemnización por esto, en virtud del art. 1,403? La Corte de Casación decidió la cuestión afirmativamente. Se invocaba, en favor del

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 58, núm. 27 bis I.

marido usufructuario, el art. 585; es decir, la regla, pero esta regla recibe excepción cuando la comunidad ha tenido el usufructo antes que el marido; tiene derecho al corte que el marido legatario del usufructo puede quitarle sin violar el art. 585. Se objetaba también que, en el caso, la indemnización era reclamada por los herederos de la mujer propietaria del fundo; mientras que, según el art. 1,403, la indemnización es debida al esposo *no propietario* ó á sus herederos. En realidad, como lo hemos dicho, la indemnización es debida á la comunidad (núm. 247); puede, por consiguiente, ser reclamada por todos aquellos que tienen derecho á los bienes de que debe componerse. (1)

256. La compensación supone una pérdida, puesto que es una indemnización, y no hay daños y perjuicios sin daño causado. Esto es una cuestión de hecho. Hemos dicho en otro lugar que hay lugar á recompensa cuando la comunidad hace un corte anticipado. Esto supone que se mejora en perjuicio del propietario del fundo. En el caso siguiente, fué sentenciado que no había lugar á compensación. El marido propietario del fundo había arreglado sus cortes de manera que cierto número de tareas se dejaban sin cortar además del número fijado por la ordenanza de aguas y bosques, y se aprovechaban en el siguiente corte; sus herederos reclamaron una indemnización por este punto, habiendo aprovechado la comunidad de tareas á las que no tenía derecho. Esto era verdad, pero también lo es que la comunidad no había aprovechado de las leñas chicas que le pertenecían: ¿habían perdido estos árboles su calidad de frutos por haberse dejado de cortar? En un usufructo ordinario se hubiera podido decir al usufructuario que había hecho lo que no tenía derecho de hacer y que no había hecho lo que tenía derecho de hacer. En materia de comunidad, hay siempre que tener

1 Denegada, 7 de Noviembre de 1822 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 696).



en cuenta la excepción que el art. 1,403 hace al derecho común: de hecho, la comunidad no había mejorado; luego no debía compensación. (1)

§ III.—DE LOS GANANCIALES.

*Núm. 1. De los inmuebles adquiridos á título oneroso durante el matrimonio.*

257. Según los términos del art. 1,401, la comunidad se compone activamente, 3.º de todos los inmuebles que se adquieren durante el matrimonio. El Código da indiferentemente el nombre de adquisiciones ó el de gananciales (artículos 1,404 y 1,408). En el derecho antiguo se usaba la palabra *ganancial* para designar las adquisiciones hechas por los esposos comunes en bienes; se empleaba la palabra *adquisición* en materia de sucesión para oponerla á los *propios*; había diferentes herederos para los propios y para los gananciales, y los esposos se repartían las adquisiciones. Estas distinciones han desaparecido á consecuencia de la abrogación de la regla de las costumbres que reservaban los propios paternos á los parientes paternos, y los maternos á los parientes maternos. Desde luego, la distinción entre adquisiciones y gananciales no tiene razón de ser. (2)

El art. 1,401, dice: *todos* los inmuebles. Esto es demasiado absoluto. Desde luego hay que agregar una restricción en lo que se refiere al modo de adquisición: solo los muebles adquiridos á título oneroso son gananciales. En seguida todos los inmuebles adquiridos á título oneroso no son gananciales; al tratar de los propios diremos cuáles son los inmuebles que no entran en la comunidad, aunque estén adquiri-

1 Denegada, 31 de Marzo de 1824 (Dallos, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 698).

2 Duranton, t. XIV. pág. 215, núm. 163. Rodière y Pont, t. I, pág. 413, número 495.

ridos á título oneroso. En fin, hay inmuebles que entran en la comunidad aunque estén adquiridos antes del matrimonio. Volveremos más adelante á ocuparnos de esta excepción.

La ley no sienta, pues, sino una regla general en el número 3 del art. 1,403. ¿Por qué hace entrar en la comunidad los inmuebles adquiridos, aunque en derecho común los inmuebles estén excluidos de ella? Si los inmuebles adquiridos durante el matrimonio caen en la comunidad, es como consecuencia de una especie de reemplazo; son comprados con dinero de la comunidad; es decir, con las economías que los esposos hacen en las rentas que entran en su sociedad de bienes; es justo que los inmuebles que reemplazan dinero común, sean también comunes.

258. La ley no dice por quién debe ser hecha la adquisición. Ordinariamente lo será por el marido, puesto que él únicamente administra la comunidad, y comprar es un acto de administración. La mujer siendo extraña á la administración, sucederá pocas veces que figure como adquirente. Sin embargo, no debe concluirse que un inmueble adquirido por la mujer no entra en la comunidad. La ley no distingue entre el marido y la mujer, y no debe perderse de vista que están asociados, aunque la mujer permanezca extraña á la gestión de intereses comunes; la adquisición hecha por ella es, pues, una adquisición hecha por un socio en nombre de la sociedad; luego debe entrar en el fondo social. (1)

Hemos dicho que la adquisición hecha por uno de los esposos es ganancial, por la razón de que forma una especie de reemplazo, estando pagado el precio con dinero de la comunidad. Así sucedería aunque el dinero fuese propio á uno de los esposos; por ejemplo, si provenía de la venta de un propio. El dinero es cosa de consumo; resulta que la comunidad adquiere propiedad de ello como usufructuaria, aunque

1 Troplong, t. I, pág. 192, núm. 491. Rodière y Pont, t. I, pág. 414, número 499.

sea con cargo de restitución. El inmueble adquirido con dinero propio, es, pues, en realidad, adquirido con dinero común, á reserva de compensación debida al esposo propietario. Solo hay excepción á esta regla cuando la adquisición se hace á título de reemplazo en provecho del esposo propietario del inmueble vendido; diremos más adelante cuáles son las condiciones requeridas para que haya reemplazo. El reemplazo es una excepción; desde que no se está en los términos de la excepción, se entra en la regla. La regla es, pues, que toda adquisición hecha por uno de los esposos á título oneroso, durante el matrimonio, es una ganancial.

259. Uno de los esposos tiene un crédito propio; el deudor le cede un inmueble en pago. Esta donación en pago, ¿forma un propio ó una ganancial? Debe resolverse, sin ninguna duda, que es una ganancial. En efecto, la donación en pago es una venta, en el sentido que tiene generalmente todos los efectos de una venta. Luego es una adquisición hecha por uno de los esposos durante el matrimonio, que debe caer en la comunidad á reserva de compensación. Esto decide la cuestión; la comunidad se hará propietaria con cargo de reembolsar al esposo acreedor el monto de su crédito. Esta decisión está confirmada por el art. 1,406, según cuyos términos el inmueble cedido por un ascendiente á uno de los esposos, para reemplazar lo que le debe, no entra en la comunidad. Esto es una excepción al derecho común que explicaremos más adelante; la excepción implica que en virtud de la regla, la donación en pago hubiese formado una ganancial; la excepción supone, pues, la regla y la confirma. Hay todavía otra excepción; la donación en pago siendo asimilada á una venta, puede hacerse á título de reemplazo, cuando menos en la opinión general que admite el reemplazo cuando la adquisición se hace con dinero propio. Examinaremos esta cuestión al tratar del reemplazo.

260. Uno de los esposos es propietario de un inmueble

sin usufructo; el usufructuario vende su derecho á este esposo ó á los dos: se pregunta si esta adquisición constituye una ganancial. La Corte de Casación ha decidido la cuestión definitivamente por una sentencia muy bien motivada; el recurso había sido admitido por la Sala de las requisiciones, y la Sala Civil solo lo desechó después de deliberación en la Sala del Consejo. Esto es decir que hay motivo de duda.

La Corte toma como punto de partida la regla establecida por el art. 1,401, núm. 3: *todo* inmueble adquirido durante el matrimonio es una ganancial. Esta regla, concebida en los términos más generales, debe recibir su aplicación, á no ser que la ley no tenga una excepción terminante. Y la ley no hace excepción á la regla acerca de la adquisición, durante el matrimonio, del usufructo de un inmueble de que uno de los esposos es propietario. Esto decide la cuestión. Se objeta que hay artículos que consagran la excepción que pretendemos no existir. Apartamos desde luego el art. 1,408 que se ha invocado ante la Corte de Casación; es seguro que dicha disposición es extraña al debate. Según los términos del art. 1,408, la adquisición hecha durante el matrimonio, de una *parte* de un inmueble del que uno de los esposos es propietario *por indiviso*, no forma una ganancial. Se dice que el usufructo siendo un desmembramiento de la propiedad, el esposo propietario que compra el usufructo, adquiere realmente una *parte* del inmueble, y la propiedad desnuda y el usufructo siendo fracciones de la propiedad, hay una especie de división entre la propiedad desnuda y el usufructo. Es fácil contestar á esta objeción. Nó, el usufructo no es una *porción* del inmueble, es un derecho real distinto, separado del inmueble; y si el usufructuario tiene relaciones con el propietario, no puede inducirse de ello que haya división entre sí: Transladamos acerca de este punto, á lo que fué dicho en el título *Del Usufructo*. E texto del art. 1,408 no es, pues, aplicable á nuestro caso, y

el espíritu de la ley no deja ninguna duda. ¿Por qué en el caso del art. 1,408 la adquisición del inmueble indiviso es un propio? Porque durante la indivisión, el esposo copropietario tenía un derecho indiviso en el inmueble, no era más copropietario de una de la partes que de la otra; el efecto de la adquisición por el esposo es el de reunir estas diferentes partes, y operar definitivamente la confusión en una sola persona. Pasa muy distintamente en nuestra hipótesis. El esposo es propietario sin usufructo, y permanece tal aunque la adquisición del usufructo sea hecha por él, pues esta adquisición, durante su matrimonio, no aprovecha al adquirente como tal, aprovecha al esposo; es decir, que pertenece á la comunidad; ésta no se hace usufructuaria; el usufructo continúa á subsistir en la persona del titular; no nos encontramos, pues, en el caso de la excepción prevista por el artículo 1,408, por consiguiente, quedamos bajo el imperio de la regla establecida por el art. 1,401.

El art. 1,437 ministra una objeción más seria: dice que todas las veces que se toma de la comunidad una suma para la liberación de un gravámen, el esposo debe compensación por ello. Así, el esposo propietario de un inmueble gravado con una servidumbre lo libera; esta liberación aprovecha al esposo; su heredad, que libre de la servidumbre, le queda propio por entero, liberado del cargo que lo gravaba. ¿No sucederá lo mismo si su fundo está gravado por un usufructo? El usufructo es también una servidumbre; luego la adquisición del usufructo es la recompra de un cargo; el inmueble liberado de este gravámen debe, pues, pertenecer en propio al esposo que es propietario. Esta argumentación se apoya en una grande autoridad: esta era la doctrina de Dumoulin seguida por Pothier; de manera que la tradición parece estar acorde con el texto de la ley para desechar la opinión consagrada por la Corte de Casación. Creemos que Dumoulin y Pothier se han equivocado y que el texto del

art. 1,437 no dice lo que se le hace decir. El usufructo es sin duda una servidumbre, aunque el Código no le da este nombre: ¿quiere esto decir que se le deba aplicar lo que el art. 1,437 dice de las servidumbres? Hay una diferencia entre el usufructo y la verdadera servidumbre, y es capital en nuestro debate; es usufructo, es un desmembramiento de la propiedad, que subsiste independientemente de ésta; descansa en una persona diferente hasta su extensión, mientras que las servidumbres reales son una calidad activa ó pasiva del fundo, inseparables de la heredad que gravan, ó en provecho de la que se han establecido. Cuando, pues, una servidumbre se libera, la liberación aprovecha necesariamente al propietario del fundo gravado; el adquirente no puede decir que el gravamen exista en su provecho, pues éste no puede existir sin el fundo en provecho del que fué establecida la liberación de la servidumbre; la extingue, pues, definitivamente; es decir, que el propietario del fundo que estaba gravado con ella, lo posee ahora libre de todo gravamen. Sucede muy distintamente cuando se compra el usufructo: éste descansa en la persona del vendedor y solo termina con su vida, el adquirente tiene el ejercicio de él mientras dura el usufructo. ¿Y quién es adquirente en el caso? Es la comunidad en nombre de la que la adquisición ha sido hecha. (1)

Réstanos deducir las consecuencias que proceden de la opinión admitida por la Corte de Casación. Proudhon lo hizo con el rigor que lo distingue. El usufructo es comprado durante el matrimonio por el propietario ó por los esposos. ¿Qué sucede con el derecho de usufructo? Continúa descargando en la persona del usufructuario quien solo enajenó su utilización. Si el usufructuario llega á morir durante

1 Denegada, 16 de Julio de 1845 (Dalloz, 1845, 1, 321). Esta es la opinión de la mayor parte de los autores. Véanse los testimonios en Aubry y Rau, tomo V, pág. 295, nota 44. Debe agregarse Marcadé, quien había sostenido la opinión contraria ante la Corte de Casación (t. V, pág. 487, núm. 7 del artículo 1,408). En sentido contrario, Duranton, Zachariæ, Odier y Troplong. Compárese la nota de Dalloz acerca de la sentencia de la Corte de Casación.

la comunidad en provecho de la que lo había adquirido, el derecho se extinguirá para ésta, como sucedería para cualquier otro adquirente; no habrá, pues, devolución ni cuenta que arreglar á consecuencia de dicha adquisición, entre los esposos ó sus herederos, cuando la disolución de la comunidad. Si, al contrario, el usufructuario titulado sobrevive á la disolución de la comunidad, el derecho de usufructo subsistirá, y quedará comprendido en la masa divisible como todos los otros gananciales; la mujer ó sus herederos tendrán la mitad; y si la mujer renuncia, quedará por entero al marido. (1)

261. El marido asegura una ganancial: el derecho eventual á la indemnización en caso de incendio, ¿pertenece á la comunidad? En este punto no hay ninguna duda: el inmueble siendo común, la indemnización que representa su valor pertenece igualmente á la comunidad; es decir, según nuestra opinión, á ambos esposos asociados; luego por mitad á la mujer. La comunidad se disuelve por la separación de cuerpos; el derecho eventual á la mitad de la indemnización pertenece á la mujer. Este punto no es dudoso. Pero sucede que el marido incendia voluntariamente el inmueble posteriormente á la separación de cuerpo, y, por consiguiente, pierde su derecho á la indemnización. ¿Puede esta pérdida ser opuesta á la mujer? Nó, pues es la consecuencia de un crimen; luego enteramente personal al marido culpable. De esto resulta que la compañía queda obligada á pagar á la mujer su parte en la indemnización, á reserva de su recurso contra el marido. La compañía objetaba que la comunidad no estando liquidada, la mujer no tenía el derecho de promover; esta excepción no fué admitida por la Corte de Nancy; (2) la dificultad está en saber si aquel que tiene un derecho indiviso puede promover durante la indivisión; la he-

1 Proudhon, *Del usufructo*, t. V, pág. 497, núm. 2,681.

2 Nancy, 30 de Mayo de 1856 (Dalloz, 1856, 2, 252).

mos examinado al tratar de la partición (t. X, núms. 212 y siguientes).

*Núm. 2. De los inmuebles adquiridos desde el contrato de matrimonio, y antes de la celebración del casamiento.*

262. El art. 1,404, después de haber sentado como regla que los inmuebles poseídos por los esposos el día de la celebración del matrimonio les quedan propios, agrega: «No obstante, si uno de los esposos hubiere adquirido un inmueble desde el contrato de matrimonio conteniendo estipulación de comunidad, y antes de la celebración del matrimonio, el inmueble adquirido en este intervalo entrará en la comunidad.» ¿Cuáles la razón de esta disposición? Durantón contesta: «En puro derecho, el inmueble no debería entrar en la comunidad, puesto que pertenecía al esposo el día de la celebración del matrimonio. Entra en ella á título de indemnización. Sin esto, uno de los esposos que poseía muebles en los que el otro había contado como debiendo entrar en la comunidad, hubiera podido fácilmente hacer un fraude á su cónyuge.» La mayor parte de los autores admiten esta explicación: la disposición derogatoria al derecho común, se dice, tiene por objeto cortar las sorpresas que uno de los esposos pudiera cometer en perjuicio del otro. (1) Hay, en efecto, una derogación al derecho común, en el sentido de que un inmueble, aunque poseído por uno de los esposos cuando la celebración del matrimonio, entra en la comunidad; la palabra *no obstante* con que comienza el inciso del art. 1,404, indica que se trata de una excepción á la regla que está establecida por el primer inciso. Pero por otra parte, esta excepción es la aplicación del principio general que prohíbe á los esposos hacer cambios á sus convenciones matrimo-

1 Durantón, t. XIV, pág. 245, núm. 183. Aubry y Rau, t. VI, pág. 295, nota 45, pfo. 507.



niales sin observar las formas y las condiciones que la ley prescribe (art. 1,396). Y cuando el contrato de matrimonio estipula la comunidad, conviene por esto mismo en que todos los valores muebles que posee el esposo cuando el contrato, entrarán en la comunidad; convertir estos valores en inmuebles, es cambiar las convenciones matrimoniales, en el sentido de que no tendrán el efecto que debieran tener. El régimen queda el mismo, sin duda; pero ¿por qué los esposos adoptaron este régimen? Para que los valores mobiliarios poseídos por cada uno de ellos formasen el fondo social. Si uno de ellos convierte estos valores en inmuebles, hay un cambio tan radical que puede dudarse que el otro esposo lo hubiese consentido y hubiera contraído. Esto es como una cláusula de realización de todo ó de parte del mobiliario presente del esposo; es seguro que no podría realizarlo por una cláusula expresa, ni siquiera con el consentimiento de su cónyuge, si no fuera en la forma de una contraletra; no lo puede hacer, y quizá menos aún, mediante compras de inmuebles que hiciera sin el concurso de su cónyuge. No es, pues, para evitar el fraude ó la sorpresa como la ley decide que el inmueble es una ganancial, como lo hubiera sido el dinero con lo que se compró; es porque el esposo ha traído cambios á su contrato sin observar las formas prescriptas para la validez de las contraletras; el cambio es nulo para con el cónyuge, luego el valor que debía entrar en la comunidad en virtud de las convenciones matrimoniales, debe entrar en ella bajo forma de inmuebles; éstos toman el lugar del dinero. En este sentido, el art. 1,408 no es una excepción, puesto que solo aplica el principio del art. 1,396. De esto se sigue que esta disposición es á la vez una excepción y la aplicación de la regla general; en tanto que procede de la regla del art. 1,396, se la puede aplicar por analogía, porque siempre es la regla la que recibe su aplicación.

263. La ley supone que el inmueble está adquirido en el intervalo que separa al contrato de matrimonio de la celebración del casamiento. No distingue si el intervalo ha sido más ó menos largo. La Corte de Paris ha concluido de esto que el art. 1,404 debía aplicarse, aunque un intervalo de diez y seis años haya pasado entre dicho contrato y la celebración del matrimonio. Ahí donde la ley no distingue, el intérprete no puede distinguir. Sea. Pero había en el caso un motivo para dudar. El contrato de matrimonio estipulaba la comunidad de gananciales; los muebles presentes estaban realizados con excepción de 400 francos; en el largo intervalo que hubo entre el contrato y el matrimonio, el futuro esposo compró unos inmuebles con una parte de la suma de 30,000 francos, dinero y créditos que se había constituido en dote. La Corte sentenció que había lugar á aplicar el art. 1,404. Si la ley solo tuviera por objeto evitar el fraude ó un perjuicio, debiera haberse decidido el caso en que los inmuebles eran propios, como lo hubiera sido el dinero dotal. Pero si se admite que el art. 1,404 es una aplicación del art. 1,396, la decisión de la Corte de Paris es justa, pues hay un cambio en el contrato, en el sentido de que una dote mobiliar está substituida por una dote inmobiliar; por consiguiente, los productos de la comunidad disminuyen; sus derechos están alterados, puesto que el dinero, siendo cosa consumible hubiera entrado en la comunidad, mientras que los inmuebles estaban excluidos de ella. Luego hay cambio sin las condiciones requeridas por la ley; este cambio es nulo, según el art. 1,396, lo que permite aplicar el art. 1,404. (1)

264. El art. 1,404 declara ganancial al inmueble adquirido *desde el contrato de matrimonio* conteniendo una estipulación de comunidad. Es, pues, necesario que los esposos

1 Paris, 6 de Diciembre de 1855 (Dalloz, 1856, 2, 28). Compárese Rodière y Pont, t. I, pág. 418, núm. 502.

hayan hecho un contrato; si se han casado sin hacerlo, estarán en verdad casados bajo el régimen comunal, y lo estarán en virtud de una convención tácita, pero una convención tácita no basta para que el art. 1,404 reciba su aplicación, es menester una acta ante notario. Los autores están acordes en este punto, y lo deciden así, fundándose en el carácter excepcional de la ley. (1) Admitimos la opinión general, pero con otro motivo. La disposición del art. 1,404 es, en nuestro concepto, una consecuencia del art. 1,396: es un cambio hecho á las convenciones matrimoniales sin las formas que la ley prescribe; y el art. 1,396, continuación de los arts. 1,394 y 1,395, supone convenciones matrimoniales recibidas por una acta notariada; no puede haber *contraletra sin letra*; no puede tampoco haber cambio á las convenciones matrimoniales cuando estas convenciones no están redactadas en acta auténtica. Aunque los esposos hubieran convenido verbalmente adoptar el régimen de la comunidad, no hubiera lugar á aplicar el art. 1,404 si uno de los futuros esposos no cumplía con el compromiso convirtiendo sus valores muebles en inmuebles antes de la celebración de la unión conyugal; faltaría á su palabra, pero no haría cambio á un contrato que no existe.

265. Se supone que el inmueble ha sido adquirido antes del contrato de matrimonio que estipula la comunidad: ¿hay lugar á aplicar el art. 1,404 y declarar que este inmueble es una ganancial? Nó, por el mismo motivo que acabamos de explicar. En la opinión general, se dice que la disposición excepcional del art. 1,404 no puede ser extendida; (2) decimos que no puede haber cambio á un contrato que aun no existe. La ley, extendida según la opinión común, es un poco irracional, pues puede haber fraude y sorpresa antes del contrato tanto como después de él, y puede haberlo cuando

1 Redière y Pont, t. I, pág. 417, núm. 500 y todos los autores.

2 Aubry y Rau, t. V, pág. 296 y nota 47, pfo. 507 y los autores que citan.

no hay acta notariada, tanto como si hubiera una acta hecha ante notario. Todo se explica cuando se relaciona la disposición del art. 1,404 á la del art. 1,396.

266. El art. 1,404, agrega: «A no ser que la adquisición haya sido hecha en ejecución de alguna cláusula del contrato de matrimonio, en cuyo caso estaría arreglada á las convenciones matrimoniales.» En la interpretación generalmente seguida, se dice que el esposo no hace fraude al contrato ejecutándolo. Nosotros decimos que las cláusulas de un contrato no pueden ser una contraletra. Se llama á esta convención cláusula de empleo; la dote está prometida en dinero, pero con estipulación de que la dote mueble será convertida en inmuebles. Esto es ventajoso para la mujer, pues los inmuebles así adquiridos en virtud del contrato le quedarán propios, mientras que el dinero dotal hubiera caído en la comunidad; á la verdad, los propios de la mujer pueden ser enajenados é hipotecados bajo el régimen de la comunidad, pero no lo pueden ser sin su consentimiento. Se entiende que también se puede estipular que los inmuebles comprados en virtud de la cláusula de empleo entrarán en la comunidad, por esto es que la ley nada decide en cuanto á la naturaleza de estos inmuebles: son propios ó gananciales, como lo quieran los esposos. (1)

267. Pothier prevee el caso en que un inmueble fuera dado á uno de los esposos después del contrato de matrimonio y antes de la celebración de la unión: decide que esta herencia no entra en la comunidad, porque la adquisición no causa ningún fraude al cónyuge que no debía contar con esta herencia. Los autores modernos admiten esta decisión que no puede ser dudosa cualquiera que sea la interpretación que se dé al art. 1,404. (2) En nuestra opinión, se dice que las donaciones no son una contraletra, y que, por consiguien-

1 Troplong, t. I, pág. 206, núm. 575.

2 Pothier, *De la comunidad*, núm. 281. Rodière y Pont, t. I, pág. 419, número 504.

te, no ha lugar á aplicar el art. 1,404 que solo es una consecuencia de la disposición que se refiere á las convenciones.

268. Queda una cuestión última muy controvertida. El contrato contiene estipulación de comunidad; después del contrato y antes de la celebración del matrimonio, uno de los cónyuges vende inmuebles que le son propios: ¿el dinero de la venta ó el derecho al precio entrará en la comunidad? Si se admite la interpretación que hemos dado al artículo 1,404, la solución no es dudosa. Los inmuebles vendidos debían quedar en propio al esposo en virtud del contrato de matrimonio; habría cambio á las convenciones matrimoniales si los valores que debían ser propios entrasen en la comunidad; por lo tanto, hay lugar á aplicar el art. 1,396 del que el art. 1,404 solo es la consecuencia: esto es decir que el art. 1,404 puede y debe ser aplicado por analogía. Se hacen varias objeciones. Apartaremos la que se funda en el carácter excepcional del art. 1404; (1) en nuestra opinión, el art. 1,404 solo aplica el derecho común. Por esto mismo, cae otra objeción, esta es que la venta de un propio no hace fraude al otro esposo ni á la comunidad, puesto que en lugar de perder, el cónyuge gana con ello en el sentido de que la comunidad se enriquece con el precio. (2) Si es verdad, como nosotros lo decimos, que el art. 1,404 solo aplica el art. 1,596, el punto de saber si hay fraude ó no se hace indiferente; todo cambio hecho á las convenciones matrimoniales es nulo, aunque hubiera concurso de consentimiento de ambos esposos; luego el art. 1,404 es aplicable por el solo hecho de que las convenciones matrimoniales han cambiado. Aquí está el verdadero nudo de la dificultad: ¿Hay cambio cuando valores inmuebles perteneciendo al esposo cuando el contrato, se convierten en valores muebles antes de la celebración del matrimonio? Esto se discute; el contrato queda

1 Marcadé, t. V, pág. 462, núm. 1 del art. 1,404.

2 Toullier, t. VI, 2, pág. 179, núm. 171.

igual, se dice; no estipula que tales valores serán propios de los esposos ó entran en la comunidad, dice que los inmuebles serán propios y que los muebles serán comunes; no hay, pues, nada cambiado cuando entran más ó menos muebles en la sociedad de bienes formada por los esposos. (1) Hemos de antemano contestado á la objeción (núm. 262): cuando los valores muebles se convierten en inmuebles, esto equivale á una cláusula de realización, lo que es seguramente un cambio; por la misma razón hay cambio cuando valores inmuebles se convierten en muebles; si el esposo quiere hacer este cambio, debe observar las formas prescritas para las contraletas. (2) En apoyo de nuestra interpretación invocaremos la opinión de Pothier; éste dice que la conversión de los inmuebles en dinero sería un medio de aventajar al cónyuge, y es para impedir estas ventajas indirectas como las costumbres declaraban nulas todas las contraletas al contrato de matrimonio. (3) Nuestra conclusión es que el precio del inmueble quedará en propio al esposo que lo vende en el intervalo del contrato á la celebración del matrimonio.

*Núm. 3. De los inmuebles adquiridos á título gratuito.*

269. La adquisición á título gratuito hecha durante el matrimonio ¿es en principio un propio ó una ganancial? En el derecho antiguo se la consideraba como una ganancial; no hay tan buena ganancia como la dada, decía el proverbio. Se hacía á esta regla una excepción para los inmuebles dados por un ascendiente á uno de los cónyuges; esto era un anticipo de herencia, una sucesión anticipada; por lo tanto, los bienes debían permanecer propios al donatario que recogía la herencia. (4)

1 Moulon desarrolla esta objeción (*Repeticiones*, t. III, pág. 14, nota 2).

2 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 68, núm. 32 bis IV.

3 Pothier, *De la comunidad*, núm. 281. Compárese Troplong, t. I, pág. 162, núm. 364, y pág. 266, núm. 572.

4 Troplong, t. I, pág. 212, núm. 605 y 606.

¿Será también este el principio moderno? Es seguro que el art. 1,405 deroga al antiguo derecho disponiendo que las donaciones de inmuebles que no se hacen durante el matrimonio sino á uno de los esposos, no caen en la comunidad, mientras que en el derecho antiguo, estas donaciones entraban en la comunidad, á no ser que fuesen hechas por un ascendiente. ¿Pero cuál es el sentido de esta derogación? ¿es acaso un nuevo principio? ¿la donación formará, en general, un propio en la teoría del Código; ó es la regla que las donaciones formen gananciales, salvo la excepción prevista por el art. 1,405? La cuestión está controvertida y es dudosa.

Creemos que la donación forma, en principio, una ganancial. El art. 1,401 lo decide así disponiendo que los inmuebles *adquiridos durante el matrimonio*, entran en la comunidad; la ley no distingue á qué título los bienes se adquieren; luego debe decirse que se aplica á la adquisición á título gratuito tanto como á la adquisición á título oneroso. (1) El art. 1,401 sería decisivo si no fuera por el art. 1,402 concebido así: "Todo inmueble es reputado ganancial de la comunidad si no está probado que uno de los esposos tuviera su propiedad ó posesión legal anteriormente al matrimonio, ó que lo adquirió desde entonces á título de *sucesión ó donación*." Se dice que la ley pone en la misma línea la *donación* y la *sucesión*; y los inmuebles adquiridos por herencia son siempre propios; luego debe suceder lo mismo con los inmuebles dados. Creemos que esta interpretación hace decir á la ley lo que ésta no dice ni pretendió decir. ¿Cuál es el objeto del art. 1,402? Es decidir una cuestión de prueba: ¿se deberá en la duda reputar el inmueble como ganancial ó como propio? Tal es la única cuestión que quiso el legislador decidir en el art. 1,402; y jamás debe buscarse en la ley la

1 Lieja, 11 de Marzo de 1859 (*Pasicrisia*, 1859, 2, 304). Toullier, t. VI, 2, pág. 144, núm. 135.

decisión de dificultades que el legislador no tuvo en vista, si no se llega á hacerle decir lo que no pretendió decir. Se trata de saber si la donación forma un propio ó una ganancial. ¿Cuál es el artículo que contesta á la pregunta? Es el artículo 1,401, núm. 3; no es el art. 1,402. Este último artículo supone únicamente que hay inmuebles dados que quedan propios; en efecto, según el art. 1,405, son propios los inmuebles dados á uno de los esposos; es á esta disposición á la que se refiere el art. 1,402, y solo podía referirse á esta. ¿Cuál es la hipótesis prevista por el art. 1,402? Uno de los esposos pretende, cuando la liquidación de la comunidad, que tal inmueble le pertenece como habiéndolo sido dado durante el matrimonio; y se le admite aportarlo en virtud de los arts. 1,402 y 1,404. Lo que la ley decide en el artículo 1,405 es, pues, un caso particular, y al cual se refiere en el art. 1,402. Esto es decisivo. El espíritu de la ley está en armonía con esta interpretación. Los autores del Código han seguido á la tradición en la materia de las convenciones matrimoniales; es, pues, la doctrina tradicional la que es la regla; las disposiciones que derogan á ello son unas excepciones y deben ser interpretadas como tales. (1)

270. La donación de un inmueble hecha á uno de los esposos durante el matrimonio, es un propio. Tal es la excepción que el art. 1,405 hace al derecho antiguo. ¿Cuál es el motivo de esta derogación? Las razones que se dan están lejos de ser determinantes: «una donación de inmueble hecha á uno de los esposos encierra en ella el pensamiento de que el otro cónyuge no la aprovechará.» Esto es una afirmación, pero afirmar no es probar. Las costumbres decían lo contrario y creemos que estaban mas cerca de la verdad. No debe olvidarse que el esposo donatario es común en bienes; dar á este esposo, ¿no es darle á título de esposo; es decir, de socio en la comunidad? Se agrega que los inmuebles

1 Odier, t. I, pág. 128, núm. 125.



no se comunican fácilmente. (1) En el derecho antiguo, esto era más verdad que en nuestro derecho moderno, y sin embargo, los inmuebles dados á uno de los esposos entraban en la comunidad. ¿Por qué? Porque esto era una adquisición y no una herencia procedente de la familia, á no ser que el donante fuese un ascendiente, en cuyo caso, el inmueble dado era un propio de sucesión y, por consiguiente, un propio de comunidad. El sistema de las costumbres era más lógico que el del Código Civil.

El art. 1,405 dice que los inmuebles dados á uno de los esposos pertenecen únicamente al donatario, á no ser que la donación estipule expresamente que la cosa dada pertenecerá á la comunidad. Se necesita una declaración expresa, porque es por excepción como el inmueble dado á uno de los esposos entra en la comunidad, y que toda excepción debe ser formulada en términos expesos. ¿Qué se entiende por la palabra *expresamente*? Hemos encontrado á menudo este término; en nuestro concepto, significa una declaración hecha por palabras; luego no basta una voluntad tácita.

271. ¿Qué debe decidirse si el inmueble está dado á ambos esposos juntamente y sin indicación de partes? ¿Será propio ó ganancial? Nuestra solución se prejuzga por lo que acabamos de decir (núm. 268). Si es verdad que la donación forma generalmente una ganancial, hay que decir que el art. 1,405 deroga á la regla y que, por consiguiente, es de estricta interpretación. Desde que no se está en la excepción de un inmueble dado á uno de los esposos, se entra en la regla; luego el inmueble dado á ambos esposos es una ganancial. El texto y los principios confirman esta interpretación. El art. 1,405 está redactado en términos muy restrictivos: "Las donaciones de inmuebles que *no se hacen* durante el matrimonio *sino á uno de los esposos*, no entran

1 Troplong, t. I, pág. 213, núm. 610.

en la comunidad." ¿No es natural concluir de esto que la donación solo forma propio en el caso previsto por el artículo 1,405? Esto supone una regla general á la que el artículo 1,405 deroga; la regla, en nuestro concepto, está escrita en el art. 1,401, núm. 3. La relación que existe entre el Código Civil y el derecho antiguo, confirma esta interpretación. En las costumbres toda donación formaba ganancial, excepto la que el ascendiente hacía á su descendiente. El Código deroga al derecho antiguo, pero los términos restrictivos del art. 1,405 implican que esta derogación se refiere únicamente á la donación hecha á uno de los esposos. Creemos que los principios conducen á la misma conclusión. Cuando el inmueble es dado á uno de los esposos, puede verse un título personal en la donación y, por lo tanto, un propio; pero cuando la donación es hecha á ambos esposos juntamente, la intención del donante no es gratificar á dos donatarios cada uno por mitad, su intención es gratificarlos como comunes en bienes. Y gratificar á ambos esposos es gratificar á la comunidad. En efecto, la comunidad no es sino los esposos asociados. Aun hay más. El donante que quiere gratificar á la comunidad, solo puede hacerlo dando á ambos esposos, y no puede dar á la comunidad, puesto que ésta no es una persona civil capaz para recibir; el único medio legal para dar á la comunidad es, pues, dar á ambos esposos; luego dándoles, la intención probable del donante es dar á la comunidad.

¿Qué se dice en la opinión contraria? Hacemos á un lado el argumento sacado del art. 1,402; ya lo hemos contestado al discutir la cuestión de principio (núm. 268). Se dice que, según el derecho común, una donación hecha á dos personas se divide entre ellas por mitad, y se concluye de esto que debe suceder lo mismo con la donación hecha á dos esposos. El principio es incontestable, pero se le aplica falsamente. Si un inmueble dado á dos donatarios pertenece

á cada uno por mitad, la razón es que no hay ninguna liga entre los donatarios, ningún interés común; cada uno estipula, pues, por su parte. ¿Sucedec lo mismo con los esposos? Nó, seguramente, y aquí podemos invocar la tradición. En el derecho antiguo, la donación hecha á uno de los esposos formaba ganancial: ¿por qué? Porque el donatario es el representante de la comunidad; esposo común en bienes, se supone que obra por común interés. Con más razón debe decirse que ambos cónyuges representan á la comunidad y que la donación que se les hace se dirige en realidad á la comunidad. Pothier decía que la regla consagrada por las costumbres estaba tomada en los principios generales de la comunidad entres esposos. (1) Sus intereses son los mismos, y deben tener siempre á la vista el común interés; se supone naturalmente que aquel que les ha dado tiene el mismo pensamiento; luego el inmueble debe ser común á ambos esposos. (2)

La jurisprudencia está dividida como la doctrina. Ya hemos citado la sentencia de la Corte de Lieja, que está conforme con nuestra opinión; pero la decisión pierde su autoridad por razón de los hechos de la causa: la sentencia dice que las cláusulas de la donación probaban que la donación formaba una ganancial, lo que decidía la cuestión. (3) Hay una sentencia de la Corte de Tolosa en sentido contrario, pero tiene también poca autoridad por la misma razón. En el caso, dice la Corte, el acta de donación y las circunstancias particulares de la causa, probaban que el donante había querido dar los bienes por mitad á cada uno de los esposos para que les fuesen propios; (4) lo que era decisivo.

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 168.

2 Aubry y Rau, t. V, pág. 293 y nota 38, pfo. 507.

3 Lieja, 11 de Marzo de 1859 (*Pasicrisia*, 1859, 2, 304).

4 Tolosa, 23 de Agosto de 1827 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 781). En el mismo sentido, Bruselas, 12 de Agosto de 1861 (*Pasicrisia*, 1862, 2, 7). La Corte considera á la comunidad como un sér moral, lo que no admitimos.

272. La cuestión que discutimos es ante todo una cuestión de intención: el donante puede dar á quien quiera. Si ha manifestado la intención de que el inmueble dado á ambos esposos les quede propio, debe uno atenerse á la expresión de su voluntad. ¿Es menester que la voluntad esté expresada en términos formales, ó los donatarios pueden prevalecerse de una voluntad tácita? Creemos que es necesario una voluntad expresa. El art. 1,405 lo dice para la derogación á la regla que en él se establece; y, en nuestra opinión, es por aplicación de esta regla como hemos decidido que el inmueble dado á ambos esposos entra en la comunidad; es, pues, por derogación á una regla general como el inmueble dado á ambos esposos les queda propio. Puesto que esto es una excepción, solo puede resultar de una declaración formal de la voluntad.

Habría declaración terminante si se dijera en el acta que el inmueble está dado á cada uno de los esposos por mitad; el acta contendría entonces dos donaciones distintas, una en provecho del marido, y la otra en provecho de la mujer. (1) No se puede objetar que la donación por mitad equivale á una donación hecha á la comunidad, cada uno de los esposos teniendo en ella la mitad. La diferencia es grande; si la mujer es donataria por la mitad, ésta le queda en propio, la vuelve á tomar á la disolución del matrimonio, aunque renuncie á la comunidad; mientras que si el inmueble es dado á la comunidad, la mujer solo tiene derecho á ella si acepta. Por otra parte, el marido puede disponer del inmueble si es una ganancial; si al contrario, es propio á los donatarios, el marido no podía disponer de la parte de la mujer.

Se admite también que el inmueble dado es propio á ambos esposos cuando es dado por el ascendiente á su descendiente y al cónyuge de éste. Se decide así, por un argumento *á fortiori* del art. 1,406, según los términos del cual el

1 Colmet de Santerre t. V, pág. 71, núm. 33 bis VI.

inmueble cedido por un ascendiente á uno de los dos esposos para cumplir con lo que debe, ó á cargo de pagar las deudas del donante á extraños, no entra en la comunidad: Si un anticipo de sucesión hecho á título oneroso es un propio, con más razón debe presumirse que el ascendiente quiso que el inmueble por él dado sea un propio del esposo donatario. Esto nos parece dudoso. Así sucedía en el derecho antiguo, pero el Código no reproduce la presunción de las costumbres, y no puede haber una presunción sin ley. Sin duda el legislador hubiera debido decidirlo así, pero no lo hizo, y nos parece muy difícil argüir *á fortiori* en materia de excepción.

En fin, se enseña que la intención del donante de dar á título de propio, pudiera inducirse de los términos del acta y del conjunto de los hechos. Hay una sentencia de la Corte de Casación en este sentido. (1) Desde que pueda uno apoyarse en los términos del acta, hay excepción expresa, como lo exigen los principios. Pero no nos gusta el conjunto de los hechos, porque esto conduce á admitir la intención tácita del donante y no entendemos que haya excepciones tácitas.

#### *Núm. 4. De la prueba.*

273. El art. 1,402 dice: "Todo inmueble está reputado de comunidad si no está probado que uno de los esposos tenga propiedad ó posesión legal anterior al matrimonio, ó le haya venido después á título de sucesión ó donación." Esta disposición establece una presunción en provecho de la comunidad. Pone la prueba de que un inmueble sea propio á cargo del esposo que lo reclama como tal cuando la liquidación de la comunidad; y si no llega á ministrar dicha prueba, el inmueble quedará por esto mismo en la masa de los bienes comunes; es decir, que será comprendido entre los ga-

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 294 y nota 41, pfo. 507 (4.ª edición).

nanciales. ¿Por qué pone la ley la prueba á cargo del esposo? Es porque es demandante, en el sentido de que reclama un inmueble como siéndole propio, y al demandante toca probar el fundamento de su demanda. El esposo que pretende que el inmueble es una ganancial, nada tiene, pues, que probar; tiene á su favor la presunción legal que le sirve de prueba. La presunción es natural, se funda en la posesión y en el interés común de los esposos; resulta de ello una probabilidad, que el inmueble poseído por los esposos es más bien común que propio. La probabilidad se funda en lo que sucede ordinariamente; y los inmuebles que los esposos poseen en propio son de ordinario adquiridos durante la comunidad. (1) Si es á título de propio, es muy fácil que el esposo lo pruebe, puesto que solo es propio un inmueble cuando fué adquirido á título de sucesión ó de donación. Que si el esposo pretende que el inmueble era propio antes del matrimonio, la prueba será también fácil, puesto que la ley se conforma con la prueba que tenía la posesión legal. Volveremos á este punto al tratar de los propios. Notemos únicamente que Pothier dice en términos demasiado absolutos que el esposo que reclama un inmueble como propio, puede justificarlo, á falta de título, por la prueba testimonial; esto es verdad para con los inmuebles que pertenecen al esposo antes de casarse, puesto que la posesión legal basta, y la posesión se prueba por testigos. Pero la sucesión y la donación no se prueban por testigos, se necesitan títulos.

La jurisprudencia se demuestra complaciente en lo que se refiere á pruebas. Ha sido sentenciado que basta con las indicaciones contenidas en un antiguo título apoyadas de otras circunstancias tendiendo á establecer la calidad de propio. (2) En otro caso, se han considerado las confesiones del marido, después de la muerte de la mujer, como constituyendo una

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 203. Troplong, t. I. pág. 191, núm. 489.

2 Rennes, 27 de Enero de 1813 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 724).

prueba suficiente en provecho de los herederos de que tal bien era un propio de la difunta. (1) Es, sin embargo, necesario que la jurisprudencia se mantenga en los límites de las pruebas legales: hay dos derechos en conflicto, el del esposo que reclama el inmueble como propio, y el del esposo que sostiene que es una ganancial; desde que la prueba del demandante no está completa, hay duda, y en caso de duda, el inmueble es reputado ganancial.

274. La presunción del art. 1,402 supone que la comunidad estaba en posesión del inmueble en el momento en que se disolvió, y se funda en esta posesión. Si hubiese duda en el punto de saber cuándo comenzó la posesión, si era anterior á la disolución de la comunidad ó posterior, ya no se estaría en los términos de la ley, y, por consiguiente, el esposo no podría invocar la presunción que el art. 1,402 establece: antes de invocar una presunción, hay que probar que existe, y no existe en el caso, sino cuando consta la posesión por la comunidad; si esta prueba no se da, el inmueble no puede ser una ganancial. (2)

*ARTICULO II.—De los bienes que no entran en la comunidad.*

275. Hay bienes que no entran en la comunidad; constituyen el patrimonio propio de cada uno de los esposos. En el derecho antiguo se les llamaba *proprios de comunidad*, para distinguirlos de los *proprios de sucesión*. Hemos dicho en otro lugar que los bienes paternos pertenecían á título de propios á los herederos paternos, y que los bienes maternos formaban propios en provecho de los herederos maternos (tomo VII, núms. 489, 505, 508). Había, pues, dos clases de

1 Denegada, 20 de Diciembre de 1836 (Daloz, en la palabra *Domicilio*, número 20).

2 Denegada, 14 de Febrero de 1816 (Daloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 729).

propios: los inmuebles que pertenecían al heredero de los propios, y los inmuebles perteneciendo á uno de los cónyuges que no entraban en la comunidad; es para distinguir estas dos clases de propios como se llamaban á unos propios de comunidad, y á otros propios de sucesión. Hoy día ya no hay propios de sucesión; los propios son, pues, en nuestro derecho moderno, unos bienes que pertenecen á uno de los esposos comunes en bienes y que no entran en la comunidad que tiene con el otro cónyuge. (1)

### § I.—DE LOS PROPIOS MUEBLES.

#### *Núm. 1. ¿Cuáles muebles son propios?*

276. Hemos dicho que los muebles presentes y futuros de los esposos, entran en la comunidad (núm. 212). Es, pues, por excepción como hay propios muebles: El Código solo menciona una de estas excepciones: según el art. 1,401, los muebles dados entran en la comunidad si el donante no ha expresado lo contrario. El donante puede decir que pretende que las cosas por él dadas queden en propios al esposo á quien gratifica. La razón es sencilla: Es facultad de aquel que pone á su donación las restricciones ó condiciones que le parezcan. Si, pues, el donante dice que da tal cosa mueble á uno de los cónyuges, á cargo que le sea propio, no entrará la cosa en la comunidad. (2)

El art. 1,401 dice que el donante debe *expresar* lo contrario. Debe concluirse de esto que el legislador exige una declaración expresa? Esta es nuestra opinión; los muebles de derecho común entran en la comunidad; solo quedan propios por excepción, y toda excepción debe expresarse terminantemente: si el donante quiere derogar á la ley, es preciso que lo diga. Tal es también la significación natural de

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 105. Colmet de Santerre, t. VI pág. 51, núm. 22 bis I.

2 Pothier, *De la comunidad*, núm. 122.



la palabra *expresar*. El art. 1,405 contiene una aplicación de este principio: sienta como regla que la donación de un inmueble hecha á uno de los cónyuges, le queda propio; el donante puede declarar una voluntad contraria, pero la ley quiere que lo diga *expresamente*. De esto resulta que la voluntad tácita del donante no basta para que los muebles dados le sean propios. (1).

277. ¿Puede el donante agregar esta condición á su donación si los bienes dados constituyen la reserva del donatario? Esta cuestión está muy controvertida. Uno de los primeros autores que han escrito acerca de nuestro derecho moderno, Delvincourt, decide que el donante no puede gravar la reserva con ninguna condición que restrinja ó entorpezca el derecho del reservatario. El principio es incontestable (t. XII, núm. 149), y la aplicación que Delvincourt hace de él á nuestra opinión es muy jurídica. ¿Por que permite la ley al donante hacer propios los objetos muebles que da á uno de los esposos? Pothier acaba de decírnoslo: aquel que tiene derecho para disponer de una cosa, puede hacerlo bajo las condiciones que le plazcan. Y ¿podrá decirse que aquel que da unos bienes reservados tiene de ellos la libre disposición?

Nó, seguramente, puesto que no se los puede quitar al reservatario. Esto es decisivo. Se objeta que el reservatario solo puede quejarse si el donante ha gravado la reserva con condiciones que alteran ó disminuyen su derecho. ¿Será verdad que la reserva sea un derecho personal al donatario, y que solo él pueda reclamar contra las condiciones que ha puesto el donante? La ley dice lo contrario; ésta da á los legatarios del reservatario el derecho de promover en reducción; los legatarios, en el caso, tienen, pues, el mismo derecho que el donatario; si éste no está ligado por las condiciones que perjudican su derecho, los legatarios tampoco lo es-

1 Marcadé, t. V. pág. 492, núm. 8 bis del art. 1,408.

P. de D. TOMO XXI—44.

tán: el cónyuge del esposo donatario ¿no es su legatario? Al casarse bajo el régimen de la comunidad, estipuló que las sucesiones muebles entrarían en ella, contó con los derechos hereditarios de su cónyuge, puesto que estos derechos no se le podían quitar; luego puede prevalecerse del derecho de su cónyuge donatario á la reserva, y pedir la nulidad de la condición que está ligada á la donación. (1)

Puede contestarse que la condición, en el caso, en lugar de disminuir los derechos del donatario, los aumenta, puesto que ésta le asegura como propios unos bienes que hubieran entrado en la comunidad. Sin duda, pero esto solo prueba una cosa, y es que el donatario no tendría interés en reclamar contra la condición; esto no prueba que no tenga derecho de recibir sin condición alguna los bienes que la ley le reserva. Hay por otra parte otro motivo para decidir que nos parece perentorio. El esposo reservatario se ha casado bajo el régimen de la comunidad; él ha puesto, por consiguiente, todos sus muebles futuros y particularmente su reserva en la comunidad: ¿puede más tarde excluir de ella los bienes reservados? Nó, pues esto sería un cambio á las convenciones matrimoniales que deben permanecer fijas é inmutables. Se diría en vano que el donante fué quien impuso la condición y no el donatario; se contesta que la donación solo existe con aceptación del donatario; es, pues, mediante un contrato al que concurre el esposo, como las convenciones matrimoniales se modifican; por lo tanto, este contrato es nulo en lo que se refiere á la condición que las partes han fijado. (2)

278. ¿Hay otros efectos muebles que quedan propios á los esposos? Pothier enseña que la renta vitalicia dada ó lega-

1 Delvincourt, t. III, notas, pág. 12, nota 2. Compárese Duranton, t. XIV, pág. 83, núm. 135; Colmet de Santerre, t. VI, pág. 49, núm. 21 bis IV; Marcadé, t. V, pág. 493, núm. VIII bis del artículo 1,408.

2 Aubry y Rau, t. V, pág. 287, nota 20, pfo. 507. Compárese Rodière, t. I, pág. 453, núm. 545, quien hace unas distinciones en la discusión, en las que creemos inútil detenernos.

da con la declaración que es para los alimentos del esposo donatario ó legatario, le queda propia. La expresión *para sus alimentos* manifiesta suficientemente la voluntad de que la renta permanezca propia al cónyuge donatario, de manera que la comunidad aprovecharía solo de los réditos, y á su disolución, el esposo acreedor rentista conservará el derecho á la renta sin que los herederos del primer difunto puedan pretender tomar parte en ella. Pothier ni siquiera exige que el donante exprese terminantemente que la renta es alimentaria; esto puede fácilmente presumirse, dice, ya sea por la calidad de la persona del legatario, ya por otras circunstancias, como cuando un amo lega una renta vitalicia á su criado: este legado se presume hecho para alimentos, aunque no esté expresado. Sin embargo, Pothier agrega una restricción, y es que la presunción no tiene lugar tan fácilmente en las donaciones entre vivos que no son susceptibles, dice, de una interpretación tan extensa como los testamentos. (1)

¿Esta doctrina deberá seguirse en derecho moderno? Hemos dicho varias veces que bajo el imperio de nuestros códigos, los jurisconsultos no tienen ya la libertad é independencia que tenían nuestros autores antiguos. Aquí se ve un ejemplo de ello. Pothier decide mediante presunciones; es decir, probabilidades; distingue como si fuera legislador, y efectivamente, creaba el derecho como lo hacían los jurisconsultos de Roma. Nuestro papel es más modesto; estamos ligados por una ley positiva, y ¿qué dice esta ley? Que los muebles dados entran en la comunidad si el donante no ha *expresado* lo contrario. Los *muebles dados*, luego la renta vitalicia, que es esencialmente mobiliar. A no ser que el donante haya *expresado* que la renta debe quedar en propio. Se necesita, pues, una expresión de voluntad. En presencia de este texto, ¿puede admitirse una voluntad tácita resultan-

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 181.

te de las circunstancias de la causa? Esto ya no sería una voluntad *expresada*, sería una voluntad *presunta*; y no creemos que el intérprete tenga derecho para poner estas presunciones en el lugar de una declaración que debe proceder del donante.

Se objeta que la renta alimentaria no es embargable, de donde se concluye que no puede cederse, en este sentido á lo menos, que el acreedor rentista no puede transmitirla á la comunidad. Admitimos que los bienes que no pueden ser cedidos no entren en la comunidad, pues si los muebles entran en ella, es porque los esposos los ponen en común, y el esposo no puede poner en común un derecho que no puede ceder.

Pero, ¿es verdad que una renta no embargable, por esto mismo no puede ser cedida? Nó, los autores que sostienen que la renta alimentaria queda propio, lo confiesan; pero dicen que, en la intención del donante, la renta que lega á título de alimento no puede cederse, en el sentido de que no puede hacerse común; en efecto, si entrase en la comunidad se comprendería en el reparto, el acreedor rentista solo conservaría la mitad, y no se concibe que los alimentos sean partidos y solo quede al acreedor rentista la mitad de lo necesario para vivir. Nuestra contestación se encuentra en el texto de la ley. ¿Hay voluntad expresa de que la renta quede propia por este solo que es alimentaria? En derecho, nó. El acreedor rentista puede disponer de la renta, y dispone de ella cuando se casa bajo el régimen de la comunidad, puesto que consiente á que sus muebles dados entren en la sociedad de bienes que forma con su cónyuge. En cuanto á la consideración de que la renta alimentaria no podría ser dividida, está lejos de ser decisiva. Los réditos caen de hecho y de derecho en la comunidad; el marido dispone de ellos cuando la mujer es acreedora; si el acreedor rentista puede ser privado de los réditos de su renta durante toda la

comunidad, ¿por qué estos réditos no pudieran ser divididos después de la disolución del matrimonio? (1)

279. Del principio que los derechos que no pueden cederse no entran en la comunidad, se sigue que las pensiones debidas por el Estado, las provincias ó el municipio, quedan propios de los esposos. La Corte de Montpellier había decidido lo contrario, fundándose en la intención de las partes que estipulan la comunidad: la mujer, dijo la Corte, puede contar con la pensión de su marido, aun después de la disolución de la comunidad por separación de bienes. Esto era presentar mal la cuestión; se trataba de saber si la pensión podía cederse y si el futuro esposo podía ponerla en comunidad y el decreto de 7 termidor, año X, declara que las pensiones de los militares no pueden embargarse ni ser cedidas; desde luego no pueden entrar en una sociedad, puesto que esto sería cederlas, cuando menos por mitad. La Sentencia de la Corte de Montpellier ha sido casada. (2)

280. Pothier admite otras dos excepciones que formula en los siguientes términos: "Todas las cosas, aunque sean muebles, que proceden para uno de los esposos durante el matrimonio, de un propio de comunidad, sin ser frutos no entran en la comunidad." Da como ejemplo los árboles de Monte Alto que uno de los esposos hubiese mandado tumbear, las piedras de una cantera abierta en la heredad propia de uno de los esposos durante el matrimonio, en fin, la parte del tesoro encontrado y atribuida al esposo propietario del fundo.

No hemos admitido esta última explicación (núm. 228); no podemos, pues, admitir el principio tal como Pothier lo for-

1 Esta es la opinión enseñada por Odier, Troplong, Rodière y Pont, Larombière. Está consagrada por la jurisprudencia. La opinión contraria está profesada por Duranton y Bellot des Minières. Véanse las citaciones en Aubry y Rau (t. IV, pág. 423, pfo. 359) que tienen esta última opinión. Hay una sentencia de la Corte de Gante en el mismo sentido, de 2 de Julio de 1852 (*Pasicrisia*, 1854, 2, 66).

2 Casación, 3 de Febrero de 1830 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 616). Rodière y Pont, t. I, pág. 345, núm. 425.

mula. Si la comunidad no goza del Monte Alto, ni del producto de las minas y canteras abiertas durante el matrimonio, esto es á consecuencia del principio que rige al usufructo; la comunidad solo tiene derecho al producto de los propios á título de frutos, no puede; pues, tenerlo en el Monte Alto, ni en las minas y canteras no abiertas. Si el esposo propietario del fundo pudiera hacer entrar en la comunidad los árboles y las sustancias minerales que no deben entrar en ella, resultaría que la comunidad aprovecharía de los valores que hacen parte del patrimonio propio á uno de los esposos; lo que sería un cambio á las convenciones matrimoniales prohibido por el art. 1,395, y esto sería aventajar á la comunidad á expensas de los propios del esposo, lo que el art. 1,437 prohíbe igualmente. Se ve que si aceptamos lo del Monte Alto y de las minas, es en virtud del texto de la ley. No necesitábamos del principio de Pothier que el Código no reproduce. (1)

281. Pothier establece también en principio que las cosas muebles que están constituidas durante el matrimonio á un propio de uno de los cónyuges, le son igualmente propios. Los motivos de esta excepción son los mismos que aquellos que acabamos de dar para el Monte Alto y las minas. Si los esposos pudiesen substituir á inmuebles propios valores mobiliarios, cambiarían sus convenciones matrimoniales mobiliando inmuebles y transformando propios en gananciales. Y las convenciones matrimoniales deben permanecer inmutables con todos los efectos que están destinadas á producir. Por otra parte, si la comunidad aprovecharse de los efectos muebles substituidos á inmuebles, se aventajaría á expensas del esposo propietario, lo que es contrario á la regla fundamental de nuestro régimen. Solo puede aprovecharlos á cargo de compensación.

282. Pothier da como ejemplo el caso en que uno de los

1 Compárese Colmet de Santerre, t. VI, pág. 49, núm. 12 bis V.

esposos vende una herencia que le es propio. El crédito del precio es un efecto mueble, y todo mueble cae en la comunidad; en el caso, el crédito del precio reemplaza al inmueble; éste, siendo propio, el derecho al precio debe también ser propio por los motivos que acabamos de decir. Si el precio está pagado y entregado á la comunidad, se debe por él compensación al esposo propietario del fundo. (1) El artículo 1,433 lo dice; esto es, pues, una excepción consagrada por la ley. A decir verdad, la excepción solo es la consecuencia de los principios que rigen á la comunidad.

Resulta del texto del art. 1,433 que si el precio no ha sido entregado á la comunidad, no se debe compensación. Esto prueba que el crédito del precio no entra en el activo de la comunidad; mientras el precio no está pagado, el derecho queda propio del vendedor, como propio era el inmueble. A primera vista esto parece ser un absurdo; ¿cómo puede entrar el precio en la comunidad cuando el derecho al precio no entra en ella? Es porque el dinero es cosa consumible; la comunidad que tiene su goce, tiene por esto mismo la propiedad, como el usufructuario la adquiere, en virtud del cuasiusufructo, á cargo de restitución ó de compensación. (2) La jurisprudencia aplicó este principio al derecho de embargo; los acreedores del marido pueden embargar los bienes de la comunidad: ¿pueden embargar el precio de un propio de la mujer? Nó, dice la Corte de Nancy, porque siempre fué de principio que el precio, aun debido de la herencia propia á uno de los esposos no hace parte del activo de la comunidad, que pertenece en propio al esposo vendedor hasta que haya sido pagado á la comunidad; el Código Civil en lugar de derogar á la regla tradicional, la confirmó implícitamente. (3) Ha sido sentenciado por

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 99.

2 Toullier, t. VI, 2, pág. 159, núm. 152.

3 Nancy, 20 de Agosto de 1827 y 7 de Febrero de 1840 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 656).

aplicación del mismo principio, que el marido no puede delegar el derecho al precio de un inmueble propio de su mujer; no puede disponer de él como de un bien de la comunidad, puesto que el crédito queda propio á la mujer; no puede disponer de él como administrador de los bienes de su mujer, puesto que el derecho de administrar no implica el derecho de ceder los créditos propios de la mujer delegándolos á sus acreedores personales. (1)

283. Uno de los esposos está llamado á una sucesión puramente mobiliar; tiene derecho, en virtud del reparto, á un excedente de lote. ¿Este crédito puramente mobiliar entrará en la comunidad? Sí, si el reparto tiene lugar antes del casamiento, pues en este caso, el esposo tenía, al casarse, un derecho mueble, el cual, como todo mueble, entra en la comunidad. Nó, si el reparto se hace durante el matrimonio, pues en este caso el esposo tenía un derecho inmueble, ya sea antes del casamiento, ya en virtud de una sucesión inmobiliar que le vino durante el matrimonio; en ambos casos este derecho inmobiliario le es propio; si una parte del derecho está reemplazada por valores muebles, éstos deben también quedarle propios. Tal es el saldo que reemplaza á una parte del derecho inmueble. Esta es la aplicación de nuestro principio. Se objeta que el reparto siendo declaratorio de propiedad, el cónyuge está como si siempre hubiese tenido en su lote un crédito mobiliario; y el derecho mueble resultando de una sucesión entra en la comunidad. La objeción ha equivocado á uno de nuestros antiguos autores. Pothier la refuta. Si, dice, la sucesión fuera en parte mueble y en parte inmueble, entonces habría lugar á la aplicación del principio del reparto declarativo; el heredero en el lote del cual se hubieran puesto muebles de la herencia, se encontraría como habiendo heredado valores muebles, los que, por consiguiente, caerían en la comunidad. Pero se supone que

1 Besançon, 20 de Marzo de 1850 (Dalloz, 1852, 2, 287).



la sucesión es puramente inmobiliar; el derecho del esposo en esta sucesión es, pues, esencialmente inmobiliario; si tiene derecho á un saldo, este reemplazo de lote no se toma en la herencia; luego el principio del reparto está fuera de causa. Es un crédito mobiliario contra un coparticipante, el que se substituye á un derecho inmueble; hay, pues, lugar á aplicar el principio que el valor mobiliario que se substituye por un valor inmobiliario queda propio. (1) Estos principios son también los del Código Civil.

La jurisprudencia está en el mismo sentido. Ha sido sentenciado que el saldo debido al esposo por menor valor de su lote en una sucesión puramente inmobiliar no entra en la comunidad. En el caso, una renta vitalicia había sido constituida en pago del saldo, el derecho á la renta representando un valor inmueble había quedado en propio al esposo acreedor del saldo; la comunidad no tiene derecho sino á los réditos. ¿No tendría derecho á todos los réditos? Una parte de éstos, la que pasa del tanto legal era, en realidad, una parte del derecho inmobiliario al que había sido substituida; luego la comunidad aprovechaba un derecho inmueble y, por consiguiente, debía compensación. (2)

La Corte de Casación ha aplicado este principio, aun á una sucesión parte mueble y parte inmueble, en un caso en el que el saldo sobrepasaba en mucho al activo mobiliario de la herencia. Dos sucesiones habían sido abiertas, antes del matrimonio, en provecho de la mujer; el reparto se hizo durante el matrimonio; ambas masas reunidas solo comprendían en valores muebles la suma de 41,800 francos, lo restante consistía en muebles. Cuando el matrimonio, la mujer recibió de su padre una suma de 100,000 francos en dinero; se pretendió que dicha suma debía entrar en la comunidad

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 100. Rodière y Pont, t. I, pág. 446, número 539, y todos los autores.

2 Douai, 9 de Mayo de 1849 (Dalloz, 1850, 2, 144).

como procediendo de una sucesión; la Corte de Riom, y en el recurso la de Casación, rechazaron esta pretensión. La mujer no había podido tomar en ambas herencias un valor mueble mayor á la suma de 41,380 francos; el excedente representaba su derecho en los inmuebles; luego estaba substituido á un propio inmueble que, por lo tanto, permanecía propio. (1)

No hay que decir que los mismos principios se aplican á la licitación. La parte del precio que toca al esposo en un inmueble licitado le queda propio, de donde resulta que si el adjudicatario lo debe aún, el crédito es mueble, en verdad, pero si es propio de la mujer, los acreedores del marido no pueden embargar. (2)

284. Si uno de los esposos vende un inmueble á él propio, y si promueve en rescisión por causa de lesión, el inmueble en cuya propiedad vuelve á entrar le será propio. Esto no es dudoso, puesto que la venta rescindida es como no haber existido nunca. No es tampoco dudoso, aunque la Corte de Casación haya sentenciado lo contrario, que la acción en rescisión es inmobiliar. Es verdad que el adquirente tiene la facultad de guardar el inmueble pagando el suplemento del precio, pero el derecho facultativo del comprador no determina la naturaleza del derecho que pertenece al vendedor. La acción de este último tiende á volver el inmueble en sus manos; esta es, pues, inmueble, aunque el comprador usando de su derecho pague el suplemento; este precio suplementario representa un derecho inmueble que era propio al esposo; luego es un propio. Esta es la doctrina de Pothier y de los autores modernos. (3) Diremos en el título *De la Venta* que la Corte de Casación ha modificado su primitiva jurisprudencia. No hay lugar á distinguir si el inmueble ha sido vendido antes ó durante el matrimonio;

1 Denegada, 11 de Diciembre de 1850 (Dalloz, 1851, 1, 287).

2 Nancy, 3 de Marzo de 1837, y Douai, 11 de Noviembre de 1812 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 657).

3 Pothier, *De la comunidad*, núm. 598. Toullier, t. VI, 2, núms. 186 y 187.

desde que el inmueble es un propio, la acción por rescisión es inmueble, y, por consiguiente, no ha entrado en la comunidad si la venta es anterior al matrimonio, y si fué posterior, se aplica el principio que la acción que se substituye á un propio, aunque fuese mueble, es un propio, con más razón cuando la acción es inmueble como en el caso. (1)

Si el esposo hubiere comprado un inmueble antes del matrimonio, y si durante el matrimonio la venta es rescindida por causa de lesión, hay una acción de restitución del precio que ha pagado. Esta acción es inmueble: ¿Entra en la comunidad, ó le queda propia? El inmueble era propio, puesto que lo había adquirido antes del matrimonio; el precio que se restituye por él está, pues, substituido á un valor inmobiliario, por lo tanto, debe quedar propio al esposo. Pothier enseña lo contrario, por aplicación del principio, que la venta de un inmueble estando rescindida, el comprador jamás tuvo propio, que solo tiene derecho á una suma de dinero. Hay un motivo para dudar: ¿no se debía aplicar á la rescisión de la venta lo que hemos dicho de la resolución en caso de pacto de recompra? (núm. 231). Nó, hay una razón para esta diferencia; en el caso de recompra, la venta se resuelve de derecho pleno como si jamás hubiese existido, el art. 1,133 lo dice. Pero cuando la venta está rescindida por causa de lesión, el comprador ha sido propietario y puede permanecer propietario si quiere; tiene, pues, un derecho inmueble al que renuncia consintiendo en la rescisión; es por su voluntad como un derecho mueble está substituido por un derecho inmueble; desde luego debe aplicarse el principio de Pothier: El crédito del precio será propio. La cuestión no puede presentarse cuando la adquisición se hace durante el matrimonio, puesto que ésta adquisición forma una ganancial. (2)

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 288 y nota 24, pfo. 507 (4.ª edición).

2 Toullier, t. VI, 2, pág. 191, núm. 189. Rodière y Pont, t. I, pág. 432, nú-

285. Un propio de la mujer está asegurado por el marido; la comunidad paga el seguro. ¿La mujer tendrá derecho á esta indemnización aunque renuncie? Un Tribunal de Primera Instancia ha decidido la afirmativa, y la sentencia muy bien motivada, fué confirmada por la Corte de Apelación. La indemnización pertenece al propietario del inmueble y lo reemplaza; si el inmueble es propio, también debe ser propia la indemnización. Poco importa que el marido haya asegurado el inmueble, esto es un acto de conservación que tiene derecho de hacer como administrador legal de los bienes de su mujer. Poco importa también que la comunidad haya pagado el seguro; ésta no tiene derecho á ninguna compensación por este punto, pues el seguro se hizo por interés de la comunidad, tanto como por el de la mujer, teniendo la comunidad el goce del inmueble. En fin, la renuncia de la mujer no le hace perder su derecho á la indemnización, precisamente porque este derecho le es propio y no entra en la comunidad. Se objetaba que la indemnización era mueble y que con este título debía entrar en la comunidad; el Tribunal contesta que la naturaleza mueble ó inmueble de la indemnización es indiferente; hay también valores muebles que son propios, tal es por ejemplo la indemnización que se substituye á un inmueble propio. Esta es la aplicación del principio de Pothier (núm. 281). (1)

*Núm. 2. De los principios que rigen á los propios mobiliarios.*

286. ¿Cómo probarán los esposos que los objetos muebles poseídos por ellos son propios ó hacen parte del activo de la comunidad? Debe aplicarse el derecho común que rige á

mero 520. Troplong, t. I, pág. 182, núm. 445. Aubry y Rau, t. V, pág. 288, pfo. 507.

1 Burdeos, 19 de Marzo de 1857 (Dalloz, 1858, 2, 61). Hemos citado más atrás, (núm. 261) una decisión análoga; En el caso en que el inmueble es una ganancial, la indemnización entra en la comunidad.

las pruebas, puesto que la ley no lo deroga. El esposo que sostiene que unos efectos muebles son comunes, ¿puede invocar la presunción del art. 1,402? A primera vista se pudiera creer que siendo la presunción legal, no puede ser extendida aunque haya motivo para resolverlo así. En realidad, esta presunción es una consecuencia de los principios que rigen á la prueba. El cónyuge que reclama un efecto mueble á título de propio, debe probar el fundamento de su demanda; si no da la prueba que le incumbe, el efecto permanecerá en la masa mueble que es de la comunidad. La consecuencia tiene aún más fuerza para los muebles que para los inmuebles, puesto que, en regla general, todos los bienes muebles presentes y futuros entran en la comunidad legal. (1)

¿Cómo probará el esposo demandante que el efecto mueble que reclama como propio le pertenece? Siempre según el derecho común, puesto que no se le deroga. El marido pretende que dos rentas hacen parte de la comunidad; invoca la cesión que fué hecha á la mujer. El cedente sostiene que los actos de cesión son ficticios; y para probarlo, invoca cartas de su mujer como principio de prueba por escrito. La prueba ha sido admitida y la cesión declarada nula. Se oponía en interés del marido el art. 1,410, en cuyos términos las deudas de la mujer que no tienen fecha cierta anteriores al matrimonio, no caen en la comunidad. Se quería inducir de esto que ningún escrito de la mujer no puede ser opuesto al marido, á no ser que tenga fecha cierta. Volveremos á esta cuestión de principio; es seguro que el art. 1,410 no era aplicable en el caso, pues no se trataba de una deuda de la mujer, se trataba de saber si ésta era propietaria de las rentas litigiosas. (2)

287. Los efectos muebles que permanecen propios á los

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 290 y nota 31, pfo. 507 (4.ª edición).

2 Limoges, 28 de Noviembre de 1849 (Dalloz, 1852, 2, 70).

esposos ¿entran, no obstante, en la comunidad, en el sentido de que el esposo propietario solo tiene un derecho de crédito? Volveremos á tratar de esta cuestión al ocuparnos de la comunidad de gananciales y de la clausura de realización. Bajo el régimen de la comunidad legal, la solución no nos parece dudosa. El Código solo contiene una disposición acerca de los muebles propios, la del art. 1,401, según cuyos términos los muebles dados á uno de los esposos no entran en la comunidad cuando el donante ha expresado la voluntad que así sea. Estos muebles quedan propios, á igual título que los inmuebles propios, pues la ley no hace ninguna diferencia entre ambas clases de propios. Se objeta que el art. 1,403, que parece decir que los productos de las minas y canteras abiertas durante el matrimonio, caen en la comunidad á cargo de compensación. Pero el objeto de esta disposición no es decidir si el esposo, á la disolución de la sociedad, puede reclamar en naturaleza los productos que existen aún, ó si solo tiene un crédito; los productos de las minas están destinados á ser vendidos, y lo son ordinariamente; el precio se entrega á la comunidad, y en este caso el esposo propietario de la mina ó de la cantera solo tiene derecho á una compensación. El art. 1,403 no prejuzga, pues, nuestra cuestión; ésta debe ser decidida por los principios que rigen á los propios y los gananciales.

288. Las consecuencias que proceden de este principio son importantes. Si el esposo queda propietario de los objetos muebles que se excluyen de la comunidad, resulta que estos efectos están á sus riesgos, para él perecen y se deterioran; aprovechan, al contrario, del aumento de valor que pueden tener. Resulta también que los acreedores de la comunidad no pueden embargar los muebles propios de la mujer, pues los acreedores solo pueden embargar los bienes que pertenecen á su deudor. Hemos citado las sentencias que consagran esta doctrina (núm. 276). El esposo propietario

vuelve á tomar los muebles propios en naturaleza, cuando la disolución de la comunidad, como vuelve á tomar sus propios inmuebles. En fin, el marido no puede enajenar los muebles de la mujer. Este punto da lugar á graves dificultades que examinaremos al tratar de la administración de los bienes de la mujer.

La regla de que los bienes muebles no entran en la comunidad recibe excepciones: hay casos en los que la comunidad se hace propietaria de ellos; volveremos á hablar de este punto. Se entiende que cuando la comunidad adquiera la propiedad de los propios muebles de un esposo, las consecuencias que acabamos de señalar caen, y la excepción conduce á consecuencias enteramente contrarias; los objetos muebles estarán á riesgo de la comunidad, los acreedores de ésta y del marido pueden embargarlos; el marido puede enajenarlos cuando pertenecen á la mujer, y el esposo propietario no tiene sino un crédito en la disolución de la comunidad. (1)

## § II.—DE LOS PROPIOS INMUEBLES.

### *Núm. 1. Inmuebles de los que los esposos tenían la propiedad antes del matrimonio.*

289. Según los términos del art. 1,404, los inmuebles que los esposos poseen el día de la celebración del matrimonio no entran en la comunidad. En el sistema tradicional, las gananciales solas hacen parte del activo de la comunidad legal; y para que un inmueble sea una ganancial se necesita, dice el art. 1,401, núm. 3, que esté adquirido durante el matrimonio; y cuando los esposos poseían ya el inmueble cuando la celebración del matrimonio, es seguro que no ha sido adquirido durante el matrimonio; luego no puede entrar en la comunidad. Queda por saber lo que debe enten-

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 290 y notas 30 y 31, pfo. 507.

derse por la palabra *poseen*. El art. 1,402 contesta á la cuestión: el esposo posee el inmueble cuando tenía la propiedad ó la posesión legal anteriormente al matrimonio.

290. ¿Cuándo tiene el esposo la propiedad antes del matrimonio? El esposo es propietario cuando su título es anterior á la celebración de la unión conyugal, aunque el título no lo haga propietario incommutable siempre que se vuelva propietario en virtud de este título. Por ejemplo, compra un inmueble bajo condición suspensiva, se casa después y la condición se cumple durante el matrimonio, ó aun después de su disolución; la condición cumplida tiene efecto retroactivo al día del contrato (art. 1,179); luego el esposo era propietario en virtud de su título antes de la celebración de su matrimonio, y por tanto, el inmueble le es propio aunque cuando el matrimonio no fuese propietario ni poseedor, pues la venta bajo condición suspensiva no transfiere la propiedad, y es raro que el comprador esté puesto en posesión durante el tiempo en que la condición está en suspenso; pero era propietario condicional, lo que le da la propiedad á partir de la venta cuando la condición llega á cumplirse. (1)

291. El esposo que compra un inmueble antes de su matrimonio, es propietario de él aunque la entrega no le haya sido hecha y que no haya pagado el precio. Esta es la aplicación de los nuevos principios que rigen la translación de propiedad. Si, pues, el matrimonio llegaba á disolverse y que el esposo se volviese á casar, el inmueble le quedaría en propio, aunque el precio fuese pagado por la segunda comunidad; ésta solo tendría derecho á compensación. Que si el inmueble hubiera sido comprado durante la primera comunidad, formaría una ganancial de dicha comunidad. Esto fué sentenciado así en un caso en el que el esposo había estipulado que sus propios entrarían en la comunidad si la se-

1 Duranton, t. XIV, pág. 227, núm. 179.



gunda pagaba su precio. Los esposos pueden, sin duda, hacer muebles sus inmuebles, pero no lo pueden hacer con perjuicio del derecho de tercero. Si hay hijos del primer matrimonio, el inmueble hace parte de la primera comunidad, de la que la mitad pertenece á los hijos; desde luego, el marido no puede, como lo dice la Corte de Casación, introducir á título de ganancial en una segunda comunidad, un inmueble que formaba ganancial en la primera y cuya calidad y propiedad eran irrevocablemente fijadas entre los esposos y el hijo del primer matrimonio. (1)

292. Para que el inmueble sea propio al esposo, no es necesario que haya tenido su propiedad antes de la celebración del matrimonio, basta que lo haya poseído, siempre que la posesión sea legal (arts. 1,402 y 1,404). ¿Qué es lo que entiende el Código por posesión legal? El término no es técnico, y su sentido es vago. Según la terminología del Código, aquel que posee á título precario tiene la posesión: el arrendatario y el usufructuario poseen; sus posesiones son, pues, legales, puesto que están reconocidas por la ley; pero ¿es legal en el sentido del art. 1,402? No, pues nunca pueden llegar á ser propietarios mediante la posesión, por larga que ésta sea; y por posesión *legal* la ley entiende una posesión que prolongándose puede llegar á ser una propiedad por efecto de la prescripción, pues se trata de saber quién es propietario, el esposo ó la comunidad; y cuando el esposo es simple detentor, la cosa no pertenece ni á él ni á la comunidad, pertenece á aquel por quien posee el esposo. Así, la posesión legal es la que conduce á la prescripción; el artículo 2,229 determina sus caracteres. La ley no habla de la buena fe; no está requerida para que la posesión sea legal en el sentido del art. 1,402, pues el poseedor de mala fe puede prescribir solo que debe poseer durante treinta años,

1 Metz, 28 de Noviembre de 1817 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 741).

mientras que el poseedor de buena fe, cuando tiene justo título, prescribe en diez ó veinte años; en uno y otro caso, la posesión conduce á la prescripción; luego ésta es legal. Tampoco está requerido que la posesión sea anual. La posesión anual está requerida para que el poseedor tenga acciones posesorias. Esto nada tiene de común con la posesión legal del art. 1,402; todo cuanto exige la ley es que el esposo posea, no dice que la posesión deba tener cierto tiempo. (1) Poco importa también cuando se cumpla la prescripción, sea durante el matrimonio ó después de su disolución, esto es extraño á la comunidad; ésta no puede, en ningún caso, pretender que el inmueble le sea propio; desde que está probado que la posesión ha comenzado antes de la celebración del matrimonio en provecho de uno de los esposos, queda probado por esto mismo que el inmueble no fué adquirido durante el matrimonio; luego no puede ser una ganancial. (2)

293. ¿Cómo probará el esposo que tenía la propiedad ó la posesión anteriormente á su matrimonio? Se aplica el derecho común, puesto que el Código no lo deroga. Y según el art. 1,341, la prueba testimonial no es admitida para probar los hechos jurídicos cuyo valor pecuniario pasa de 150 francos; la propiedad se prueba, pues, ordinariamente por títulos. No pasa así con la posesión; los hechos de cultivo que la establecen son hechos materiales que pueden probarse indefinidamente por testigos. La Corte de Lieja lo sentenció así, (3) y esto no tiene ninguna duda, aunque Pothier parece decir que puede probarse por testigos el hecho de que el esposo era propietario cuando la celebración del matrimonio; esto es verdad en el sentido de que la posesión se prueba por testigos, y la ley se conforma con esta prueba, se en-

1 Duranton, t. XIV, pág. 235, núms. 177 y 178. Rodière y Pont, t. I, págs. 435, núm. 524. Pothier, *De la comunidad*, núm. 157.

2 Duranton, t. XIV, pág. 235, núm. 276.

3 Lieja, 5 de Junio de 1839 (*Pasicrisia*, 1839, pág. 100, y Dalloz, en la *palabra Contrato de matrimonio*, núm. 765).

tiende cuando se trata de las relaciones del esposo y la comunidad. Para con el propietario reivindicante, el esposo debe probar, ó la propiedad por los títulos ó por la prescripción; mientras que para con la comunidad basta que pruebe que poseía cuando la celebración del matrimonio. En todo caso, la posesión se prueba por testigos.

294. Pothier dice que el inmueble es propio del esposo desde que la causa de la adquisición es anterior al matrimonio. Esto es la aplicación del principio de que aquel que tiene una acción para obtener un inmueble está como teniendo el inmueble. El esposo que tiene una acción inmobiliar, y que la intenta durante el matrimonio, es propietario del inmueble cuando el matrimonio; éste es, pues, un propio. Este principio se aplica sin dificultad ninguna á la acción de nulidad ó de rescisión. El esposo que ha vendido un inmueble y que está perjudicado por más de siete duodécimas partes del precio, tiene derecho á pedir la rescisión de la venta; esta acción es inmobiliar, puesto que tiende á hacerlo dueño de un inmueble; si la intenta durante el matrimonio, el inmueble le quedará propio. Esto no es una adquisición que él hace, vuelve á entrar en propiedad de su inmueble en virtud de una causa anterior al matrimonio; el inmueble debe, pues, quedarle propio.

El principio se aplica sin dificultad á la resolución. Si el esposo antes de su matrimonio ha vendido un inmueble con pacto de recompra y si ejerce su derecho durante el matrimonio, el inmueble le quedará propio. Esto no es una adquisición que él hace, como parece decirlo el término de recompra, no es por una nueva venta como se hace propietario, es la venta la que está resuelta; y la resolución retroaccionando al día del contrato, nunca cesó de ser propietario; lo era, pues, al casarse y, por lo tanto, el inmueble le queda propio.

Lo mismo sucedería en caso de revocación de una dona-

ción, pues la revocación no es sino la resolución del contrato. Cuando la revocación retrotrae, se aplica á la letra lo que acabamos de decir; poco importa que la resolución se haga en virtud de la ley, en caso del advenimiento de un hijo, ó por efecto de la convención cuando el donatario no ejecuta los cargos, lo seguro es que la donación está revocada retroactivamente y que, por consiguiente, el esposo donante era propietario del inmueble dado el día de la celebración de su matrimonio, lo que decide la cuestión. ¿Sucederá lo mismo cuando se revoca la donación por causa de ingratitud? Hay un motivo para dudar, es que la revocación no retrotrae en este caso. Sin embargo, debe decidirse que el inmueble es propio. La retroactividad importa á los terceros. El esposo donante deberá respetar los derechos reales concedidos por el donatario, esto es extraño á la comunidad; respecto á ella, se trata de saber si el inmueble es una ganancial; y el inmueble no está adquirido durante el matrimonio, el donante se rehace de él en virtud de una causa inherente á la donación; luego anterior al matrimonio, lo que es decisivo.

295. Hasta aquí todos están acordes. ¿Deberá aplicarse el mismo principio á la resolución de la venta por falta de pago del precio? Hay controversia y duda, aunque Troplong diga que el inmueble queda propio sin ninguna duda y que la opinión contraria es insostenible. Creemos también que el inmueble es propio del esposo vendedor que promovió la resolución. Es seguro que el esposo vendedor tiene derecho á la resolución cuando el matrimonio; tiene, pues, una acción inmueble, esta acción le queda propia y, por consiguiente, el inmueble lo es igualmente. Lo que confirma esta opinión en derecho, es que la condición resolutoria tácita produce el mismo efecto que la condición resolutoria expresa, salvo que ésta tiene lugar de derecho pleno, lo que nada tiene de común con nuestra cuestión.

Se hace una objeción muy especiosa. El esposo ha vendido el inmueble antes de la celebración del matrimonio, el derecho al precio entra en la comunidad; y la acción en resolución de la venta es un medio de hacer valer el crédito del precio, un accesorio de este crédito; como tal, entra en la comunidad y solo puede ser ejercido por ella; el inmueble será, pues, una ganancial, toma el lugar del precio que pertenecía á la comunidad. En nuestro concepto, la acción en resolución no es un accesorio del derecho al precio por su naturaleza y su objeto. El vendedor tiene dos derechos. Puede perseguir la ejecución de la venta y el pago del precio garantizado por un privilegio; este derecho es mueble; cuando el vendedor lo ejercita, el contrato se mantiene. Si el comprador no paga el precio, el vendedor puede promover en resolución; este derecho es inmueble y tiene por objeto resolver la venta como si nunca hubiera existido. ¿Puede decirse que el derecho de promover en resolución es un medio de hacer valer el crédito? No, pues el vendedor que promueve en resolución no puede ejercer su crédito, puede volverse á hacer de la propiedad del inmueble; si prefiere reclamar el precio, renuncia á la resolución. ¿Se dirá que el temor de la promoción por resolución dispone al comprador para pagar? Lo testaremos, y esto es de seguro el hecho general, que si el comprador no paga es que no tiene el dinero necesario. Contestaremos también que el vendedor no tiene necesidad de este medio para que se le pague, tiene su privilegio que le asegura el pago hasta concurrencia del valor del inmueble, y no tendrá más si promueve en resolución. (1)

Se invoca la autoridad de Pothier en favor de la opinión que adoptamos. La hipótesis de Pothier es diferente y dudamos que su solución sea buena. Supone que la resolución

1 Troplong, t. I, núm. 518. Tessier, *Sociedad de gananciales*, núms. 38 y 42. En sentido contrario, Aubry y Rau, t. V, pág. 296, nota 48.

se hace por convención, el comprador consiente en la resolución. Esta no es la condición resolutoria del Código Civil, es la resolución convencional; y la resolución convencional es una nueva venta; forma, pues, una ganancial. Pothier agrega que el esposo que vuelve á la propiedad de su inmueble debe compensación del precio á la comunidad. Dudamos que esto sea exacto. Cuando la venta está resuelta por falta de pago del precio, el efecto de la resolución es que la venta nunca ha existido; no hay vendedor, ni comprador, ni precio; ¿á qué título reclamaría la comunidad una compensación por un precio que no existe? Se dirá que esto es engañar á la comunidad, que el cónyuge del vendedor debía contar con este precio en la comunidad, ó reservarse el inmueble como propio. Esto es verdad, pero se puede decir que el vendedor engañe á su cónyuge, pues éste podía expresar la resolución, puesto que es el derecho del vendedor. En cuanto al derecho que tiene el vendedor para hacer entrar en la comunidad ó nó, el valor del inmueble, no nos toca esta consideración; así sucede en todos los casos en que el deudor tiene una opción que ejercer, por ejemplo, si la venta fuese alternativa de un mueble ó de un inmueble. En este caso también el vendedor puede reservarse el inmueble ó hacer entrar el efecto mueble en la comunidad. ¿Se dirá por esto que defraude á la comunidad escogiendo el inmueble? Aquel que ejerce un derecho no defrauda á nadie.

296. Se supone que el título del esposo tiene un vicio que lo hace nulo: durante el matrimonio el acta es confirmada: ¿será el inmueble un propio ó una ganancial? Pothier contesta que el inmueble será propio. Esto nos parece evidente. Aunque el título esté viciado, procede, sin embargo, de una fecha anterior al matrimonio. A consecuencia de la confirmación, el vicio está borrado y el título se considera como habiendo sido siempre válido. ¿Se dirá que la confirmación no perjudica á los derechos de terceros y que la comunidad

es un tercero? Esto sería raciocinar mal, pues la comunidad no tenía ningún derecho al inmueble; la confirmación no le quita tampoco ninguno. Con relación á la comunidad, se trata de saber si el inmueble ha sido adquirido antes ó durante el matrimonio, y esta cuestión no es dudosa.

Pothier pregunta si sucedería lo mismo con la confirmación de una convención absolutamente nula. Entiende por esto una convención que no tiene existencia ante la ley. Pothier contesta que las actas absolutamente nulas no son susceptibles de confirmación, y concluye de esto que la pretendida confirmación que hace al esposo propietario, es una nueva convención, de donde resulta que el inmueble será una ganancial. La decisión es muy jurídica y es notable, pues ella prueba que Pothier admitía la distinción de las actas nulas y de las actas inexistentes; solo que su doctrina, como la de todos los autores antiguos, es insegura en lo que se refiere á las condiciones requeridas para que una convención tenga una existencia legal.

297. El principio sentado por Pothier se aplica también á la transacción. Se supone que el esposo, propietario en virtud de un título dudoso, transe con aquel que se pretende propietario. El inmueble acerca de cuya propiedad se transó, ¿será propio ó ganancial? Hay un motivo para dudar, y es que el esposo deberá pagar cierta suma para conservar la propiedad: ¿no es esto una adquisición hecha durante el matrimonio? Nó; una cosa es adquirir y otra es transar. La transacción no es un nuevo título; confirma y valida un título antiguo, y este título es anterior al matrimonio. El texto de los arts. 1,402 y 1,404 quita toda duda: basta que el esposo haya poseído como propietario cuando la celebración del matrimonio; y el esposo poseía seguramente con este título, puesto que se pretende propietario y su propiedad debía tener algún fundamento, puesto que aquel que reivindicó la cosa como suya creyó deber transar.



Pothier agrega, sin embargo, una reserva. No sucederá así, dice, si por la transacción el esposo hubiese reconocido que la herencia pertenecía al demandante en reivindicación, el cual ha consentido á que el fundo quede al esposo mediante la suma que éste consiente en pagarle. La transacción es entonces una verdadera venta; hay, pues, adquisición, y, por consecuencia, el inmueble es una ganancial.

298. No debe confundirse la confirmación con la ratificación. Si el tercero que vendió el inmueble al esposo antes del matrimonio, obró en nombre del propietario y que éste ratifique durante el matrimonio, es seguro que el inmueble será propio, pues la ratificación equivale al mandato; el esposo es, pues, propietario en virtud del contrato anterior á la celebración del matrimonio, lo que es decisivo. Pero si el tercero hubiese vendido la herencia en su nombre propio, ya no hay lugar á ratificación aunque el propietario consintiera á ejecutar la venta; este consentimiento no es una ratificación, se forma un nuevo contrato entre el esposo y el propietario, y es solo en virtud de este nuevo contrato como el esposo se hace propietario; luego hay ganancial. ¿Se dirá que el esposo era poseedor y que la posesión legal basta para atribuirle el inmueble á título de propio? Sí, cuando el esposo invocara la posesión; es decir, si hubiera prescripto la propiedad. Pero, en el caso, invoca su título y la ratificación; la posesión estando fuera de causa, la cuestión debe ser decidida por los títulos. (1)

299. El inmueble es propio del esposo cuando tenía la propiedad anterior al matrimonio, sin que deba distinguirse si lo adquirió á título gratuito ó á título oneroso. De esto resulta que el inmueble dado por contrato de matrimonio á uno de los esposos ó á ambos, es propio, ya sea por entero en provecho de uno de ellos, ya sea por mitad en provecho de ca-

1 La cuestión está controvertida. Véanse en diverso sentido las autoridades citadas por Aubry y Rau, t. V, pág. 298, nota 50, pfo. 507.



da uno, pues los donatarios eran propietarios anteriormente al matrimonio, puesto que el contrato de matrimonio es necesariamente anterior á la celebración de la unión conyugal. Esta era la regla del derecho antiguo, y el Código no la ha cambiado. (1)

300. En el derecho antiguo se hacía una excepción á este principio en el caso en que el donante era pariente de uno de los esposos. Si daba á ambos cónyuges, la donación era, no obstante, presumida hecha en provecho de aquel de los esposos que era su presunto heredero. La presunción se fundaba en el afecto que el donante tenía para aquel de los cónyuges con el que estaba ligado por lazos de familia ¿Deberá seguirse esta doctrina bajo el imperio del Código Civil? Se enseña así, pero con malas razones, en nuestro sentir. Notemos desde luego que se hace decir al donante otra cosa de lo que dice. Está libre de dar exclusivamente á su presunto heredero á título de anticipo de herencia. En lugar de esto, da á ambos cónyuges; dar á dos personas es dar á cada una la mitad. Tal es el sentido natural y legal de la donación. Para darle un sentido diferente se necesitaría una manifestación de la voluntad del donante, la que no existe, ó una presunción de la ley, la que tampoco existe. Si en el derecho antiguo se admitía esta presunción, es porque las costumbres la consagraban y los jurisconsultos gustaban de decidir por vía de presunciones, lo que podían hacer no estando ligados por los textos, como nosotros. Las costumbres solo son ya historia, ya no hay presunciones otras que las que establece la ley (art. 1,350). En cuanto á las presunciones del hombre, solo se admiten en el caso en que la ley admite la prueba testimonial, y la ley desecha esta prueba cuando se trata de probar contra lo contenido en las actas (art. 1,341). ¿No es esta la prueba que en el caso se pre-

1 Pothier, *De la comunidad*, núms. 159 y 169.

tende hacer? El acta dice que la donación está hecha á ambos esposos, y se pretende que uno de los esposos únicamente es donatario; esta prueba solo puede darse por escrito; y cuando se trata de una acta solemne, tal como la donación, se necesitaría también una acta solemne que la derogase. Esto es decir que las pretendidas presunciones que se invocan deben ser desechadas. (1)

Con más razón no podemos admitir las presunciones que se invocan para atribuir la donación como propio de la mujer, heredera del donante, aunque esté hecha en provecho del marido. La singular razón que da Troplong para motivar esta decisión basta para desecharla. «Es *seguro*, dice, que si la donación es hecha al marido por los parientes de la futura, es como si se la hicieran para su mujer, y el inmueble es propio de aquella. Esta es la decisión de la Corte de Anjou. Se supone que el marido solo fué citado porque representa á su mujer, que gestiona y defiende sus intereses, y que durante el matrimonio el goce de la cosa le pertenece; todo esto, salvo prueba contraria. (2) Sentimos decirlo; hay en estas palabras casi tantos errores como palabras. ¡*Es seguro!* esto es una apreciación del autor y debe inclinar á los intérpretes á desconfiar de su opinión, pues lo que uno califica de certeza es calificado de error por otro. ¡Por qué es esto *seguro*? La Corte de Anjou lo dice; ¿será por casualidad que aun vivimos bajo el imperio de las costumbres? ¡*Se supone!* ¿Quién? Solo los legisladores pueden hacer suposiciones, pues éstas son verdaderas presunciones legales. Tal es la suposición que Troplong toma de un tratado acerca de las cosas dudosas. Nosotros decimos que esto es una presunción legal; en efecto, Troplong agrega: *Salvo prueba contraria*. Esto es, pues, una presunción que dispensa de la prueba al pretendido donatario, y es el verdadero

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 217, nota 49 (4.ª edición).

2 Troplong, t. I, pág. 212, núm. 602, y todos los autores.

donatario, el donatario titular quien debe probar que la cosa le fué dada. Esto es contrario al sentido común tanto como al derecho.

Se llevan aun más lejos estas presunciones: ¿por qué pararse cuando se es libre de crear presunciones en donde se ven probabilidades? La herencia dada á la mujer por los padres del marido ¿será propio del marido? No hay, dice Troplong, razones mejores que las precedentes para decidirlo así. Deberá decir que las razones son igualmente malas. Sin duda la mujer no tiene calidad para recibir en nombre de su marido. ¿Tendrá el marido calidad para representar á su mujer cuando todavía no hay ni mujer, ni marido, puesto que se supone una donación hecha por contrato de matrimonio? Se consultarán las circunstancias, dice Troplong. Otros autores admiten la presunción, aunque Pothier la haya desechado. (1) Se puede ver á lo que conducen los intérpretes cuando se encargan de hacer la ley, pues la hacen creando presunciones que la ley ignora; llegan á la más completa incertidumbre.

301. Pothier asienta también como regla que lo que está unido por una unión real á una herencia, sigue su naturaleza: Concluye de esto que lo que está unido, aunque durante el matrimonio, por una unión real á una herencia propia de uno de los esposos, es igualmente un propio. Esta regla es general; se aplica á las gananciales como á los propios; es la aplicación del principio que el accesorio sigue la naturaleza del principal: la cosa unida á un propio haciendo un solo cuerpo con él, no se concibe que la cosa unida tenga otra naturaleza que aquella que tiene la cosa á la que está unida y con la que se confunde.

302. Tal es el aluvión que, según el art. 556, aprovecha al propietario ribereño. Estos hacinamientos se hacen suce-

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 170. En sentido contrario, Aubry y Rau, pág. 297, nota 49. Compárese Troplong, t. I, pág. 212, núm. 603.

siva é imperceptiblemente; en el momento en que se forman no se pueden distinguir de la heredad á la que se unen, aunque pueden acabar por hacerse considerables. Se puede, pues, decir de esta adquisición, que se confunde con la cosa principal á la que se une y toma su naturaleza. Este es el motivo jurídico. Hay además un motivo de equidad: el propio puede ser perjudicado, disminuido por la acción de las aguas, y es justo que pueda recibir un aumento. El mismo principio se aplica á las islas cuando pertenecen al propietario ribereño (art. 561). (1)

303 El principio se aplica también á las construcciones que se hacen, durante el matrimonio, en un terreno propio á uno de los esposos: las casas toman la naturaleza del suelo al que adhieren, á reserva de recompensa que el esposo debe á la comunidad por los gastos de construcción. Esta es la doctrina de Pothier, (2) y está consagrada por el Código Civil. Según los términos del art. 1,437, todas las veces que se toman de la comunidad cantidades de dinero para el mejoramiento de los bienes personales á uno de los esposos, éste debe compensación por ellas; esta disposición, concebida en términos generales, abarca á las construcciones nuevas tanto como á las reparaciones y reconstrucciones; resulta de ello que el esposo propietario del inmueble se hace propietario de las mejoras, puesto que es deudor hácia la comunidad por los anticipos que ésta le hace. La cuestión ha sido sentenciada en este sentido por la Corte de Casación en materia fiscal. El marido había hecho unas construcciones considerables en un propio de la mujer; los herederos de ésta, habiendo renunciado á la comunidad, el marido se hizo adjudicatario por el todo; es decir, por la construcción así como por el suelo, y, en consecuencia, debía los derechos de mutación por el valor del inmueble; se pretendía para el marido que las construcciones no eran mejoras. La Corte de

1 Rodière y Pont, t. I, pág. 479, núms. 568 y 569.

2 Pothier, *De la comunidad*, núm. 192.

Casación decidió que el Tribunal de Primera Instancia había sentenciado bien condenando al marido al pago de los derechos de mutación. Haciendo abstracción del art. 1,437, el principio de la accesión acerca del que Pothier se funda, hubiera bastado para decidir la cuestión. (1)

304. Pothier exige que la unión sea real; si no es sino de simple destino, no impide á la heredad de ser una ganancial. Por ejemplo, si he adquirido durante mi matrimonio un pedazo de terreno vecino á una hacienda que me pertenecía en propio, si comprendo esta tierra en el arrendamiento que doy de la hacienda como formando una de sus dependencias, la tierra nuevamente adquirida no dejará de ser una ganancial; la razón es que la hacienda no puede ser considerada como cosa principal de que la tierra es un accesorio; ésta era distinta de la hacienda antes de la adquisición que hice, y permanece distinta. Pothier agrega que lo mismo sucedería si la tierra hubiera sido anexada á un cercado, tal como un parque, derribando la cerca antigua y volviéndola á levantar de manera que comprenda la nueva tierra; la unión solo es de destino, y la tierra no es el accesorio del parque. (2) Se ha invocado, para sostener la opinión contraria, el artículo 1,019, que dispone que si el testador, después de haber legado un cercado aumenta despues la cerca, la porción nuevamente agregada hará parte del legado. Citamos el argumento como ejemplo de los argumentos forzados que se permiten los autores. La extensión de un legado es una pura cuestión de intención; mientras que no depende de la voluntad de uno de los esposos el crear propios, la ley es la que lo decide, ó si se quiere, el régimen que los esposos han adoptado y que se hace su ley. (3)

1 Sentencia del Tribunal del Sena, 6 de Junio de 1855 (Dalloz, 1855, 3, 71), y Denegada, 18 de Marzo de 1856 (Dalloz, 1856, 1, 129). Compárese Denegada, 9 de Junio de 1836 (Dalloz, *Contrato de matrimonio*, núm. 2,594).

2 Pothier, *De la comunidad*, núm. 194.

3 Marcadé, t. V, pág. 487, núm. 7 del artículo 1,408. Rodière y Pont. t. I, pág. 483, núm. 574. En sentido contrario, Taulier, t. V, pág. 54.

*Núm. 2. De los inmuebles adquiridos á título gratuito.*

*I. De los propios de sucesión.*

305. «Los inmuebles que heredan los esposos durante el curso del matrimonio á título de sucesión, no entran en la comunidad» (arts. 1,404 y 1,402). Este es un principio tradicional. Pothier asienta como regla que los inmuebles que son *propios* en materia de sucesión son también propios en materia de comunidad. Se ve que nuestro principio tiene sus raíces en el espíritu del derecho antiguo que, bajo cierto aspecto, es también el espíritu del derecho moderno. Se querían conservar los bienes en las familias de donde procedían. De ahí la máxima de costumbres: *Paterna paternis*. Los autores del Código Civil la han desechado, pero la tuvieron en cuenta en el reparto por linaje, así como en la composición de la comunidad; los muebles entran en ella, mientras los inmuebles permanecen generalmente propios. Es la única razón que explique el principio tradicional que el Código ha consagrado. En derecho, no habría ningún motivo para distinguir las sucesiones mobiliarias de las inmobiliarias; unas y otras forman un título personal del heredero, y debieran, por consiguiente, quedarle en propios; solo la tradición explica la anomalía.

306. Ha sido sentenciado que la parte de un heredero renunciante, en una sucesión inmobiliar que toca al esposo, le es propia. (1) Esto es tan evidente que no se entiende cómo pudo haberse contestado. La aceptación de una sucesión se hace por el todo, y no por la parte hereditaria de lo sucesible; cuando, pues, un heredero renuncia, su coheredero á quien toca su parte no hace una nueva adquisición. Ni siquiera puede decirse que se mejore, la recibe por derecho de no decrecimiento; luego á título de sucesión, lo que es decisivo.

1 Lieja, 9 de Marzo de 1816 (*Pasicrisia*, 1816, pág. 71).

307. Si en una sucesión inmobiliar un o de los herederos recibe un saldo en dinero para completar su lote, este saldo ¿le quedará propio? La afirmativa es segura, como lo hemos dicho más atrás (núm. 283). Si la sucesión es parte mueble y parte inmueble, ¿determinará el reparto cuáles son los bienes que entran en la comunidad y cuáles serán excluidos de ella? Esta es la opinión general; hemos expuesto los motivos de duda (núm. 233).

308. Los inmuebles que da el ascendiente y á los que sucede, si se encuentran en naturaleza en la sucesión, ¿le son propios? El texto de la ley contesta á la cuestión: en los términos del art. 747, los ascendientes *suceden* á exclusión de todos los demás en las cosas por ellos dadas á sus hijos y descendientes fallecidos sin posteridad. Es, pues, por un derecho de *sucesión* como los ascendientes donantes recojen estos bienes, por lo que les son propios. Lo mismo sucede en los demás casos de retorno legal (arts. 351, 352, 766). Transladamos al título *De las sucesiones* por lo que toca al principio (t. IX, núms. 162, 163). La aplicación del principio á la comunidad no es dudoso. Unos esposos comunes en bienes dan á su hijo una ganancial de comunidad, el inmueble se encuentra en naturaleza en la sucesión del hijo difunto sin posteridad: cada uno de ellos tomará la mitad á título de sucesión, y el inmueble les quedará propio por mitad.

En vano se dirá que el inmueble les *retorna* y que debe, por consiguiente, conservar la naturaleza de ganancial que tenía. Es impropiamente como se califica la sucesión especial de los ascendientes de derecho de *retorno*; éstos recojen el inmueble dado como herederos; luego les es propio. No pasaría así si la donación hubiere sido hecha con cláusula de retorno; esto es una donación con condición resolutoria; la condición realizándose, la donación está resuelta, y, por consiguiente, el inmueble dado está como si siempre

hubiera pertenecido al patrimonio del donante; conserva, en este caso, la naturaleza de ganancial que tenía. (1)

309. El inmueble adquirido por retracción sucesoria, ¿forma propio? Se enseña generalmente la afirmativa. Nos parece imposible admitir esta opinión. El ejercicio de la retracción sucesoria supone que uno de los herederos cede su derecho á la sucesión; la ley permite á los demás herederos apartar al cesionario del reparto, reembolsándole el precio de la cesión. Así, el heredero que usa de este derecho, vuelve á comprar la parte hereditaria de su concesible; esta es una adquisición á título oneroso hecha por un esposo común de bienes; forma, por consiguiente, una ganancial. Tal es la regla, á no ser que pueda aplicarse la excepción del artículo 1,404. ¿El esposo que usa de su derecho de retracción adquiere los bienes por sucesión? Lo que caracteriza esta adquisición es que se hace á título gratuito, mientras que el que retracta adquiere á título oneroso; paga el precio del inmueble del que se hace propietario. El heredero adquiere en virtud del lazo de sangre que lo liga al difunto, ¿el que retracta tiene derecho al inmueble en virtud de esta vocación divina, como decían las costumbres antiguas? Nó, es su coheredero, aquel que cedió su parte hereditaria, quien estaba llamado por Dios; el título del que retracta no es otro que el del cesionario á quien está subrogado (t. X, número 386); esto es, pues, un título oneroso, por lo tanto, el inmueble es una ganancial.

¿Qué se dice en apoyo de la opinión general? Se afirma, y sucede que estas afirmaciones están en oposición con el texto y el espíritu de la ley. Son inmuebles que *tocan* al esposo á título de *sucesión*, dice Duranton. ¿Es esto lo que dice el art. 841? El inmueble toca al cedente á título de sucesión; es, pues, imposible que toque con este título al que

1 Duranton, t. XIV, pág. 251, núm. 187. Troplong, t. I, pág. 209, números 587 y siguientes.



retracta; su título es diferente: compra, no sucede. Otros autores dicen que la causa de la retracción es enteramente personal al que retracta. Nó, pues todos los coherederos tienen el derecho de retracción, la ley se los da por razones bastante malas que hemos expuesto en otro lugar; lo seguro es que nada tienen de personal con el que retracta. Por lo demás, no es esta la cuestión; se trata de saber si la retracción es un título de sucesión. Sí, dice Troplong, porque la acción deriva del derecho de sucesión. Sin duda la acción pertenece solo á aquel que es heredero, pero ¿qué importa? Hay que ver cuál es la naturaleza de la acción. Es una acción de recompra; luego una adquisición á título oneroso. (1)

Solo conocemos un motivo jurídico que pueda alegarse en apoyo de la opinión general. El heredero que ejerce la retracción, lo hace durante la indivisión, puesto que la retracción tiene por objeto apartar de la división al cesionario; adquiere, pues, la parte indivisa de su coheredero; es decir, la parte en una sucesión de que él mismo es propietario por indiviso. ¿No es este el caso de aplicar el art. 1,408 que declara que la parte adquirida así no forma una ganancial? El argumento es especioso, pero hay muchas contestaciones que darle. Desde luego, el texto del art. 1,408: la ley supone que el heredero adquiere la parte de un *inmueble* del que era propietario por indiviso, y, en el caso, el heredero adquiere toda una parte hereditaria. Luego, el espíritu de la ley. ¿Por qué el esposo copropietario se vuelve propietario de todo el inmueble? Esto es una consecuencia del principio establecido por el art. 883. La ley supone, pues, que el acto pone término á la indivisión. Y la retracción sucesoria, en lugar de poner fin á la indivisión, implica una partición que hacer, puesto que tiene por objeto impedir al cesionario tomar parte en el reparto. Se trata, pues, de situacio-

1 En sentido contrario, Duranton, t. XIV, pág. 251, núm. 186. Rodière y Pont, t. I, pág. 483, núm. 577. Troplong, t. I, pág. 209, núm. 586.

nes enteramente diferentes, por consiguiente, el art. 1,408 debe ponerse fuera de causa.

## *II. De los inmuebles dados.*

310. El art. 1,405, dice: "Las donaciones de inmuebles que se hacen durante el matrimonio solo á uno de los esposos, no caen en la comunidad y pertenecen al donatario únicamente." Ya hemos dicho que esta disposición deroga al derecho antiguo. Se dice que está fundada en las mismas razones que aquella que se refiere á las sucesiones. (1) Es verdad que los dos títulos son igualmente gratuitos, pero lo gratuito del título no es una razón decisiva. El tesoro forma una ganancial, al menos en nuestra opinión, y, sin embargo, es una adquisición á título gratuito. Hay además una diferencia capital entre las sucesiones y las donaciones. Dios hace á los herederos, no á los donatarios, y es porque Dios hace á los herederos como los inmuebles que les tocan á título de sucesión quedan propios al heredero. Se dice también que el donante y el donatario pueden desear que el bien quede en la familia del esposo á quien fué dado. Contestaremos que en el derecho antiguo había mucho más apego á la conservación de los bienes en las familias, y sin embargo, la donación formaba generalmente una ganancial. Solo hay una razón que justifique en ciertos casos la decisión del Código, esto es cuando la liberalidad se hace en anticipo de herencia; la ley hubiera debido limitar su decisión á esta hipótesis en la que la donación se vuelve un título de sucesión.

311. El art. 1,405 nada dice de las donaciones. No hay que decir que la disposición se aplica también á los legados; era inútil mencionarlos, puesto que los legados son una especie de donación. Los motivos para decidir son por otra parte idénticos.

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 70, núm. 33 bis II.

312. En la opinión que hemos enseñado (núm. 271), los bienes dados á ambos esposos caen en la comunidad, á no ser que el donante diga que deben quedar en propio á los donatarios. Lo mismo pasa con una donación hecha bajo forma de cesión; no se considera el nombre que las partes dan á sus convenciones, se toma en consideración la naturaleza del contrato y la intención de las partes contratantes.

Un padre declara vender, ceder y abandonar para siempre á su yerno y á su hija un terreno determinado. El acta dice que la cesión se hace con cargo para los cesionarios, de pagar la mitad de las deudas de la comunidad que había existido entre el cedente y su difunta esposa, y de alojarlo y alimentarlo, tanto en estado de salud, como de enfermedad. Sobrevinieron dificultades después de la muerte del padre, acerca de la naturaleza del inmueble que había cedido. ¿Era un propio ó una ganancial? Fué sentenciado que la pretendida cesión era, en realidad, una demisión de bienes, tal como el Código la consagró bajo el nombre de reparto de ascendientes. Quedaba por saber quién era el donatario; un reparto de bienes solo puede hacerse entre los descendientes. En el caso solo había una hija, es á ella á quien el ascendiente había querido gratificar por un anticipo de herencia; luego á título de sucesión, lo que hacía al inmueble un propio. (1)

313. La donación que acabamos de mencionar era hecha con cargo y no por eso dejaba de conservar el carácter de liberalidad, porque los cargos estaban lejos de igualar al valor de los bienes dados, bastando los productos para cubrirlos. En estos términos, una donación onerosa es siempre una donación, y, por consiguiente, cae bajo la aplicación del artículo 1,405. Si los cargos igualasen al valor de los bienes, el acto ya no sería una donación, habría cesión de bienes á

1 Denegada, 27 de Abril de 1859 (Daloz, 1859, 1, 508).

título oneroso, y, por lo tanto, el inmueble sería una ganancial. (1)

314. Por contra, las donaciones disfrazadas bajo la forma de un contrato oneroso serían propios del esposo donatario. Es la naturaleza del acta la que decide si es propio ó ganancial, y no el nombre simulado que las partes le han dado. (2)

*Núm. 3. Los arreglos de familia.*

315. El art. 1,406, dice: «El inmueble abandonado ó cedido por el padre ó la madre á otro ascendiente ó á uno de los esposos, ya sea para cumplir lo que debe, ya á cargo de pagar las deudas del donante á extraños, no entra en la comunidad, salvo compensación ó indemnización.» Pothier llama á esta convención un *acomodo de familia*; dice que el inmueble cedido en estas condiciones queda propio al esposo por aplicación de la regla general, en virtud de la cual los propios de sucesión son propios de comunidad. Esto es decir que considera el arreglo de familia como una anticipación de herencia; vamos á reproducir su explicación, es la exposición de los motivos del art. 1,406.

Un padre, durante el matrimonio de su hijo, le abandona un inmueble á cargo de pagar sus deudas en totalidad ó en parte. En apariencia, esta acta es á título oneroso, puesto que el hijo recibe el inmueble y debe pagar las deudas de su padre, lo que parece equivaler á una venta. En realidad, el acta es un anticipo de herencia. En efecto, el padre solo adelanta el tiempo de la apertura de su heredad para hacer, viviendo él, lo que se hiciera una vez muerto, en virtud de las reglas que rigen á las sucesiones. Supongamos que no hubiese abandonado la herencia, su hijo la hubiera recogido como heredero y solo lo hubiera sucedido con cargo de las deudas del padre. Hé aquí, pues, lo que el padre hace por

1 Duranton, t. XIV, pág. 261, núm. 190. Odier, t. I, pág. 131, núm. 127.

2 Battur, t. I, pág. 367, núms. 245, 246.

acomodo de familia. Luego el hijo recibe el inmueble en anticipo de sucesión, es un propio de sucesión, por consiguiente, un propio de comunidad.

Lo mismo sucede en el segundo caso previsto por el artículo 1,406. Un padre abandona una herencia á su hijo para quedar pagado lo que le debe, por ejemplo, por su cuenta de tutela. En realidad, esto es un anticipo de herencia. Si el padre no hubiese abandonado el inmueble, el hijo lo hubiera recogido en sucesión, y su crédito contra su padre se hubiera extinguido por confusión. El hijo recibe, pues, mientras vive su padre, una herencia que hubiera recogido como heredero; es un anticipo de sucesión, y, por consiguiente, un propio de comunidad. (1)

316. La disposición del art. 1,406, ¿es una excepción, ó es la aplicación de un principio general? Bajo ciertos puntos, es excepcional, puesto que un inmueble adquirido á título oneroso durante el matrimonio debiera ser una ganancial, mientras que la ley dice que no entra en la comunidad. Se puede sostener con Pothier que el título de oneroso es más aparente que real, puesto que la cesión forma, en realidad, un anticipo de herencia; luego un título gratuito, y un título gratuito que constituye un propio, puesto que la herencia es un propio de sucesión. Sin embargo, la explicación de Pothier no impide que haya una derogación al derecho común en lo que él llama un acomodo de familia. Es solo bajo las condiciones determinadas por la ley como este arreglo de familia es un anticipo de herencia y que de él resulta un propio. (2) ¿Cuáles son estas condiciones y por qué las prescribe la ley?

317. Desde luego, la ley supone que el inmueble está abandonado por un ascendiente. Si, pues, otro pariente hacía abandono bajo una de las condiciones que el art. 1,406

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 139.

2 Rodière y Pont, t. I, pág. 490, núm. 582. Colmet de Santerre, t. VI, página 73, núm. 34 bis I.

prevee, el inmueble no sería un propio; adquirido á título oneroso por uno de los esposos durante el matrimonio, formaría una ganancial. ¿Por qué la ley solo permite al ascendiente el hacer un anticipo de herencia? ¿Por qué el inmueble que un tío abandona á su sobrina, con cargo de pagar sus deudas á un tercero, es una ganancial, mientras que el inmueble cedido en las mismas condiciones por un ascendiente es un propio? La disposición es tradicional; hay, pues, que buscar la razón en la tradición. El espíritu del derecho antiguo era conservar los bienes en las familias; hé aquí por qué la donación que en general formaba una ganancial, producía un propio cuando procedía del ascendiente del esposo donatario. Por la misma razón el inmueble cedido por un ascendiente debía permanecer propio al esposo cuando el abandono se hacía bajo condiciones que hacían de él un anticipo de herencia; en el pensamiento del ascendiente, siempre era un propio de sucesión; luego un propio de comunidad. Mientras que la donación hecha por otro pariente era un ganancial, y por identidad de razón debía de considerarse como ganancial el inmueble que un pariente, un tío, por ejemplo, abandonaba á uno de los esposos; este pariente solo podrá tener una intención de liberalidad, y no voluntad de hacer un anticipo de herencia, puesto que en el orden regular de las cosas el esposo no debía suceder al donante. Hé aquí por qué se permanece en el derecho común; el inmueble está cedido con cargos; luego á título oneroso, y, por consiguiente, el inmueble es una ganancial. (1)

318. No debe concluirse de esto que la cesión hecha por el ascendiente solo es un anticipo de herencia en el sentido del art. 1,406, cuando el esposo es heredero presunto del donante, cuando la sucesión y su sucesible á su muerte. La ley no exige esta condición; desde luego, el intérprete no la puede exigir. Según los motivos dados por Pothier, se pu

1 Rodière y Pont, t. I, pág. 494, núm. 586.

diera creer que, en este caso, la disposición del art. 1,406 no tiene ya razón de ser. Pothier prevee la objeción y la contesta. Hay sucesión anticipada, dice, aunque el abuelo hubiese dado á su nieto durante la vida del padre, pues aunque el nieto no sea heredero directo del abuelo, recoge los bienes de su padre grande en la sucesión de su padre; es, pues, siempre un propio de sucesión, por consiguiente, un propio de comunidad. El espíritu de la ley no deja ninguna duda; ésta quiere conservar los bienes en las familias; desde luego no hay que distinguir quién hace el abandono, si es el padre ó el abuelo. (1)

319. El art. 1,406 supone también que la cesión es hecha á aquel de los esposos que es el descendiente del donante. No es sino con esta condición como puede haber anticipo de herencia, no siendo el otro cónyuge heredero del ascendiente. Si el abandono fuese hecho al cónyuge del descendiente, ya no sería un acomodo de familia; luego el inmueble abandonado á título oneroso formaría una ganancial. Si el abandono es hecho á ambos esposos, hay que consultar la intención del ascendiente. Regularmente será á título oneroso; luego una ganancial. Pero también pudiera ser una demisión de bienes hecha en provecho del esposo heredero; hemos dado un ejemplo tomado de la jurisprudencia (núm. 312).

320. Todo abandono hecho por un ascendiente á uno de los esposos, no forma un propio; es necesario que el ascendiente abandone el inmueble para cumplir con el esposo de lo que se le debe, ó con cargo de pagar las deudas del donante á terceros. La ley dice, las deudas del *donante*; implica esto que el abandono deba contener una liberalidad, en el sentido de que el cargo deba ser menor que el valor del inmueble? Nó; la disposición es tradicional, y en el de-

1 Pothier, *Introducción general á las costumbres*, núm. 67. Compárese Duranton, t. XIV, pág. 262, núm. 191; Colmet de Santerre, t. VI, pág. 77, número 34 bis IV.

recho antiguo no se consideraba al abandono como una donación; Pothier lo llama un *acomodo de familia*, y ve en él una aplicación de la regla que sienta concerniente á las sucesiones, á saber, que todo propio de sucesión es un propio de comunidad. Poco importa, pues, cuál sea el monto de los cargos, ya que sea superior ó inferior al valor del inmueble; éste siempre será un propio como formando un propio de sucesión. Los motivos de la disposición consagrada por el art. 1,406 reciben su aplicación en todas las hipótesis; el sucesible recoge siempre el inmueble á reserva de soportar los cargos, sean éstos considerables ó no. (1)

Si el abandono se hiciera bajo otras condiciones que las previstas por el art. 1,406, ¿sería el inmueble una ganancial? En general, sí, puesto que la convención no entra en los términos de la excepción: ya no es un anticipo de herencia. Tal sería la cesión consentida mediante un precio que el cesionario se obligase á pagar al ascendiente; esto sería una verdadera venta, y, por consiguiente, el inmueble sería una ganancial. La doctrina y la jurisprudencia están en este sentido. (2) No deberá concluirse de esto que siempre la cesión hecha bajo otras condiciones, ya á uno de los esposos, ya á ambos, formará una ganancial; todo depende de la voluntad del ascendiente, puesto que puede poner á la cesión de su inmueble las condiciones que quiera.

321. El ascendiente promete una dote al esposo; durante el matrimonio, cede un inmueble en pago de lo que debe por este punto á su descendiente. ¿Es este el caso de aplicar el art. 1,406? La afirmativa es segura; el texto y el espíritu de la ley son aplicables. En efecto, el abandono está hecho bajo las condiciones requeridas por la ley; ésta no distingue por qué punto es deudor el ascendiente, y no hay lugar á

1 Rodière y Pont, t. I, pág. 490, núm. 582, y pág. 489, núm. 581.

2 Caen, 1.º de Agosto de 1844 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 793). Sentencia del Tribunal de Lieja, 29 de Mayo de 1872 (*Pasicrisia*, 1,873 3, 12). Rodière y Pont, t. I, pág. 495, núm. 587.



distinguir. Sin embargo, en el derecho antiguo, Lebrun decidía que el inmueble cedido en pago de la dote formaba una ganancial, porque la donación en pago equivale á la venta. Pothier contesta: el padre no está como vendiendo, sino como ejecutando la donación que hizo por contrato de matrimonio; luego en todos conceptos hay un anticipo de herencia. La jurisprudencia y la doctrina están en este sentido; (1) creemos inútil insistir, puesto que el texto de la ley decide la cuestión, y cuando el texto es terminante no se debe ya controvertir.

322. El art. 1,406 dice que el inmueble es propio del esposo cesionario, «á reserva de compensación ó indemnización.» ¿A quién se debe la compensación, y cuál es su monto? La indemnización supone un perjuicio que tiene por objeto reparar. Como la cesión es hecha con cargo, la ley supone que es con dinero de la comunidad con el que el esposo paga las deudas del ascendiente, y en el caso en que el abandono se hace para cumplir con el esposo de lo que le debe el ascendiente, el crédito del esposo que había caído en la comunidad, se extingue. De ahí un perjuicio; luego un derecho á compensación. ¿Cuál será el monto de la indemnización? Debe verse cuál es el perjuicio sufrido por la comunidad. La sucesión es inmueble; la comunidad, en este caso, no soporta ninguna parte en las deudas que la gravan, por consiguiente, debe ser indemnizada por todo cuanto ha perdido por el arreglo de familia; luego por la suma que se debía al esposo por su ascendiente ó por las deudas que ha pagado á terceros. Si la sucesión que toca al esposo fuese parte mueble, parte inmueble, lo que es el caso ordinario, debe verse cuál es la porción contributiva de la comunidad y del heredero de las deudas. Supongamos que sea de

1 Denegada, 3 de Julio de 1844 (Daloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 300). Pothier, *De la comunidad*, núm. 136. Rodière y Pont, t. I, pá. gina 491, núm. 583.

la mitad, la comunidad soportará la mitad de las deudas que la convención pone á cargo del esposo, y ella tendrá una compensación por la otra mitad; se debe, en efecto, proceder para el anticipo de herencia, como se procedería si la sucesión fuera vencida. (1)

*Núm. 4. De la adquisición á consecuencia de indivisión.*

*I. El principio.*

323. El art. 1,408, dice: «La adquisición hecha durante el matrimonio á título de licitación ó de otra manera, de parte de un inmueble del que uno de los esposos era propietario por indiviso, no forma una ganancial.» Esto es decir que el inmueble queda propio, aun por en parte adquirida por el esposo. La adquisición se hace á título oneroso; debiera, pues, formar una ganancial. ¿Por qué la ley hace de ella un propio? Pothier, y después de él la mayor parte de los autores, dicen que esta disposición es una consecuencia del principio establecido por el art. 883. En derecho francés, á diferencia del derecho romano, el reparto no está considerado como una adquisición, solo declara la parte que tiene cada heredero en la sucesión, de manera que cada heredero está como habiendo sucedido solo é inmediatamente á todos los efectos comprendidos en su lote y como no haber tenido nunca la propiedad de los demás efectos de la sucesión. *Inmediatamente*, dice el art. 883; Pothier explica este efecto de la partición que es decisivo para nuestra cuestión. «El difunto se considera como habiendo entregado en el momento de su muerte, á cada uno de los herederos, todas las cosas comprendidas en su lote.» Una consecuencia evidente de este principio es que los muebles que del reparto tocaron á uno de los herederos, son propios de sucesión por el todo; luego le son también por entero de la comunidad. El

<sup>1</sup> Véanse los pormenores en Colmet de Santerre, t. VI, pág. 75, núm. 34 bis IV y V.

art. 1,408 ni siquiera habla del reparto, sin duda porque esto pareció demasiado evidente al legislador; no menciona sino la licitación agregando *ó de otro modo*, lo que comprende, como lo diremos más adelante, toda clase de adquisición de la parte indivisa.

Si la ley menciona especialmente la licitación, es porque en el derecho antiguo había alguna duda acerca de este punto. Pothier decidía, y con razón, que se necesitaba aplicar á la licitación el principio que rige á la partición. Es verdad que la licitación es una venta; luego una adquisición á título oneroso, lo que parece hacer del inmueble licitado una ganancial. En realidad la licitación es una manera de salir de la indivisión. En efecto, ¿cuándo hay lugar á licitar un inmueble indiviso? El art. 1,686 que consagra la doctrina tradicional, contesta: «Si una cosa *común* no puede ser *dividida* cómodamente y sin pérdida, ó si en la *partición* hecha de lotes se encuentran algunos que ningún coparticipante no pueda ó no quiera tomar, la venta se hará por subasta.» Aquel de los comuneros que se haga adjudicatario, paga á sus coherederos el precio de la parte que tienen en el inmueble. La licitación entre coherederos, teniendo el mismo objeto y el mismo fin que el reparto, se considera, dice Pothier, como un acto que reemplaza la partición. De esto resulta que la licitación no sea considerada como un título de adquisición; solo determina la parte que cada heredero licitante tiene en la cosa licitada. El adjudicatario está como habiendo sucedido inmediatamente al difunto por el total de la herencia que se le adjudica y no haber adquirido nada de sus coherederos; éstos están como satisfechos del derecho determinado que tenían en la sucesión por la parte del precio que el adjudicatario está obligado á darles, y como si nunca hubieran tenido parte en la herencia licitada. De esto la consecuencia que la herencia adjudicada por licitación á uno de los herederos, le es propia por el total en materia de

sucesión; luego forma también un propio de comunidad. (1)

324. El sistema de Pothier, ¿es el de los autores del Código? Este punto tan importante para la explicación de la ley, es dudoso. En la discusión que tuvo lugar en el consejo de Estado, Tronchet ha reproducido los principios tal como habían sido expuestos por Pothier. Importa, dice, entender bien los motivos del art. 1,408. La ley decide primero que cuando uno de los esposos se hace adjudicatario de un inmueble comprendido en una sucesión abierta en su provecho, el inmueble le queda en propio, no solo por la parte que hubiese tenido si se hubiese repartido, sino por su totalidad. Esta disposición está fundada en el principio general admitido en materia de sucesión, que todo cuanto se recoge á título de herencia es propio, y que todo cuerpo hereditario adjudicado á uno de los herederos, está como si hubiese pasado á su poder por totalidad con este título. (2) Este es el principio de Pothier: el inmueble es un propio de sucesión; luego es un propio de comunidad. El testimonio de Tronchet es considerable; gozaba de gran autoridad en el consejo de Estado, y la merecía; su opinión no encontró ninguna contradicción. ¿Y cómo se le hubiese contradecido? Era el órgano de la tradición, pues la tradición para los autores del Código se reasumía en Pothier.

Sin embargo, la verdadera teoría es muy dudosa. Siméon, el orador del Tribunado, tiene otra explicación del artículo 1,408: «Uno de los esposos tiene en propio la mitad de un inmueble que posee por indiviso con un tercero. Este inmueble se licita; el esposo copropietario se hace adquirente de él. ¿La mitad por él adquirida entra en la comunidad? Parece deber entrar en ella, puesto que la adquisición hecha durante el matrimonio tiene el carácter de una ganancial de comunidad. Pero entonces la indivisión, que la licitación

1 Pothier, *De la comunidad*, núms. 140, 145 y 146.

2 Sesión del Consejo de Estado del 13 vendimiario, año XII, núm. 9 (Loché, t. VI, pág. 355).

debía hacer cesar, hubiera continuado; el esposo copropietario por la mitad y adquirente por la otra tendría en comunidad con su cónyuge la mitad adquirida. Se ha decidido que el esposo adquirente se hacía propia la parte comprada, á cargo de indemnizar á la comunidad por la suma que tomó de ella para su adquisición » (1)

La explicación de Siméon ha sido adoptado por los autores que no consideran la disposición del art. 883 como un principio absoluto, y lo desechan, en consecuencia, en materia de comunidad. Es seguro que el art. 883 establece una ficción, y toda ficción debe ser restringida á los límites de la ley, la que solo tiene derecho para crear ficciones: ¿Cuál es el objeto del art. 883? Impedir que las concesiones de derecho real, particularmente las hipotecas hechas durante la indivisión, graven el inmueble cuando por efecto de la partición se ha puesto en el lote de un coheredero de aquel que ha concedido la hipoteca. Se trata, pues, en el art. 883 de las relaciones de los coherederos entre sí y con los concesionarios de derechos reales. En el art. 1,408, al contrario, los coherederos están fuera de causa, y no se suponen concesiones de hipotecas; se trata de las relaciones del coheredero adjudicatario con su legatario á título de socio. Se está, pues, fuera de la hipótesis para la cual la ficción del reparto declarativo ha sido imaginada. Desde luego hay que apartarla y volver á la realidad de las cosas. ¿Se quiere una prueba segura de que el art. 883 no es aplicable en materia de comunidad? Si se aplicaba, habría que decir que el esposo adjudicatario por licitación no es adquirente, por lo tanto, sus coherederos que reciben su parte del precio serían como no habiendo recibido un precio de lo que no han vendido, recibirían, pues, un valor mobiliario, por consiguiente, este valor debería entrar en la comunidad. En vano se diría que ésta representa una parte del inmueble; sí, en realidad; nó, se-

1 Siméon, *Discursos*, núm. 22 (Loire, t. VI, pág. 462).

gún la ficción del art. 883, puesto que los coherederos nunca han tenido derecho en el inmueble. Y bien, esta consecuencia de la ficción está repudiada por todos, comenzando por Pothier. Luego debe apartarse la ficción cuando se trata de interpretar el art. 1,408. (1)

La jurisprudencia no se ha pronunciado en esta materia de una manera terminante. Cuando se invoca el art. 883 para interpretar el art. 1,408, se atiene al art. 1,408 apartando el art. 883 como ligándose á otro orden de ideas. (2) En otros términos, aplica el texto del art. 1,408 sin preocuparse de los motivos que lo hicieron dictar. Creemos que hace bien. ¿Cómo prevalecerse de los motivos cuando éstos se ignoran? Al testimonio de Tronchet se opone el de Siméon; es decir, que el consejo de Estado y el Tribunado están en oposición. Primera duda. ¿Se ocurrirá á la tradición? Hemos dicho en otro lugar que el sentido de la tradición, en lo que se refiere al art. 883, es muy dudoso. Acerca del punto de saber si el principio del reparto declarativo es aplicable á la comunidad, Pothier está en desacuerdo con Lebrun. Así, una tradición incierta y trabajos preparatorios también inciertos. Cuando el espíritu de la ley es dudoso, se hace muy peligroso valerse de él; es fuerza atenerse al texto.

325. La primera condición requerida por el art. 1,408 para que la adquisición se haga un propio, es que esté hecha por uno de los esposos que es propietario *por indiviso* en el inmueble. Es, pues, menester que la adquisición se haga en la indivisión. Si hubiese habido partición, el esposo sería propietario de una parte dividida que formaría un propio, y si adquiriría después la parte dividida de su coparticipante, esta parte formaría una ganancial como habiendo sido adquirida por venta durante el matrimonio. La Corte de Douai lo decidió así, y esto no tiene ninguna duda. En el caso,

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 82, núm. 36 bis III. Aubry y Rau, t. V pág. 310, nota 90, pfo. 507.

2 Denegada, 30 de Enero de 1850 (Daloz, 1850, I, 171).

el esposo era propietario de un quinto dividido por el lado materno; posteriormente adquirió los otros cuatro quintos. Había hecho construir en la heredad una casa después de la partición y antes de la nueva adquisición. Resultaba que el goce de ambas fracciones de la heredad estaba indiviso, lo que complicaba singularmente el hecho. En derecho, no había duda; la construcción de la casa no podía cambiar la naturaleza del terreno, puesto que las construcciones son accesorios y el terreno es principal. La Corte mantuvo el derecho y zanjó la dificultad de hecho ordenando la licitación. (1)

326. ¿Debe tomarse en cuenta la causa de la indivisión? La cuestión está en saber si se debe buscar de qué manera el esposo adquirió su derecho de copropietario en la herencia indivisa: Basta leer el texto para decidir la cuestión negativamente; el intérprete no puede establecer condiciones que la ley ignora. Los trabajos preparatorios no dejan ninguna duda acerca de la intención del legislador. El proyecto, tal como fué adoptado por el consejo de Estado, limitaba la disposición al "inmueble adquirido por *licitación en una sucesión vencida á uno de los esposos*, y de la que éste era copropietario por indiviso." Esta restricción no tenía ninguna razón de ser; se hubiera entendido en el derecho antiguo como consecuencia de la teoría de los propios de sucesión, pero esta teoría estando abandonada, importaba poco que sea el origen de la indivisión. El Tribunado lo hizo notar y emitió la opinión que "la disposición del art. 1,408 no debía tener lugar no solo cuando se trataba de una adquisición por licitación de un objeto procediendo de sucesión á uno de los esposos, sino también cuando se tratara de inmuebles indivisos, cualquiera que fuese el título que en ello tuviese uno de los esposos." (2) El consejo de Estado atendió la

1 Douai, 20 de Marzo de 1828 (Dalloz, *Contrato de matrimonio*, núm. 821).

2 Observaciones del Tribunado, núm. 8 (Loché, t. VI, pág. 377). Rodière y Pont, t. I, pág. 515, núm. 603.

observación, y, por consiguiente, la disposición fué redactada en términos generales que excluyen toda distinción.

327. Así mismo la época en la que la indivisión ha comenzado, es indiferente; no está requerido que haya comenzado antes del matrimonio. Todo cuanto exige la ley es que el derecho indiviso perteneciendo al esposo sea un propio; á este respecto hay lugar á distinguir. Cuando el esposo adquiere un derecho indiviso antes del matrimonio, este derecho le es necesariamente propio, puesto que todo derecho inmueble perteneciendo al esposo cuando la celebración del matrimonio, es un propio, ya sea que proceda de una sucesión ó de una adquisición á título oneroso. No sucede así cuando el esposo adquiere el derecho indiviso durante el matrimonio; lo debe adquirir en virtud de un título que constituye un propio; tales son los títulos de sucesión y de donación. Si lo adquiere por venta, la adquisición será una ganancial, lo que hace al art. 1.408 inaplicable. (1)

328. El art. 1,408 se aplica á toda adquisición hecha durante el matrimonio, de parte de un inmueble del que el esposo era copropietario por indiviso. Poco importa á qué título se haga la adquisición. El art. 1,408, dice: «á título de licitación ó de otro modo.» El término *ó de otro modo*, comprende todos los modos de adquisiciones sin exceptuar uno. Ha sido agregado, por observación del Tribunado, de manera que no hay ninguna duda acerca del espíritu de la ley. El Tribunado dice que no había razón para limitar el derecho del esposo al caso en que hubiese adquirido la porción indivisa por licitación; su derecho debe ser el mismo en el caso de cualquiera adquisición voluntaria, porque hay paridad de motivos.

Pothier aplicaba igualmente la disposición que el artículo 1,408 ha consagrado á la venta de la porción indivisa

1 Rodière y Pont establecen muy bien este punto (t. I, pág. 515, números 604-606).



DE LA COMUNIDAD LEGAL.

395

que el copropietario hace al esposo. Liga esta decisión al principio de la partición declarativa. La venta, dice, no es una verdadera venta, el objeto de las partes es hacer cesar la indivisión; esto es, pues, una partición, y el acta tiene sus efectos en lo que se refiere á la sucesión para con el esposo; luego constituye también un propio de comunidad. (1)

Debe decirse otro tanto de la adjudicación que se hace después de la expropiación forzada de un inmueble embargado al esposo y á sus copropietarios? La cuestión controvertida en el derecho antiguo, lo está aún en el derecho moderno. Sin embargo, la afirmativa tiende á prevalecer, y no nos parece dudosa bajo el punto de vista de los textos. Los términos del art. 1,408 son de tal manera absolutos que no permiten ninguna distinción. Se objetaba en el derecho antiguo que el heredero coparticipante obra como heredero, adquiere, pues, como tal, por lo tanto, el inmueble es un propio de sucesión; luego un propio de comunidad. Pero el heredero que se hace adjudicatario por expropiación forzada no difiere de los demás postores; vende como heredero, compra como todo tercero. Aquí está el error; los terceros no tienen ningún derecho al inmueble, mientras que el heredero tiene en él un derecho: ¿y cómo había de comprar la parte de que es dueño? Merlin contestaba con su admirable lógica: "Para que hubiera adquisición de su parte por el heredero, sería necesario que hubiese dejado de ser propietario cuando menos por algunos instantes y que hubiese después tomado el inmueble con diferente título. ¿Pero en qué momento debe asignarse la cesación de propiedad? ¿será en el momento de la adjudicación? ¿Se supondría que la justicia ha sido propietaria? Esto sería una suposición absurda, la propiedad de los ciudadanos no pasa á manos de la justicia. Pero si la propiedad del heredero no ha cesado

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 148.

un solo instante, es, pues, propietario al mismo título, antes como después de la adjudicación: posee, pues, siempre los bienes como heredero y con la calidad de propio. Este es el principio de Pothier: Todo propio de sucesión es un propio de comunidad. Pero ya no se puede argüir como Pothier lo hacía para la venta: aquellos que persiguen la expropiación forzada no lo hacen para hacer cesar la indivisión, tienen por objeto la realización de su prenda. Esto prueba que hay que hacer á un lado el principio de la partición declarativa. (1)

329. ¿Será necesario que la adquisición hecha por el esposo haga cesar la indivisión de una manera completa? Esta es una cuestión muy controvertida; los autores están divididos, así como las sentencias. Si se atiende uno al texto de la ley, art. 1,408, la solución no es dudosa. La ley no exige que cese la indivisión, todo lo que quiere es que el esposo adquiere durante el matrimonio una porción de un inmueble del que era propietario por indiviso. Esto es decisivo. Se objeta que el texto de la ley no debe estar separado de los motivos que la han hecho dictar. En tesis general, esto es evidente, y esto es lo que hacemos en este largo trabajo; nuestro objeto es atraer los principios y las controversias hácia el texto y el espíritu de la ley. ¿Pero cuál es el espíritu de la ley? ¿Cuáles son los motivos? Si se escucha á Pothier y á Tronchet, debe decirse que la adquisición del art. 1,408 debe equivaler á la partición; es decir, que debe hacer cesar la indivisión, luego si ésta subsiste, nos encontramos fuera del texto interpretado por la tradición. Nó, dice Lebrun, el principio del reparto declarativo no es aplicable en materia de comunidad. El orador del Tribunado agrega que el único objeto del art. 1,408 es favorecer la cesación del indiviso; y se le favorece haciéndolo cesar parcialmente; luego

1 Merlin, *Cuestiones de derecho*, en la palabra *Propios*, pfo. II, núm. 5. Rodière y Pont, t. I, pág. 530, núm. 615. Aubry y Rau, t. V, pág. 311. nota 93, pfo. 507.

debe aplicarse la ley desde que el esposo adquiere una parte indivisa de la herencia. Hé aquí dos soluciones enteramente diferentes que proceden la una de la otra y que pueden llamarse del espíritu de la ley; es decir, de la tradición y de los trabajos preparatorios. Es que el espíritu de la ley está incierto. En esta incertidumbre, creemos que debe atenderse uno al texto.

¿Qué se dice en la opinión contraria? Rodière y Pont que la defienden muy bien, hacen una confesión que nos parece decisiva en su contra: reconocen «que no hay en el texto indicación precisa, explícita, expresa de la condición á la que subordinan la aplicación del art. 1,408.» ¿Pueden los intérpretes prescribir una condición para el ejercicio de un derecho? Nó, seguramente; se necesita un texto, ó es necesario que la condición proceda de la naturaleza misma del derecho. Se confiesa que no hay texto. Se invoca el espíritu de la ley, pero lo que se dice prueba cuán arriesgado es este argumento. Rodière y Pont se prevalecen del discurso de Siméon, y hemos dicho que el discurso del orador del Tribunal es el gran argumento que la opinión contraria opone á Tronchet y á Pothier (núms. 323 y 324). Así, una sola y misma autoridad debe probar que el art. 1,408 debe ser interpretado por el art. 883 y que no debe interpretarse por este artículo; ¿como podrá verse en precedentes tan dudosos una autoridad que reemplaze un texto y que baste para prescribir una condición que la ley no establece? (1)

La jurisprudencia es tan insegura como la doctrina, y se disputan las sentencias como se disputa la tradición. Una sola y misma sentencia es citada por unos para inducir que la adquisición no es un propio cuando no hace cesar la división, y por los otros para establecer la tesis contraria. (2)

1 Compárese en diverso sentido, Aubry y Rau, t. V, pág. 311, nota 94, párrafo 507, y las autoridades que citan, y Rodière y Pont, t. I, págs. 519 y siguientes, núm. 609 y 610.

2 Denegada, 10 de Julio de 1850 (Dalloz, 1851, 1, 26). Compárese Rodière y

Es seguro que la jurisprudencia está dividida, (1) y como no trae nuevas luces en el debate, es inútil discutirla.

330. Hay un punto en el que todos están acordes: el artículo 1,408 es aplicable cuando el esposo adquiere todas las partes de sus copropietarios, aunque esto se hiciera sucesivamente y por actas separadas. En la opinión que acabamos de enseñar, esto no es dudoso, puesto que cada una de las actas sucesivas forma un propio en provecho del esposo. En la opinión que exige que la indivisión cese completamente, hay una duda muy seria. Las primeras adquisiciones no haciendo cesar la indivisión sino parcialmente, no forman propios por sí; luego entran en la comunidad: ¿Cómo podrán estos gananciales ser transformados después en propios cuando la indivisión cesa completamente? Hay que suponer para esto que las diversas adquisiciones solo forman una sola y misma cosa; pero esta suposición es una ficción que solo el legislador puede crear. (2)

Hay una sentencia de la Corte de Rouen en este sentido, pero solo aumenta la confusión cuando se pesan los motivos. La Corte parte del principio que el art. 1,408 está fundado en la voluntad de las partes contratantes; dice que la ley presume que el esposo, comprando partes indivisas, tiene la intención, no de hacer una ganancial, sino de completar su propiedad personal. Esto supone que depende de los esposos hacer unos propios. Nó, tal no es el sistema del Código. Al casarse bajo el régimen de la comunidad, los esposos convienen tácitamente que toda adquisición durante el matrimonio formase á una ganancial; esta convención es una ley que no pueden cambiar á su gusto; no les está permitido de-

Pont, t. I, pág. 521, núm. 610; Marcadé, t. V, pág. 477, núm. 1 del artículo 1,408, y *Revista crítica*, t. I, págs. 528 y siguientes.

1 Véanse las citaciones en Aubry y Rau, t. V, pág. 312, nota 94. Debe agregarse, en el sentido de nuestra opinión, Burdeos, 15 de Mayo de 1871 (*Dalloz*, 1871, 2, 237), y Bruselas, 27 de Enero de 1855 (*Pasicrisia*, 1855, 2, 277). En sentido contrario, Bruselas, 20 de Mayo de 1848 (*Pasicrisia*, 1849, 2, 115).

2 Compárese Rodière y Pont, t. I, pág. 524, núm. 611, y Marcadé, *Revista crítica*, t. I, págs. 528 y siguientes.

clarar que una ganancial es un propio. El art. 1,408 está, pues, fundado en la voluntad del legislador y no en la del esposo. En el recurso de casación dirigido contra la sentencia del Tribunal de Rouen, la Corte de Casación ha pronunciado una sentencia de denegada apenas motivada: la ley, dice ésta, no estableció distinción entre el caso en el que la adquisición hubiese tenido lugar por varias actas distintas y sucesivas y el caso en que hubiese tenido lugar en una sola y misma acta. (1) Pero, ¿no resulta la distinción del mismo principio en que se funda el art. 1,408, si se admite que la indivisión debe cesar completamente? Este principio es, pues, el que debía comenzarse por discutir, ya sea para admitirlo ó para desecharlo.

331. El art. 1,408, ¿es aplicable cuando el esposo adquiere porciones indivisas en una sucesión parte muebles y parte inmuebles? Esta cuestión está muy controvertida y es dudosa. Creemos que la negativa resulta del texto de la ley, y todas las dificultades que se levantan en esta difícil materia deben decidirse por el texto, ya que el espíritu de la ley está inseguro. ¿Qué dice el texto? "La adquisición hecha durante el matrimonio, de una porción de un inmueble del que el esposo era propietario por indiviso, no forma una ganancial." La ley supone, pues, que es un inmueble lo que está indiviso entre el esposo y un copropietario; y en el caso, no es un inmueble lo que está indiviso, es una universalidad. Sería menester una interpretación extensiva para extender á la adquisición de una porción indivisa en una sucesión lo que el art. 1,408 dice de la porción indivisa en un inmueble. Se obeeja que la palabra *inmueble*, en el artículo 1,408, no designa un cierto cuerpo que solo está empleado en oposición al término *mueble* para indicar los objetos que, según su naturaleza, están excluidos de la comunidad.

1 Rouen, 10 de Marzo de 1849, y Denegada, 30 de Enero de 1850 (Dalloz, 850, 1, 171).

Contestaremos que esta interpretación es forzada. ¿De qué se trata en el art. 1,408 y en las disposiciones que lo preceden? Después de haber sentado como principio que los *inmuebles* adquiridos durante el matrimonio son gananciales según el art. 1,401, la ley hace excepciones á esta regla; y la excepción no puede referirse al objeto compensado en la regla. ¿Se aplica la regla del art. 1,401 á la adquisición de una parte indivisa en una sucesión? Nó, seguramente; la regla supone un inmueble determinado; luego lo mismo debe suceder con las excepciones: se trata siempre de saber si *tal inmueble* adquirido durante el matrimonio es un propio ó una ganancial. Esto es evidente en el art. 1,405, si se considera como una excepción al art. 1,401: las *donaciones de inmuebles* son donaciones de cosas inmuebles determinadas. Lo mismo sucede con los arreglos de familia de que habla el art. 1,046, con el inmueble adquirido á título de cambio con un inmueble propio. Hasta aquí la regla y sus excepciones solo se refieren á los inmuebles considerados como cuerpos ciertos. ¡Y se quiere que el art. 1,408, que es la continuación de estas disposiciones, tome la palabra *inmueble* en un sentido diferente! Todo el texto de la ley resiste á esta interpretación extensiva. El art. 1,408 supone que el inmueble está adquirido por licitación, y el proyecto solo comprendía á la licitación. ¿Se licita acaso toda una sucesión? El art. 1,686 contesta á nuestra cuestión: «Si *una cosa común* á varios no puede ser dividida cómodamente y sin pérdida, ó si en el reparto de bienes comunes se encuentran *algunos* que ninguno de los coparticipantes quiera ó pueda tomar.» Luego el mismo título en virtud del cual el esposo adquiere, implica que adquiere una porción indivisa en un inmueble determinado. El segundo inciso del art. 1,408 se sirve de la palabra *efecto* para designar al inmueble adquirido. ¿Se califica de á *efecto* la porción indivisa en una sucesión?

La cuestión que discutimos se presenta ordinariamente cuando la mujer quiere ejercer el derecho de opción que le concede el art. 1,408 en el caso en que el marido se ha hecho adquirente de una porción de un inmueble perteneciendo á la mujer por indiviso. Hay entonces un nuevo motivo de duda que confirma nuestra opinión. La opción que implica el derecho de retiro es una excepción, un verdadero privilegio que la ley concede á la mujer; esto es, pues, una facultad doblemente excepcional. ¿Puede extenderse fuera de los términos precisos de la ley? Nó. La ley permite á la mujer dejar el *efecto* en la comunidad ó retirar el *inmueble*; luego solo se trata de una cosa determinada, lo que es decisivo: no se extiende á los privilegios.

Se objeta que el espíritu de la ley resiste esta interpretación restrictiva. Sin duda que el legislador hubiera podido extender la excepción y el privilegio que resulta para la mujer; bajo el punto de vista legislativo, aun puede decirse que había motivo para hacerlo así. Pero no se trata de saber lo que los autores del Código pudieron ó debieron hacer, se trata de saber lo que han hecho. Y lo que hicieron está expresado claramente; y cuando la ley es clara, hay que atenerse á ella, si no la interpretación arriesga, ocurriendo al pretendido espíritu de la ley, de hacer decir al legislador otra cosa de lo que quiso decir. (1)

La jurisprudencia se ha pronunciado en favor de la opinión que hemos adoptado, (2) excepto una sentencia de la Corte de Riom. (3)

332. El inmueble adquirido en el caso previsto por el artículo 1,408 forma un propio en provecho del esposo; á reserva, dice el artículo, de indemnizar á la comunidad por la su-

1 Rodière y Pont, t. I, pág. 540, núm. 625; Odier, t. I, pág. 139, núm. 136. En sentido contrario, Troplong, t. I, pág. 231, núm. 676; Aubry y Rau, t. V, pág. 312, nota 95.

2 Véanse las sentencias citadas por Aubry y Rau. Debe agregarse, Montpellier, 5 de Abril de 1870 (Dalloz, 1870, 2, 226).

3 Riom, 15 de Noviembre de 1869 (Dalloz, 1869, 2, 231).

ma que ha ministrado por esta adquisición. Este es uno de los casos en los que se debe recompensa á la comunidad por el esposo que sacó de ello un provecho personal (art. 1,437). Regularmente la adquisición se hará con el dinero de la comunidad, puesto que bajo este régimen los esposos ponen en común su fortuna mueble presente y futura.

*II. Del derecho de opción de la mujer.*

333. El segundo inciso del art. 1,408 supone que el marido solo se hace, en su nombre personal, adquirente ó adjudicatario de la porción ó la totalidad de un inmueble perteneciendo por indiviso á la mujer. Esta tiene, en este caso, la elección de abandonar el efecto á la comunidad, ó de retirar el inmueble. Esto es lo que se llama el derecho de opción y el retiro de indivisión.

Esta disposición deroga al derecho común bajo muchos aspectos. Cuando el marido adquiere la porción indivisa perteneciendo á los copropietarios de su mujer, hace una adquisición á título oneroso; en virtud del art. 1,401, el inmueble así adquirido es una ganancial. Según el art. 1,408, al contrario, la mujer puede retirar este inmueble de la comunidad y hacer de él un propio. Así, una ganancial se transforma en un propio. Si el marido adquiere la totalidad del inmueble del que una parte indivisa pertenece á la mujer, la adquisición será nula; según el derecho común, para la parte de la mujer, pues la venta entre esposos está prohibida (art. 1,595); el art. 1,408 deroga también á este principio, manteniendo la venta por el todo; luego por la parte de la mujer; ésta puede volver á tomar todo el inmueble como si lo hubiera comprado, pero solo hubiera podido comprar la parte indivisa de sus copropietarios, mientras que el marido adquirió todo el inmueble; la mujer substituyéndose al marido, se encuentra, pues, haber comprado la parte que tenía en el inmueble.



Todo es anormal en el derecho conferido á la mujer; hay privilegio de hecho como de derecho. La mujer tiene la elección de abandonar el efecto á la comunidad ó de retirarlo de ella. Se determinará naturalmente según su interés; esperará para decidirse el resultado de la adquisición. Si es ventajosa, la mujer retirará el efecto; si es mala, abandonará el efecto á la comunidad. Resulta de esto que la mujer podrá aventajarse á expensas de la comunidad. El inmueble adquirido por el marido es una ganancial, aumenta de valor por la construcción de un ferrocarril, por el desarrollo que toma la industria; la mujer retirará el inmueble y quitará á la comunidad un beneficio de la adquisición del que debió el marido aprovechar tanto como la mujer. He aquí una nueva derogación al principio fundamental de nuestro régimen: la ley no quiere que uno de los esposos se mejore á expensas de la comunidad, y ella misma ofrece á la mujer una mejora á expensas de su asociado. (1)

¿Cuál es el motivo de estas derogaciones al derecho común, y de este privilegio? La ley concede muchos privilegios á la mujer por razón de la posición subordinada que tiene bajo el régimen de la comunidad; la excepción consagrada por el art. 1,408 tiene el mismo fundamento. La mujer es propietaria por indiviso de un mueble; supondremos que tenga interés en adquirir las porciones indivisas de sus copropietarios; quisiera hacerlo, pero el marido se le anticipa; á él tocaría, como administrador de los bienes de la mujer hacer la adquisición por ella y en su nombre; en lugar de cuidar de los intereses de la mujer, obra como jefe de la comunidad, con el fin de tener parte en la utilidad de la adquisición. La ley no pudo favorecer este cálculo que conduciría á quitar á la mujer el derecho que le da el art. 1,408 de adquirir como propio la totalidad del inmueble en el que tiene una par-

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 84, núm. 37 bis I y II.

te indivisa. Para garantizar el ejercicio de este derecho, el Código le da la elección de dejar el inmueble en la comunidad ó de retenerlo por su cuenta. Solo que el ejercicio del derecho permite á la mujer mejorarse á expensas de la comunidad, lo que no es justo; hubiera debido fijar un plazo á la mujer para hacer su elección; esto bastaría para garantizar sus derechos y sus intereses. (1)

334. El carácter excepcional del art. 1,408 da lugar á una dificultad. Se pregunta si la mujer puede prevalecerse del derecho de opción cuando no está casada bajo el régimen de la comunidad. La doctrina y la jurisprudencia se han pronunciado por la afirmativa. Si los esposos han adoptado el régimen de la comunidad de gananciales ó cualquiera otra cláusula de la comunidad convencional, la cuestión no es dudosa. Es de principio que la comunidad convencional quede sometida á las reglas de la comunidad legal para todos los casos en que no se deroga por contrato (art. 1,528). Y la comunidad de gananciales no deroga al art. 1,408, lo que decide la cuestión. En nuestro concepto, las partes contratantes ni siquiera podrían derogar al art. 1,408, pues esta es una de las disposiciones que tienden á garantizar á la mujer contra el abuso del poder casi absoluto que la ley concede al marido bajo el régimen de la comunidad. La Corte de Pau lo decidió así implícitamente, sin siquiera discutir la cuestión. (2) La solución es la misma cuando los esposos, al casarse bajo el régimen dotal, han estipulado una sociedad de gananciales; esta sociedad es una cláusula de comunidad convencional; luego debe aplicarse el principio de interpretación establecido por el art. 1,528; esto es decir que la mujer puede prevalecerse del art. 1,408. La Corte de Casación lo sentenció así implícitamente, y en realidad no hay duda. (3)

1 Compárese Rodière y Pont, t. I, pág. 539, núm. 622.

2 Pau, 6 de Junio de 1860 (Dalloz, 1860, 2, 198).

3 Denegada, 30 de Enero de 1860 (Dalloz, 1860, 1, 171).

¿Pasará lo mismo cuando los esposos están casados bajo el régimen dotal, sin sociedad de gananciales? Nó, en nuestro concepto; la disposición del art. 1,408 es excepcional bajo todos conceptos; luego es de estricta interpretación y no se puede extender ni siquiera por vía de analogía. El texto de la ley resiste á toda interpretación extensiva. Se trata de saber si un inmueble es propio ó ganancial; y solo hay propio y ganancial bajo el régimen de la comunidad. ¿Cuál es el derecho que el art. 1,408 da á la mujer? Tiene un derecho de opción que implica el retiro de la indivisión; estos derechos no se conciben sino cuando hay comunidad: ¿cómo pudiera la ley abandonar un inmueble á una comunidad que no existe? ¿y cómo retiraría un inmueble de una comunidad cuando no la hay? Se objeta que la disposición del art. 1,408 ha sido tomada del derecho escrito. Es verdad; en el derecho romano había una disposición análoga, pero tenía otro carácter y otros efectos; esta disposición el Código Civil no la mantuvo; desde luego, quedó abrogada lo mismo que todo el derecho romano; el Código solo reprodujo la regla de costumbres, y ésta solo concernía al régimen de la comunidad. Se dirá en vano que existen los mismos motivos para decidir. Nó, el poder del marido bajo el régimen de la comunidad es mucho mayor que bajo el régimen dotal; la mujer está en él sin derecho, y el marido es señor y dueño. Se objeta que es administrador, en ambos regímenes, de los bienes de la mujer y que el art. 1,408 tiene por objeto un acto de administración. Esto es verdad, y el legislador hubiera debido reproducir para la mujer dotal la disposición del derecho de costumbres como reprodujo la disposición del derecho escrito en favor de la mujer común en bienes. No lo hizo, y el intérprete no tiene el derecho de hacerlo extendiendo al régimen dotal una disposición que implica la comunidad; al extenderla se ve uno obligado á alterarla, y esto se llama hacer la ley.

335. La ley da á la mujer el derecho de opción y el de retiro. Se pregunta si los herederos de la mujer tienen el mismo derecho. La afirmativa es segura. Todo derecho, en regla general, se transmite á los herederos y otros sucesores universales, porque es como si hubiese sido estipulado para sí y para sus herederos y legatarios; el art. 1,122 agrega una restricción; á no ser que lo contrario resulte de la naturaleza de la convención. La cuestión está, pues, en saber si la convención tácita del art. 1,408 da á la mujer un derecho que ella solo pueda ejercer. Hemos contestado de antemano á esta cuestión, determinando la naturaleza del derecho. Es un derecho pecuniario que la mujer ejerce según su interés; y el interés de los herederos es idéntico al de la mujer; nada impide, pues, que este derecho les sea transmitido. Se objeta que la ley solo se lo da á la mujer por consideraciones enteramente personales, por razón de la dependencia en que se haya respecto á su marido. Contestamos que poco importa la causa del derecho, esto no influye sobre su naturaleza. Hay derechos más importantes que la ley concede á la mujer común en bienes, como compensación del poder absoluto de su marido, y los concede, no obstante, á sus herederos; tal es el derecho de renunciar á la comunidad (artículo 1,466). Lo mismo sucede con todos los privilegios de que goza la mujer común: son derechos patrimoniales, y con este título pertenecen á los herederos. La doctrina está unánime en este punto, y parece que nunca esto haya sido contestado ante los tribunales. (1)

336. Otra es la cuestión de saber si los acreedores de la mujer pueden ejercer el derecho de opción y de retiro; está muy controvertida; la hemos examinado en otro lugar (tomo XVI, núm. 428).

337. Casi no vale la pena de preguntar si el marido tie-

1 Duranton, t. XIV, pág. 272, núm. 203. Toullier, t. VI, 2, pág. 176, número 169. Rodière y Pnot, t. I, pág. 543, núm. 632. Aubry y Rau, t. V, pág. 313, nota 98. Colmet de Santerre, t. VI, pág. 95, núm. 37 bis XV.

## DE LA COMUNIDAD LEGAL.

407

ne el derecho de opción y de retiro, suponiendo que la mujer adquiriera un inmueble del que el marido es copropietario por indiviso. La negativa es segura; el marido no puede reclamar privilegios que la ley concede contra él á la mujer, por razón de la dependencia de ésta y del poder absoluto del marido; así, el marido no puede renunciar á la comunidad. Por la misma razón no puede ejercer el derecho de opción y de retiro. El inmueble adquirido por la mujer será, pues, una ganancial. ¿Pero será válida la adquisición por el todo? Sí, si no adquirió más que las partes de los copropietarios del marido. Nó, si también adquirió la parte del marido; la adquisición sería nula por esta parte, puesto que la ley prohíbe la venta entre esposos. (1)

338. Para que la mujer tenga los derechos que le concede el art. 1408, es menester que el *marido se haga solo* y en su nombre personal, adquirente ó adjudicatario. El *marido* debe adquirir la porción indivisa ó la totalidad del inmueble. Si la mujer hace la adquisición, ya no se encuentra en el caso del segundo inciso del artículo; se le aplica, pues, la regla establecida por el principio del mismo artículo; esta regla es general: *uno de los esposos*, dice el texto; luego la mujer, tanto como el marido, por consiguiente, el inmueble le será propio por efecto del contrato de adquisición, ya no puede tratarse de optar y dejar el inmueble en la comunidad: éste es propio por el todo de la mujer y le permanece propio.

El art. 1,408 supone que el marido se ha hecho *solo* adquirente ó adjudicatario; si la mujer ha concurrido al acto, no se está ya en el caso previsto por la excepción; luego se entra bajo el imperio de la regla, el inmueble será propio de la mujer por efecto del contrato; ya no puede tratarse de abandonarlo á la comunidad. Decimos que el inmueble es propio de la mujer en virtud del acta en que figura como adquirente ó adjudicatario del inmueble. Esta es la

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 96, núm. 37 bis XVI, y todos los autores.

opinión de Pothier, así como de los autores modernos, y está consagrada por la jurisprudencia. Hay, sin embargo, un motivo de duda. El marido figura en el contrato no para autorizar á la mujer, sino como parte; luego como adquirente; y el marido no puede invocar el beneficio del art. 1,408, puesto que no es propietario por indiviso del inmueble; luego hace una adquisición ordinaria, y por tanto, respecto de él, el inmueble es una ganancial: y sí es ganancial para con el marido. ¿No debe concluirse que ambos esposos al comprar en común han entendido comprar para la comunidad y no para la mujer? Pothier contesta que la presencia del marido en el contrato recibe además otra interpretación. Tiene el goce de la parte perteneciendo á la mujer, y tendrá el goce de la porción indivisa que la mujer adquirirá á título de propio; á este respecto, está interesado en la adquisición, mientras que si la adquisición debiera formar una ganancial, la presencia de la mujer no se explicaría; el marido solo debiera figurar en el acta, siendo la mujer extraña á todo lo que concierne á la comunidad. Luego es más natural interpretar el contrato en el sentido de que la mujer entendió aprovechar del derecho que le da el art. 1,408 y que el marido concurrió al acta por razón del goce que tiene en el propio de la mujer. El Código ha consagrado implícitamente esta doctrina disponiendo en el art. 1,408, que la mujer tiene el derecho de opción y de retiro cuando el marido *solo* es adquirente; lo que implica que cuando la mujer es adquirente con su marido, ya no se está en la excepción; luego se entra en la regla. (1)

Puede suceder, sin embargo, que el inmueble adquirido por ambos esposos no se vuelva un propio de la mujer. El derecho que el art. 1,408 le concede es un privilegio de que la mujer está libre de usar ó no; puede renunciar al bene-

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 152 y todos los autores modernos (Aubry y Rau, t. V, pág. 312, nota 96). La jurisprudencia está en este sentido (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 845).

DE LA COMUNIDAD LEGAL.

409

ficio de la excepción como lo diremos más adelante, y dejar la adquisición bajo el imperio del derecho común. El caso se ha presentado ante la Corte de Bruselas. En el caso, la mujer era propietaria por indiviso; durante el matrimonio adquirió la porción indivisa perteneciendo á su copropietario; ambos esposos declararon que esto era por cuenta común; es decir, para la comunidad. Desde el fallecimiento del marido, la porción adquirida fué considerada como ganancial por la mujer y aun por sus herederos cuando éstos reclamaron después el inmueble como propio; la Corte les opuso que el art. 1,408 estaba fuera de causa, ambos esposos habiendo querido adquirir una ganancial. (1)

339. El art. 1,408, agrega: *y en su nombre personal*. Esto quiere decir que el marido obra como jefe de la comunidad, como obra regularmente cuando hace una adquisición, puesto que toda adquisición se hace en nombre de la comunidad y se vuelve ganancial. Pero el marido, bajo nuestro régimen, tiene además otra calidad, es administrador de los bienes de su mujer, y como tal, debe vigilar sus intereses, así como un buen padre de familia vigila sus propios intereses. Y en el caso, puede ser del interés de la mujer adquirir las porciones indivisas del inmueble del que es copropietario, con el fin de poseer todo el inmueble á título propio. Si el marido obrando en interés de la mujer declara, al adquirir las porciones indivisas del inmueble del que ella es copropietaria, que él hace esta adquisición en el nombre de su mujer, ¿cuál será el efecto de esta declaración? ¿Será la adquisición un propio de la mujer en virtud del primer inciso del art. 1,408? ¿ó será una ganancial ó reserva de que la mujer use del derecho que le da el segundo inciso para retirar el inmueble de la comunidad y hacerlo propio? Lo cuestión está controvertida. A primera vista se está inclinado á creer que la adquisición no puede ser una ganancial, puesto que el marido no obró en nombre de la comu-

1 Bruselas, 31 de Diciembre de 1847 (*Pasicrisia*, 1849, 2, 305).

nidad; y si el inmueble no es una ganancial, hay que inducir que es un propio de la mujer en nombre de la que fué adquirido. Pero hay un principio de derecho que se opone á que la mujer se haga propietario por la única declaración de su marido; éste no puede adquirir la propiedad sino cuando ella lo consiente, no pudiendo nadie ser propietario á pesar suyo. Cuando, pues, no figura en el acta de adquisición, no puede adquirir sino en virtud de un mandato; y se supone que no dió mandato á su marido; si la mujer quiere en este caso aprovechar de la adquisición hecha en su nombre, debe ratificar lo que hizo el marido en su nombre, pero sin mandato; la ratificación equivale al mandato (art. 1,998).

Llegamos á la consecuencia de que la adquisicion hecha por el marido en nombre de la mujer, no es un propio para la mujer que no ratifica. Troplong dice que la adquisición forma un propio, pero da razones bastante malas en apoyo de su opinión. Al adquirir en nombre de la mujer, dice, el marido atesta que hay mandato, y estaría mal en la mujer negar la existencia de un mandato atestado por su marido. (1) Nó, el marido no dice ser mandatario, y aunque lo dijera, esto no comprometería á la mujer, pues no puede ser mandante á pesar suyo; y si realmente no confirió mandato, puede negar su existencia; que esto le esté bien ó no, poco importa. No se trata aquí de consideración, sino de derecho.

Si la mujer ratifica, se está bajo el imperio del derecho común, la ratificación equivaliendo al mandato, el inmueble será un propio de la mujer. ¿Pero qué sucederá con el inmueble si la mujer no ratifica? ¿Será una ganancial? Esta es la opinión general. Troplong objeta, y en esto tiene razón, que la comunidad no puede hacerse propietaria de una cosa que nunca tuvo el marido la intención de adquirir para ella. Creemos que debe aplicarse el derecho común. El

1 Troplong, t. I, pág. 230, núm. 472.



marido no quiso adquirir para la comunidad, declaró adquirir para la mujer; el vendedor entendió vender á ésta; y si no ratifica, resulta que no habrá concurso de consentimiento, y, por lo tanto, no habrá contrato; no habrá, pues, propio ni ganancial. Desde luego, no puede tratarse de aplicar el segundo inciso del art. 1,408; la mujer no puede abandonar el inmueble á la comunidad, pues ésta nada adquirió, y no depende de la mujer hacer la comunidad propietaria. La mujer tampoco podrá retirar el inmueble de la comunidad, puesto que el inmueble no ha caído en ella. Solo tiene un derecho; el de ratificar si quiere adquirir el inmueble; pero la ratificación es enteramente otra cosa que el derecho de opción y de retiro.

La doctrina y la jurisprudencia están contrarias. Se admite generalmente que el inmueble es una ganancial y que la mujer tiene el derecho de opción y de retiro que le da el art. 1,408. (1) Hay una sentencia de la Corte de Casación que admite un mandato tácito y declara, en consecuencia, al inmueble propio. La Corte comienza por sentar en principio que para hacer reputar propio á aquel de los esposos que era ya propietario por indiviso de una parte de un inmueble, la adquisición de la otra porción, basta que dicha adquisición haya sido hecha á título de licitación ó de otra manera durante el matrimonio. Estos son los términos de la ley; pero para que haya adquisición, es necesario que haya un adquirente, y para que haya un adquirente es preciso una declaración de voluntad. La cuestión está, pues, en saber si hay declaración de voluntad cuando la mujer no habla en el contrato y que su marido declara adquirir por ella. En el caso, el marido había dicho que compraba tanto para él como para su mujer. La Corte hace acerca de es-

1 Duranton, t. XIV, pág. 273, núm. 204. Rodière y Pont, t. I, pág. 541, núm. 627. Aubry y Rau, t. V, pág. 313, núm. 97.

to un singular raciocinio; del principio que toda adquisición de una porción indivisa forma un propio, concluye que con más razón debe ser así cuando el marido declara comprar tanto para él como para su mujer. El argumento cojea; no hay argumentación *á fortiori* de donde pueda inducirse que la mujer quiso adquirir la porción indivisa. Cuando la mujer no habla en el acta, no puede ser parte en ella sino en virtud de un mandato. Y el mandato exige un consentimiento; ¿en dónde ve la Corte este consentimiento? La sentencia dice que puede *presumirse* que el marido, obrando con el objeto de no dar lugar á la indivisión que la licitación había hecho cesar, estipuló en interés de la mujer en virtud de un mandato tácito al que debe dársele fuerza. (1) Así, la Corte *presume* un mandato tácito. He aquí una verdadera herejía. ¿Se presume acaso un consentimiento? ¿Hay contratos presumidos? ¿Y en qué se funda la presunción de un mandato dado por la mujer? ¿En lo que el marido ha hecho? Sin duda puede haber mandato tácito, pero para esto es necesario primero probar que el mandante tuvo conocimiento de lo que quiso hacer el mandatario y después que lo consintió tácitamente; esto no se presume, esto se prueba. La sentencia de denegada fué pronunciada por la Sala Civil bajo la presidencia de Troplong. La Corte dió la razón á su presidente; creemos que ha sentenciado mal.

340. El art. 1,408 supone que el marido se hace adquirente en su nombre personal. ¿Qué debe decidirse si el marido adquiere sin decir en qué calidad lo hace? Pothier contesta que inclina á pensar que aunque no se diga en el acta que el marido obra en calidad de tal y en nombre de la mujer, se debe fácilmente presumir que el marido obró en nombre de ésta más bien que en nombre propio. La razón es, dice, que siendo el marido administrador de los bienes de la mujer, es natural pensar que es con este título como con-

1 Denegada, Sala Civil, 2 de Diciembre de 1867 (Dalloz, 1867, 1, 469).

trató, cuando se trataba de una adquisición que la mujer tenía interés de hacer. Pothier concluye que el inmueble será propio de la mujer, á no ser que ésta no apruebe lo que el marido hizo. (1) ¿Debe seguirse esta opinión bajo el imperio del Código? Los principios se oponen á ello y el mismo texto de la ley lo resiste. Cuando el marido habla solo en el contrato, sin decir que obra en nombre de su mujer, sin siquiera decir que obra en calidad de marido, adquiere por su cuenta; es decir, para la comunidad; el inmueble será, pues, una ganancial, á reserva de que la mujer use de su derecho de opción y de retiro. Para que fuera de otro modo, sería menester que hubiese un mandato ó ratificación. Pero no hay mandato, y no pudiera haber ratificación puesto que la mujer no puede ratificar lo que no se hizo en su nombre. Si la presunción que Pothier invoca fuera fundada, debiera inducirse, no que la mujer está ligada si no desaprueba, sino que está ligada si aprueba. Pero esta presunción, si se podía admitirla en el derecho antiguo, no se puede admitir ya hoy; el art. 1,408 la rechaza. En efecto, el caso supuesto por Pothier entra en la hipótesis prevista por el segundo inciso del art. 1,408: cuando el marido adquiere solo, y sin decir que obra como marido, trata por esto mismo en su nombre personal; lo que hace el inmueble una ganancial, según el art. 1,408, y da á la mujer el derecho de opción y de retiro. La jurisprudencia se ha pronunciado en este sentido. (2)

340 bis. ¿Tiene la mujer el derecho de opción cuando el marido se ha hecho adjudicatario en un embargo practicado contra la mujer y sus copropietarios por una deuda que tenía el inmueble? Fué sentenciado que la mujer no tenía el derecho de opción; (3) creemos que la decisión es buena, pe-

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 151.

2 Nancy, 9 de Junio de 1854 (Dalloz, 1855, 2, 251). Denegada, 24 de Julio de 1860 (Dalloz, 1860, 1, 456).

3 Burdeos, 10 de Agosto de 1870 (Dalloz, 1871, 2, 153).

ro está mal motivada. La Corte supone que la mujer tiene el derecho de opción, porque da á su marido el mandato tácito para adquirir el inmueble. Si hubiese mandato tácito para adquirir, el inmueble sería propio en virtud de la regla establecida por el primer inciso del art. 1,408, y ya no se trataría del derecho de opción. Para que haya lugar á este derecho, es necesario que la adquisición haya sido hecha por el marido en su nombre personal. ¿Por qué, en el caso, no hubo lugar al derecho de opción, aunque el marido haya adquirido en su nombre personal? Fué porque la mujer no podía adquirir el inmueble en calidad de deudora embargada, no pudiendo el embargado hacerse adjudicatario (Cód. de Proc., art. 711); y si la mujer no puede directamente hacerse propietario del inmueble, tampoco puede adquirirlo por vía de retiro.

341. El art. 1,408 dispone que la mujer tiene el derecho de opción y de retiro cuando el marido se hace solo y en su nombre personal adquirente de una *porción* ó de la *totalidad* de un inmueble perteneciendo por indiviso á la mujer. Cuando el marido adquiere la totalidad del inmueble, la ley se aplica sin dificultad alguna: la mujer puede abandonar el efecto á la comunidad; es decir, todo el inmueble que el marido ha adquirido y que se ha vuelto una ganancial; ó puede retirar el inmueble hecho ganancial por el todo para hacer de él un propio. En el primer caso, la comunidad debe compensación á la mujer por la parte que le pertenecía en el precio; en el segundo caso, es la mujer la que debe compensación á la comunidad por el precio de la adquisición que la comunidad ha pagado y de la que la mujer se supone ha recibido su parte.

¿Pero cómo pasarán las cosas cuando el marido se hizo solo adquirente de la porción indivisa perteneciendo al copropietario de la mujer? (1) Esta tiene igualmente la elec-

1 Las opiniones de los autores son muy divergentes. Hemos seguido la in-

DE LA COMUNIDAD LEGAL.

415

ción. Puede, pues, abandonar el efecto á la comunidad. Pero, ¿qué se entiende en este caso por efecto? ¿Es todo el inmueble comprendiendo la parte indivisa de la mujer? Así se ha pretendido, pero esto es inadmisibile. La mujer no debe abandonar á la comunidad sino solo lo que la comunidad adquirió; y el marido solo adquirió una porción indivisa, es esta porción la que ha entrado en la comunidad y que la mujer deja en ella conservando la que es propia. ¿Tiene la mujer en este caso derecho á una compensación? Nó, pues no abandona su parte á la comunidad, por lo que ésta no se enriquece á expensas de la mujer; luego nada le debe. El texto no dice lo contrario; el art. 1,408 dice que la comunidad, en caso de abandono del efecto, se hace deudora hácia la mujer por *la porción del precio que pertenece á ésta*; y cuando el marido no adquirió la parte indivisa de la mujer, nada se debe á ésta en el precio; luego la mujer no tiene derecho á ninguna compensación, según el texto; lo que prueba que conserva la parte indivisa que le pertenecía y no la abandona á la comunidad. Si la mujer prefiere retirar el inmueble de la comunidad para hacer de él un propio, retirará la porción indivisa adquirida por el marido y que se habrá hecho una ganancial; deberá, en este caso, dice el artículo 1,408, reembolsar á la comunidad *el precio de la adquisición*; lo que también prueba que el derecho de opción solo tiene por objeto la porción indivisa que el marido ha comprado, es esta porción la que la mujer abandona ó vuelve á tomar; si la retira, reembolsa el precio que la comunidad ha pagado. Solo hay una sola objeción en contra de la interpretación literal de la ley que estudiamos, es que comprendemos bajo el nombre de *inmueble* la porción indivisa del inmueble que el marido adquirió. La objeción es insignificante bajo el punto de vista legal, pues la porción indivisa de un inmueble es

interpretación literal del texto que dan Aubry y Rau (t. V, pág. 313, nota 100, pfo. 507), y aun mayor, Colmet de Santerre, t. VI, pág. 94, núm. 37 bis XIV. Véanse en sentido diverso los autores citados por Aubry y Rau.

seguramente un inmueble en el lenguaje jurídico, lo que prueba que la ley entendió la palabra *inmueble* en su sentido más lato, ella es la que emplea la palabra *efecto* como sinónimo.

*III. ¿Cuándo puede y cuándo debe la mujer ejercer su derecho?*

342. El art. 1,408 dice que la mujer puede hacer su elección *cuando la disolución de la comunidad*. ¿Quiere esto decir que la mujer no tenga derecho durante la comunidad? La cuestión está controvertida. Creemos que debe distinguirse. El derecho de opción propiamente dicho, no puede ser ejercido durante la comunidad; se trata de saber si el inmueble adquirido por el marido debe ser comprendido en la masa repartible á título de ganancial, ó si la mujer lo retirará á título de propio. Esto supone que la comunidad está disuelta y que se trata de liquidarla. Solo entonces es cuando importa saber cuáles son los propios y cuáles los gananciales. He aquí por qué la ley dice que la mujer tiene la elección *cuando la disolución de la comunidad*.

¿Es esto decir que la mujer no tiene ningún derecho durante la comunidad? Si su intención es abandonar á la comunidad, no tiene ningún interés en declararlo mientras la comunidad dura, puesto que ningún derecho tiene en los bienes comunes; solo tiene derecho á ellos si acepta, y solo puede aceptar cuando la comunidad se disuelve. Pero si la mujer tiene intención de retirar el inmueble para convertirlo en propio, tiene interés en hacerlo inmediatamente. Diremos mas adelante que, en nuestro concepto, el marido puede enajenar el inmueble y que la mujer no tiene ninguna acción contra los terceros; si se admite esta opinión, se entiende que la mujer tenga el mayor interés en retirar el inmueble cuanto antes. Aun en la opinión contraria que es la que generalmente se sigue, la mujer está interesada en ejer-

cer el retiro desde luego. Todos están acordes en este punto. La dificultad está en saber si tiene el derecho de hacerlo así. Creemos que sí. Se supone que el marido adquirió el inmueble en nombre personal; la mujer tiene el derecho de hacer con él un propio. Cuando la ley da un derecho, se le puede ejercer desde luego, á no ser que la misma naturaleza del derecho se oponga á ello. Y nada impide á la mujer declarar, desde que el marido hizo la adquisición, que la toma por su cuenta y que entiende que el inmueble le sea propio. La ley hace la aplicación de este principio en materia de reemplazo: la mujer debe aceptarlo si quiere que el inmueble le quede propio, si no queda ganancial. ¿Cuándo puede hacer esta aceptación? Inmediatamente. ¿El art. 1,408 se opone á ello cuando se trata del derecho de retiro? Esto sería una derogación al derecho común, y la excepción está consagrada en términos formales en estas palabras: *Cuando la disolución de la comunidad*. Hemos contestado de antemano á la objeción.

Es verdad que el derecho de opción, en tanto que comprende una alternativa, no puede ejercerse sino en la disolución de la comunidad, porque el abandono á la comunidad no se puede hacer antes; pero cuando únicamente se trata de declarar que la mujer entiende tener el inmueble en propio, esta declaración puede hacerse desde luego. ¿Se dirá que esto es realmente hacer una elección, y que la mujer estando bajo la influencia del marido, no está libre para obrar según le interesa? Esta objeción no detuvo al legislador cuando dió á la mujer el derecho de aceptar el reemplazo tan luego como el marido ha hecho la adquisición; no debe pues, detener al intérprete cuando se trata de reconocer á la mujer un derecho que los principios generales le dan. (1)

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 36, núm. 37 bis III. Aubry y Rau, t. V, pág. 314, nota 101 y los autores que citan. En sentido contrario Rodière y Pont, t. I, pág. 546, núm. 634 y los autores que citan. La jurisprudencia también es-

343. ¿Cuándo debe la mujer ejercer su derecho de opción y de retiro? En principio, el que tiene un derecho puede ejercerlo durante treinta años. Se puede, pues, decir que la mujer tiene treinta años para declarar su voluntad. Pero sucede con este derecho absoluto lo que con el del sucesible que tiene treinta años para aceptar ó repudiar. Esto supone que no hay otras partes interesadas que tengan derecho de exigir que la sucesión ó la mujer manifiesten su voluntad. Y cuando la comunidad se disuelve, el marido ó los herederos tienen derecho é interés en la liquidación y reparto de los bienes comunes. Para que la comunidad pueda ser repartida, es necesario que se sepa cuáles son bienes propios y cuáles gananciales. El marido ó sus herederos tienen el derecho de obligar á la mujer á que se pronuncie. Es inútil insistir en este punto que es seguro; todos están acordes en el fondo, aunque los autores discuten en apariencias; el debate solo versa acerca de la forma más ó menos absoluta del pensamiento. (1)

344. ¿Qué sucede con el inmueble cuando la mujer no ejerce el retiro ó declara renunciarlo? El inmueble quedará lo que era. Diremos más adelante que, en nuestra opinión, el inmueble adquirido por el marido en el caso previsto por el art. 1,408, es una ganancial desde el momento de la adquisición; para que se haga propio es menester que la mujer lo retire de la comunidad, esta es la expresión de la ley; si no lo retira, lo deja en la comunidad; el inmueble es, pues, una ganancial. (2) Troplong dice, al contrario, que si el derecho de opción pereció por la prescripción de treinta años, "el inmueble adquiere *al más alto grado* el carácter que la tá dividida, y las sentencias en pro y en contra tienen poca importancia. Véase Denegada, 25 de Julio de 1844, y Lyon, 20 de Julio de 1843 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núms. 837 y 832). Burdeos, 15 de Mayo de 1871 (Dalloz, 1871, 2, 237).

1 Duranton, t. XIV, pág. 277, núm. 210. Marcadé, t. V, pág. 483, número 4 del artículo 1,408. Aubry y Rau, t. V, págs. 394 y siguientes, notas 102, y 103. Colmet de Santerre, t. VI, pág. 87, núm. 37 bis V.

2 Aubry y Rau, t. V, pág. 315 y nota 104, y las autoridades que citan.



ley *presume* en él. (1) Es singular el lenguaje, y aun más singular la idea. ¿Hay, por acaso, varios grados de propios? ¿Y en dónde está la ley que *presume* la calidad de propio en el inmueble adquirido por el marido? Si la ley lo presumiera, ¿tendría aún necesidad la mujer de hacer una declaración de retiro? El inmueble sería propio, salvo declaración contraria; mientras que la ley dice que el inmueble no se vuelve propio sino mediante declaración de la mujer.

345. ¿Puede la mujer renunciar al derecho de opción? En regla general, se puede renunciar á cualquier derecho cuando es de interés privado; y tal es el derecho que el art. 1,408 concede á la mujer. ¿Cómo debe hacerse la renuncia? Se está bajo el imperio del derecho común, puesto que la ley no lo deroga. La mujer puede, pues, renunciar desde que se abre el derecho; en nuestra opinión, lo puede hacer durante la comunidad; en la opinión que no permite á la mujer ejercer el retiro sino cuando la disolución de la comunidad, se debe decidir que solo puede renunciar á partir de ese momento. La renuncia puede ser expresa ó tácita, siempre en virtud del derecho común. ¿Cuándo será tácita? Es ordinariamente esta renuncia la que da lugar á dificultades. El principio no es dudoso: la mujer renuncia á su derecho de opción cuando hace una acta que implica necesariamente su intención de renunciar. Tal sería el caso en el que consintiera en la venta del inmueble á título de ganancial, ó si confirmase dicha venta. Hay una sentencia en sentido contrario de la Corte de Besançon. La mujer había vendido, juntamente con su marido y dándole el nombre de ganancial, un inmueble que el marido había adquirido en las circunstancias previstas por el art. 1,408. La Corte dijo que la *enunciación* de ganancial no equivale á una renuncia al derecho que la ley asegura á la mujer, sin otro motivo. Ha-

1 Troplong, t I, pág. 233. núm. 680.

bía más que una renuncia, había concurso de la mujer en una acta de venta. ¿Por qué concurrió á la venta? No era necesario, puesto que en la opinión común, el marido tiene el derecho de enajenar á reserva de resolución. Si la mujer figura en el acta como parte, solo puede ser para impedir la resolución; esto es decir que renuncia á su derecho de retiro, cuando menos para con el adquirente. La Corte de Casación lo sentenció así en un caso en el que la mujer había declarado terminantemente que creería hacer un acto de mala fe reclamando bienes vendidos por su marido á terceros de buena fe. Se pretendía que la renuncia de la mujer no concernía sino á los inmuebles que había rehusado reivindicar. La Corte decidió, en principio, que si nadie se presume de renunciar á sus derechos, no sucede así cuando la renuncia es terminante y consta por escrito. En efecto, la Corte admite la interpretación que la Corte de Lyon había dado á la renuncia de la mujer sentenciando que se aplicaba indistintamente á todas las ventas hechas por el marido. (1)

Se supone que la mujer, cuando la disolución de la comunidad, declara simplemente que renuncia á su derecho de opción: ¿qué sucederá con la adquisición del marido? ¿Formará un propio ó una ganancial? En nuestra opinión, el inmueble era una ganancial en virtud de la adquisición que el marido habría hecho; si la mujer renuncia á su derecho, esto es decir que no puede retirarlo; luego el inmueble queda á la comunidad. (2)

#### *IV. Efecto de la opción. Del retiro de la indivisión.*

346. El art. 1,403 dice que la mujer puede abandonar el efecto á la comunidad. Si opta por el abandono, el inmueble estará comprendido en la masa como ganancial. Re-

1 Denegada, 1.º de Mayo de 1860 (Dalloz, 1860, 1, 511).

2 Compárese Marcadé (t. V, pág. 485, núm. 6 del art. 1,408) que no admite esta solución sino en el caso en que el marido adquirió la totalidad del inmueble.

sulta que todas las actas de disposición que el marido ha hecho son válidas. No puede haber duda acerca de este punto. La ley agrega que la comunidad se vuelve entonces deudora hacia la mujer por la porción que pertenece á ésta en el precio. Esto supone, como lo hemos dicho (núm. 341), que el marido adquirió la totalidad del inmueble. Si el marido no adquirió la totalidad del inmueble sino solo la porción indivisa que pertenecía al copropietario de la mujer, la comunidad no debe ninguna compensación á la mujer, puesto que ésta no le abandona su parte en el inmueble.

La mujer puede también retirar el inmueble, dice el artículo 1,408. Este derecho es el que se llama *retracción de indivisión*. Esta expresión pudiera dejar creer que el inmueble está indiviso en el momento en que la mujer lo retira. Lo está, en efecto, cuando el marido solo adquirió una porción indivisa; si ha comprado la totalidad, la indivisión ha cesado por el hecho de la adquisición. No es, pues, por razón de la indivisión en que se encuentra el inmueble como se califica de retiro de indiviso al derecho de la mujer; se le llama así porque la ley lo da á la mujer por razón del derecho indiviso que posee en el inmueble; si la mujer retira el inmueble, esto es para hacer un propio con él: la mujer adquiere con este título la porción indivisa que pertenecía á sus copropietarios. La ley dice que la mujer reembolsa á la comunidad el precio de la adquisición, no se explica acerca del efecto del retiro: el inmueble será propio por el todo de la mujer, pero ¿á partir de qué momento? ¿Será desde la adquisición que hizo el marido, ó á partir del momento en que la mujer ejerce su derecho de retiro? En la opinión general, el inmueble está como habiendo sido siempre propio de la mujer. Esta doctrina nos deja con muchas dudas.

347. Un primer punto nos parece seguro: el inmueble es una ganancial en el momento en que el marido hace su adquisición. En efecto, el marido lo adquiere á título oneroso

durante el matrimonio; luego, según los términos del artículo 1,401, núm. 3, el inmueble entra en la comunidad. Tal es también la intención del marido que lo adquiere; él es el *único* adquirente y en su nombre personal, la mujer no concurre al acta y el marido no la representa; la consecuencia es que el marido se hace propietario, y todo inmueble que adquiere durante el matrimonio es una ganancial. La Corte de Casación lo sentenció así y esto no es dudoso. (1)

Troplong escribió, sin embargo, que esto es una idea falsa y peligrosa. No titubeamos en decir que la opinión de Troplong es uno de esos errores demasiado numerosos que se encuentran en su *Tratado acerca del contrato de matrimonio*. «Si consultamos el texto, dice que no hay un solo momento en que considere la cosa como ganancial antes de la opción de la mujer» ¡Y qué! el texto dice que el marido se hace *solo y en su nombre personal adquirente* del inmueble, y no será propietario, ¿y el inmueble que el marido adquiere no será una ganancial? ¡Cómo! El texto dice que, cuando la disolución de la comunidad, la mujer puede *abandonar* el efecto á la comunidad, ¿y este inmueble que deja á la comunidad no hubiera sido una ganancial? Hubiera sido propio de la mujer, sin que haya sido adquirente, ni su marido por ella. ¡Cómo! El texto dice que la mujer puede *retirar* el inmueble. ¿Retirarlo de dónde? De la comunidad; luego en el momento en que lo retira, está en la comunidad; y estaría en la comunidad sin ser una ganancial.

Troplong invoca también los principios; pero ¿qué principios! «El marido está *presumido* ser el *negotiorum gestor* de la mujer para hacer cesar la indivisión.» ¡Cómo! El artículo 1,408 es una disposición de desconfianza escrita contra el marido que, lejos de entender gestionar los negocios de la mujer, quiere adquirir el inmueble por su cuenta, y se nos

1 Denegada, 25 de Julio de 1844 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 837).

viene á decir que el marido está *presumido* ser el *negotiorum gestor* de su mujer. La adquisición del marido, continúa el autor, hace cesar la indivisión, y todo reparto retrotrae. «¿Cómo fuera posible que el inmueble no tuviera *primá fronte*, la naturaleza del propio?» (1). Así, el marido que no tiene ningún derecho en el inmueble y que obra *solo*, en su *nombre personal*, reparte el inmueble, ¡y este reparto tiene un efecto retroactivo! ¿Se divide acaso un bien del que no es copropietario? La mujer es quien es copropietaria; ella es quien tendría el derecho de repartir; y ésta no interviene en el contrato, el marido la aparta de él, se hace único adquirente en su nombre y por su cuenta; ¡y esto sería un reparto! (2)

348. El inmueble adquirido por el marido es, pues, una ganancial, y queda ganancial hasta que la mujer lo *retire*. Es por el retiro como deja de ser ganancial para volverse un propio. ¿No debe concluirse de esto que el inmueble solo es propio desde el momento del retiro? Entonces es cuando lo adquiere la mujer y se hace propietaria de él, á reserva de reembolsar el precio de la adquisición á la comunidad; este retiro equivale á una compra, y la compra solo hace á la mujer propietaria desde el momento del contrato; luego solo desde ese momento el inmueble le es propio. Decimos que el retiro es una compra. El marido adquirió todo el inmueble. Ya no hay indivisión. La comunidad es propietaria; la mujer retira el inmueble: ¿es á título de copropietario por indiviso? ¡y el acto equivale á un reparto? Nó, la mujer ha vendido su parte indivisa, no tiene ya ningún derecho en el inmueble; si lo retira, no es como copropietario, ya no lo es, es en virtud de un beneficio de la ley. Ella vuelve á comprar el inmueble, el retiro es una recompensa; luego una nueva adquisición, una venta ordinaria, por lo tanto, el inmueble

1 Troplong, t. I, pág. 223, núm. 648.

2 Compárese Colmet de Santerre, t. VI pág. 88, núm. 37 bis VII y VIII.

se vuelve propio en virtud del retiro, luego desde el retiro. Solo en el caso en que el marido adquirió una porción del inmueble indiviso, es como la mujer queda copropietaria por indiviso por su parte; en este caso, puede decirse que el retiro es un acto que hace cesar la indivisión y que equivale a un reparto; la mujer puede entonces invocar el principio del art. 883, es adquirente de un inmueble que posee por indiviso con la comunidad; el retiro hace cesar la indivisión, y ésta cesa retroactivamente. En esta hipótesis, el inmueble se hace propio desde el momento en que la indivisión ha comenzado.

Así, en nuestro concepto, debe distinguirse. Si el marido adquirió la porción indivisa del inmueble que pertenece al copropietario de la mujer, el único efecto de esta adquisición será el de poner a la comunidad en el lugar del vendedor; la indivisión continúa, la mujer posee el inmueble por indiviso con la comunidad; es decir, con el marido. Si ejerce el retiro, éste solo es un acto de adquisición que hace cesar la indivisión, por consiguiente, la mujer, al ejercer el retiro, usa del derecho que le está dado por el primer inciso del art. 1,408: el inmueble le es propio en virtud de un acto que equivale a una partición. La única diferencia entre el retiro de indivisión y la adquisición de que habla el primer inciso, es que el retiro es obligatorio para la comunidad copropietaria por indiviso; mientras que la adquisición hecha en el caso del primer inciso es voluntaria, en el sentido de que depende en general del copropietario el vender ó no vender; pero aun puede decirse que si la mujer pide el reparto, tiene derecho para ello, no pudiendo nadie quedar obligado a permanecer en indivisión (art. 815).

En la otra hipótesis, el marido se hace adquirente de la totalidad del inmueble. Ya no hay indivisión; los arts. 883 y 1,408, primer inciso, están fuera de causa; el segundo inciso es el sitio de la dificultad. El retiro ya no hace cesar

la indivisión, es una compra, una mera venta que crea un propio en virtud del beneficio de la ley, pero el inmueble no se hace propio sino desde el momento del acta. La opinión contraria está generalmente admitida; vamos á exponer los motivos en los que se funda, así como nuestras dudas.

349. En la opinión general se admite que la opción de la mujer tiene un efecto retroactivo; es decir, que el inmueble que la mujer retira está como si le hubiese sido propio siempre. Se dice que el derecho del marido es tradicional; Colmet de Santerre agrega que esto no es dudoso, y quizá es porque esto parece seguro, por lo que los autores dan apenas un motivo de su opinión. ¿Por qué es tradicional el derecho del marido? El marido no adquiere bajo condición resolutoria expresa, entiende adquirir definitivamente. La condición debe pues, ser tácita. No lo es en virtud de la ley, puesto que ésta nada dice; debiera, pues, serlo en virtud de la voluntad tácita de las partes contratantes. Vuelve aquí nuestra cuestión: ¿por qué se admite esta voluntad tácita? El marido sabe, sin duda, que la mujer podrá retirar el inmueble y que la ganancial que entiende adquirir para la comunidad podrá volverse un propio para su mujer. Pero de esto no se deduce que tenga intención de adquirir bajo condición resolutoria. Diremos más; tal no puede ser su intención, pues si solo es propietario bajo condición resolutoria, no podrá disponer del inmueble, y tendrá los cargos de la adquisición sin gozar de sus beneficios, el lado malo del negocio será para él y para la comunidad, y el bueno para la mujer; si la adquisición es buena, si el inmueble aumenta de valor, la mujer lo retirará; si la adquisición es mala, si el inmueble disminuye de valor, la mujer lo abandonará á la comunidad. Con estas condiciones mejor sería hacer la adquisición por cuenta de la mujer, haciéndola concurrir en el acta. Lo seguro es que no puede admitirse una intención

tácita del marido contra su propio interés. Además, se olvida que la condición no puede resultar de la sola voluntad del marido, debería probarse además, que tal es también la intención del vendedor, pues la condición siendo una cláusula del contrato solo puede resultar del concurso de consentimientos. Diremos más adelante que los copropietarios de la mujer tienen, al contrario, interés á que la adquisición del marido sea definitiva; luego no puede tratarse de una condición resolutoria fundada en la voluntad de las partes contratantes.

La condición resolutoria, si no es convencional, debe ser legal. No está escrita en la ley; debiera, pues, resultar de la voluntad tácita del legislador. En principio, nos parece difícil admitir una condición fundada en la voluntad tácita del legislador; se necesitaría para esto que la condición fuera una consecuencia necesaria de la disposición. Se dice que sin la retroacción del retiro, el derecho concedido á la mujer sería decisorio, el marido pudiendo de un momento á otro enajenar la ganancial, lo que haría imposible el ejercicio del retiro. Cortestamos que en la interpretación que hemos admitido, la mujer puede retirar el inmueble durante la comunidad; luego inmediatamente después de la adquisición hecha por el marido. Es verdad que si la mujer no obra en seguida, su derecho puede perecer. Para resguardar enteramente sus intereses, el legislador hubiera debido declarar el retiro retroactivo; pero la cuestión está en saber si así lo hizo, y hasta aquí no hemos encontrado en el texto ninguna disposición de la que pueda inducirse la voluntad segura del legislador; y se necesita una voluntad manifiesta para que se pueda admitir una condición tácita.

El único argumento que tenga alguna apariencia jurídica consiste en decir que el retiro equivale á la adquisición que la mujer hubiere hecho del inmueble. Si lo hubiere adquirido, como para ello tiene derecho en virtud del primer in-



ciso del art. 1,408, el inmueble le sería propio, no solo desde la adquisición, sino desde el momento en que comenzó la indivisión. Y ¿cuál es el objeto del derecho de retiro? Es garantizar á la mujer el derecho que le da la ley en el caso en que el marido quisiera quitárselo; luego el retiro debe tener el mismo efecto que la adquisición del inmueble, por consiguiente, éste deber ser un propio en virtud del retiro, como lo hubiera sido en virtud de la adquisición; es decir, que debe tener un efecto retroactivo. Tal pudiera ser seguramente el sistema de la ley, si hubiere entendido garantizar los intereses de la mujer, con exclusión y en perjuicio del derecho de tercero. Pero lo repetimos, se trata de saber, no lo que debiera haber hecho el legislador, sino lo que ha hecho. La teoría que acabamos de exponer, ¿será la que consagra el art. 1,408? Esta implica una ficción: y es que un acto que no hace cesar la indivisión esté, sin embargo, considerado, en cuanto á los efectos, como un reparto. El retiro no hace cesar la indivisión en la hipótesis de la adquisición total por el marido; lo hemos probado (núm. 348), y puede decirse que la cosa es evidente: ¿Cómo haría cesar la indivisión el retiro cuando nada hay de indiviso? La realidad de las cosas es, pues, esta: la mujer *retira* el inmueble de la comunidad reembolsando el precio. Un acto de recompra no puede ser considerado como un acto de partición; se necesita para esto una ficción; la ley no la establece y solo el legislador puede crearla. En nuestro concepto, esto es decisivo. (1)

350. Se invoca la jurisprudencia en apoyo de la doctrina enseñada por los autores. A decir verdad, está dividida y tiene poca importancia, porque no hay sentencia de principio que haya previsto y resuelto las dificultades que presen-

1 Véase en sentido contrario, Troplong, t. I, pág. 224, núm. 651, pág. 225, núm. 654. Duranton, t. XIV, pág. 275, núm. 209. Rodière y Pont, t. I, página 177, núm. 170. Colmet de Santerre, t. V, pág. 89, núm. 37 bis IX.

ta la cuestión. Troplong cita el considerando siguiente de una sentencia de la Corte de Casación que, dice él, parece haber decidido lo contrario: "que del texto como del espíritu del art. 1,408 resulta que el marido, *sobre todo para con los terceros*, se hace propietario del inmueble por él adquirido, á reserva del "ejercicio del derecho de opción ó de retiro reservado á la mujer." (1) Si el marido es propietario para con los terceros, las actas de disposición que haga serán inatacables: de donde resulta que el retiro de la mujer no retrotrae contra terceros, y de ellos es de quienes se trata. Troplong dice que se atreve á creer que la sentencia ha sido pronunciada en circunstancias que la absuelven, hasta cierto punto, de un error tan grave. Error para los unos, verdad para los otros: ¡así es nuestra ciencia! Lo seguro es que no se puede decir que nuestra opinión esté desechada por la jurisprudencia, cuando puede apoyarse en una sentencia de la Corte de Casación. Podemos también invocar una sentencia de la Corte de Nancy que decide que el inmueble indiviso del que es adquirente el marido, se vuelve una ganancial. (2) Esta es la base de nuestra teoría. Es verdad que hay tantas inconsecuencias en esta materia que siempre está uno expuesto á equivocarse prevaleciéndose de una decisión judicial, pues no es seguro que la Corte que la pronunció acepte sus consecuencias.

Es la opinión contraria á la nuestra la que reina en la jurisprudencia. Pero las sentencias solo tienen valor por sus motivos, y si se pesan los motivos, la importancia de la jurisprudencia en nuestra cuestión disminuye singularmente. Una de las sentencias más radicales es la que pronunció la Corte de Grenoble. No se conforma con decidir que el retiro tiene un efecto retroactivo, lo que cuando menos implica que el marido es propietario bajo condición resolutoria,

1 Denegada, 25 de Julio de 1844 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 837).

2 Nancy 9 de Junio de 1854 (Dalloz, 1855, 2, 251).

según lo enseñan los autores; la Corte pretende que la propiedad descansa en la persona de la mujer hasta el momento en que ésta usa de su derecho de repudiación. (1) Que se compare esta decisión con el texto del art. 1,408, y se convencerá uno de que la sentencia hace decir á la ley lo contrario de lo que dice. El artículo no dice que la mujer tiene el derecho de repudiar la adquisición, lo que implicaría que el inmueble le es propio, por esto solo que no manifiesta la intención de dejárselo á la comunidad, de manera que el silencio de la mujer bastaría para que el inmueble le fuera propio. ¿Esto es lo que la ley dice? No, seguramente; confiere una opción á la mujer; ésta tiene el derecho de elegir entre abandonar el efecto á la comunidad ó retirarlo de ella; una elección exige una declaración de voluntad, es menester que la mujer diga si quiere que el inmueble le sea propio que lo retire de la comunidad; luego el inmueble no le es propio en virtud de la adquisición que hizo de él el marido. La Corte de Grenoble dice también que el marido adquiere para la mujer y en interés de ésta; el art. 1,408 dice que el marido adquiere *en su nombre personal*; luego en interés suyo. Que se formule la interpretación de la Corte de Grenoble: conduce á decir que la mujer puede hacer un propio con el inmueble que el marido adquirió solo y *en su nombre personal*; luego por cuenta suya. La antinomia del texto y de la interpretación no pudiera ser más grande. En nuestro concepto, semejante jurisprudencia es un mal apoyo.

351. Llegamos á las consecuencias de las dos opiniones contrarias. El marido hace actas de disposición, enajena el inmueble, lo hipoteca, lo grava con derechos reales. Después la mujer retira el inmueble para hacer de él un propio: ¿que sucede con las actas hechas por el marido? Si se admite con la Corte de Casación que el marido es propietario para con los terceros, subsisten las actas de disposición, tu-

1 Grenoble, 18 de Agosto de 1854 (Dalloz, 1856, 2, 61).

vo el marido el derecho de hacerlas; la mujer no las puede atacar; debe, pues, respetar los derechos reales, y, en caso de enajenación, no puede ejercer el retiro contra el tercer adquirente.

En la opinión contraria, el marido solo tiene una propiedad resolutoria, y los derechos que concede á terceros están afectados de la misma condición. Si la mujer retira el inmueble, el derecho del marido está resuelto, así como todos los derechos por él consentidos en el inmueble. Los autores están unánimes en este punto, (1) y la jurisprudencia está en el mismo sentido. Sin embargo, ésta no se demuestra tan explícita como la doctrina. (2) La única sentencia pronunciada en un caso de enajenación, es la de la Corte de Riom; en el caso, los esposos estaban casados bajo el régimen dotal; el marido había adquirido derechos sucesivos de los que la mujer era copropietaria. Se debe considerar, dice la Corte, la adquisición como hecha en nombre de la mujer para acrecentar sus bienes dotales. Aquí detenemos á la Corte y le preguntamos: ¿en qué parte está esto escrito? Seguramente no es en el art. 1,408 que dice lo contrario, pues la adquisición no está hecha en nombre de la mujer, sino en el nombre personal del marido; luego por su cuenta. Del pretendido principio de que la adquisición se hace para la mujer, la Corte deduce la consecuencia de que el inmueble es dotal y que el marido no pudo enajenarlo. Se ve que la sentencia pronunciada por la Corte del Mediodía es una sentencia romana.

352. El principio en el que descansan la doctrina y la jurisprudencia tiene además otras consecuencias ante las que los autores y los tribunales han retrocedido. Si el retiro retrotrae al día de la adquisición hecha por el marido, solo puede ser esto en virtud de una ficción por la que la mujer

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 315, nota 105, y los autores que citan.

2 Véase en cuanto á la resolución de las hipotecas, las sentencias citadas por Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 858.

que retira el inmueble está como si lo hubiese comprado. Ella será, pues, el adquirente, y, por consiguiente, deudora del precio para con los vendedores. La Corte de Lyon lo había sentenciado así y su decisión es muy lógica si se admite la ficción que implica la opinión general. Sin embargo, la sentencia fué casada. La Corte de Casación invoca el texto del art. 1,408, lo que es muy significativo, pues el texto ignora todo cuanto se le hace decir: la ley dice que la mujer que retira el inmueble está obligada á reembolsar el precio á la comunidad, es con esta última con quien ella trata al retirar un inmueble ganancial; no ha tratado con los vendedores del marido, no les debe, pues, nada. (1) Esto es verdad en nuestra opinión, que parece ser también la de la Corte de Casación. Pero esto no es exacto cuando se admite la opinión general. No obstante, los autores enseñan como la Corte, que la mujer no es deudora de los vendedores, que éstos solo tienen su privilegio y la acción por resolución. (2)

353. Solo un autor, el último que ha escrito acerca de la materia y uno de los mejores, ha sido herido por la contradicción entre el principio y la doctrina admitida por los autores y la jurisprudencia. La consecuencia lógica del principio conduce á decidir que la mujer es deudora de los vendedores. Pero esta vez puede decirse que la consecuencia testifica en contra del principio. Si la mujer es deudora resulta que está como si hubiese contratado con los vendedores; sin embargo, es extraña en el contrato, no consintió y los vendedores no consintieron en tratar con ella. Así se llega á un contrato sin concurso de consentimiento. La ficción llega hasta la herejía jurídica. ¿No es esto una prueba muy palpable de que el legislador solo hubiese podido consagrar la teoría que combatimos? (3)

1 Riom, 20 de Mayo de 1839 (Dalloz, *ibid.*, núm. 859).

2 Casación, 14 de Noviembre de 1854 (Dalloz, 1855, 1, 232).

3 Rodière y Pont, t. I, pág. 549, núm. 640. Aubry y Rau, t. V, págs. 315 y siguientes, y nota 106.

No llegamos aún al cabo de las dificultades. El señor Colmet de Santerre llamó el primero la atención acerca de una consecuencia de la opinión general que está en oposición con todos los principios. Los copropietarios del inmueble han querido tratar con el marido, y he aquí que por el efecto del retiro, sucede que no han tratado con él, puesto que está como si no hubiese sido nunca adquirente. La mujer es la que substituye al marido; los vendedores han tratado, pues, sin querer con la mujer. No se les puede obligar á vender sin su consentimiento, se les debe, pues, permitir el pedir la nulidad del acta por la que el marido se había hecho propietario. Se objetaría en vano que los vendedores no tienen interés; puede haber otros terceros interesados en apartar á la mujer: éstos son los terceros acreedores hipotecarios que tienen sus derechos de los copropietarios de la mujer. Si el retiro retrotrae por aplicación de los arts. 883 y 1,408, la consecuencia será desastrosa para los terceros: la mujer les opondrá el principio de ser como si hubiese sido siempre propietario del inmueble que retira, mientras que los vendedores están como si nunca lo hubieran sido: luego caen las hipótesis. (1) He aquí una consecuencia de la opinión general que debe dar que pensar. La solución que el señor Colmet de Santerre propone no será acogida; se opondrá el texto de la ley, como lo ha hecho ya la Corte de Casación. Hay, pues, que buscar el remedio en otra parte. Se encuentra también en el texto. La ley ignora la ficción de la retroacción y las extrañas consecuencias que proceden de ella. Da á la mujer un derecho de retiro; es decir, de recompra. Esto supone una nueva convención que transforma el inmueble ganancial hasta aquí, en propio. Este cambio no opera en lo pasado, luego todos los derechos están mantenidos. En la opinión general, se sacrifican los derechos de los terceros al retiro de la mujer; nosotros conciliamos estos derechos con

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 90, núms. 37 bis X-XIII

el de la mujer, permitiéndole retirar inmediatamente el inmueble; los derechos que lo gravan subsistirán y no podrá haber nueva concesión.

*Núm. 5. Del vencimiento.*

354. El art. 1,407, dice: "El inmueble adquirido durante el matrimonio á título de cambio por el inmueble perteneciendo á uno de los esposos, no entra en la comunidad, y está *subrogado* en lugar del que fué enajenado, á reserva de compensación si hay saldo." ¿Por qué el inmueble recibido en cambio de un propio es también un propio? La ley lo dice: por efecto de una *subrogación*. Se le llama *real* para distinguirla de la *subrogación personal*, de la que hemos hablado en el título *De las Obligaciones*. Pothier define la *subrogación real* como sigue: "Es una *ficción de derecho* por la que una cosa que he adquirido en lugar de otra que he enajenado, toma la calidad de la cosa enajenada, en lugar de la que fué adquirida y á la que está subrogada." Hay una ficción en la subrogación; Toullier hace mal en negarlo. (1) ¿Cuál es la realidad de las cosas? Es que el cambio es una adquisición á título oneroso hecha durante el matrimonio; luego en virtud de la regla establecida por el art. 1,401, núm. 3, debiera formar una ganancial. Si forma un propio, es por la disposición de la ley, y como esta disposición es contraria á la realidad, debe decirse que es una ficción. No es esto una disputa de palabras: las ficciones legales están regidas por principios particulares; son de la más estricta interpretación y no sufren, por consiguiente, ninguna interpretación extensiva. Toullier dice que la disposición del artículo 1,407 está fundada en la equidad. Sin duda, es justo que el inmueble recibido en cambio de un propio se hace propio; la comunidad no tiene derecho en él. Pero la equi-

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 197. Colmet de Santerre, t. VI, pág. 78, núm. 35 bis I. Compárese Toullier, t. VI, 2, pág. 155, núm. 148.

dad sola no bastaría para formar un propio con el inmueble recibido en cambio; si es propio, esto es en virtud de la ley, y la ley consagra una ficción.

355. Es porque la subrogación se hace en virtud de la ley como tiene lugar de derecho pleno. La Corte de Nancy ha hecho una aplicación muy jurídica de este principio. Se pretendía que el cambio era un reemplazo y que, por consiguiente, debían observarse todas las condiciones prescriptas por la ley para que resultase del cambio un reemplazo. Esto es un error; la ley distingue el reemplazo del cambio: para el cambio no exige formalidad; luego el intérprete tampoco puede exigirla. En el caso, dos esposos habían cambiado diversos inmuebles procedentes en parte de sus propios y en parte de sus adquisiciones, declarando expresamente en el acta que los inmuebles adquiridos por ellos "serían de igual naturaleza." Es verdad que los cónyuges no habían determinado las fracciones por las que los bienes recibidos por ellos en cambio serían propios y gananciales, pero poco importa, esto no podrá transformar toda la adquisición en gananciales. Cuando la disolución de la comunidad por la muerte de uno de los cónyuges, la parte de los herederos en el inmueble constituía, pues, un derecho inmueble, puesto que era el reemplazo de un inmueble. Resultaba que este derecho no estaba comprendido en los legados de muebles que el primer difunto había hecho á su cónyuge, pertenecía á los herederos. (1)

356. Uno de los esposos posee al casarse el usufructo de varios inmuebles; lo cambia durante el matrimonio por la propiedad entera de uno de estos inmuebles. A su muerte, la viuda pretende que este inmueble es una ganancial. Fué sentenciado, y con razón, que era un propio. ¿Cuál era, pues, el motivo de duda? El marido usufructuario había muerto primero; luego si no hubiese enajenado su usufructo, se hu-

1 Nancy 3 de Marzo de 1869 (Dalloz, 1869; 2, 85).



biese extinguido á la vez que la comunidad por su muerte. Se concluía de esto que el inmueble no había sido adquirido en cambio de un propio que no existía ya. Esto era raciocinar muy mal. Para determinar la naturaleza de una adquisición, hay que trasladarse al momento en que fué hecha, sin tener en cuenta la suerte ligada á un derecho vitalicio como el usufructo. El usufructuario ponía fin á estos riesgos cambiando un derecho vitalicio por un derecho perpetuo. (1) Otra es la cuestión de saber si había lugar por este punto á compensaciones; volveremos á ocuparnos de ello.

357. El art. 1,407 da lugar á una cuestión muy controvertida. Decide que el inmueble recibido en cambio de un propio, es un propio, aunque haya una diferencia de valor entre ambos inmuebles; el inmueble es propio por el todo aunque tuviese un valor más grande que el del inmueble dado en cambio, á reserva de compensaciones por la diferencia, dice la ley. Esta es una disposición tomada al derecho antiguo. Pothier da la razón de ello: el saldo, dice, solo es un accesorio del contrato que no puede cambiar su naturaleza. Esto supone que ambos inmuebles son de un valor casi igual. Pero si el saldo es considerable, si es igual ó aun superior al valor del inmueble dado en cambio, ¿será el contrato un cambio y el inmueble recibido en cambio será un propio por entero? Pothier contesta que el contrato es mixto, mezclado de venta y de cambio; en consecuencia, decide que el inmueble será una ganancial en proporción á la suma pagada para adquirirlo, y propio por el valor del inmueble dado en cambio.

¿Deberá admitirse aún esta solución bajo el imperio del Código Civil? Hay acerca de esta cuestión casi tácita, pareceres como autores hay. Creemos que debe uno atenerse al texto; éste prevee el caso de una diferencia de valor entre

1 Angers, 25 de Mayo de 1859 (Dalloz, 1859, 2, 153).

ambos inmuebles y no lo toma en consideración; decide indistintamente y cualquiera que sea el monto del saldo que da lugar solo á una compensación y que el inmueble no deja de ser propio. Se dirá en vano que la distinción resulta de la naturaleza de las cosas. En teoría, sí; el legislador hubiera podido distinguir, pero no lo hizo, y en el silencio de la ley, el intérprete no puede distinguir. En efecto, la distinción en el caso es una de estas disposiciones arbitrarias que solo el legislador puede consagrar. ¿Cuándo cesa el contrato de ser un cambio? ¿Cuándo será mixto? ¿Cuándo por razón de lo módico del saldo habrá venta? Estas son tantas cuestiones que puede resolver solo el legislador, pues los límites son arbitrarios, y pueden ser extendidos más ó menos. En el silencio de la ley, el intérprete no puede hacer lo que el legislador debiera haber hecho; esto sería hacer la ley. (1) Solo admitimos una excepción que resulta de los principios: si hubiese fraude, las partes interesadas estarían admitidas á probar que el pretendido cambio es una venta y que, por consiguiente, el inmueble es una ganancial; el fraude hace excepción á todas las reglas y no pertenece á los cónyuges hacer propio un inmueble que, según la ley de su contrato, debe caer en la comunidad.

358. Una sentencia reciente de la Corte de Casación, se ha pronunciado en el sentido de nuestra opinión, aunque con cierta reserva. Uno de los esposos había sido expropiado, por causa de utilidad pública, de una casa que le era propia. En cambio de este inmueble, la ciudad de Paris le cedió un terreno á condición de construir en él. El valor del terreno era superior en 25,000 francos á la indemnización de expropiación atribuida á los cónyuges, tanto por la casa

1 Toullier, t. VI, 2, pág. 156, núm. 148. Zachariæ, traducción de Massé y Vergé, t. IV, pág. 76, nota 44. Glandaz, *Enciclopedia de derecho*, en la palabra *Comunidad conyugal*, núm. 113. En sentido contrario, Aubry y Rau, t. V, página 301, nota 62, pfo. 507 y las autoridades que citan. Debe agregarse Colmet de Santerre, t. VI, pág. 79, núms. 35 bis III y IV. Los autores no están acordados, lo que es inevitable cuando en lugar de atenerse al texto hacen la ley.

como por la mudanza de su industria. Los esposos eran, pues, deudores de un saldo de 25,000 francos. En el reparto de la comunidad y de la sucesión, fué declarado que, conforme á la doctrina de casi todos los autores, la adquisición del terreno debe ser considerada como propio en la proporción del inmueble cedido en cambio á la ciudad, y como ganancial por el saldo; que, en consecuencia, la casa edificada en el terreno pertenece á la sucesión por 63/168, y á la comunidad por 105/168 de la suma de 240,828 francos, monto de los gastos de construcción. La casa fué atribuida á la ciudad en toda propiedad, á cargo de un saldo de 90,949 francos del que le fué conferido el usufructo para compensarla hasta debido pago del legado que le fué hecho. Se presentaron dificultades acerca de los derechos de registro. La recaudación consideró al inmueble como propio por el todo en virtud del art. 1,407, por consiguiente, la atribución á la viuda era una donación en pago, y con este título, sujeta á pagar el derecho de transmisión; el Tribunal del Sena le dió gane en la causa, y en el recurso intervino una sentencia de denegada.

La Corte comienza por hacer constar que la convención intervenida entre la ciudad de Paris y los cónyuges, es un cambio; que el saldo de que fueron cargados los esposos no impide que el inmueble sea un propio por el todo, por consiguiente, la casa construida en el terreno propio al marido, le era también propia á reserva de compensación á la comunidad por los gastos de construcción. Así, la Corte aplica á la letra el art. 1,407, á pesar de la importancia del saldo. Da después explicaciones acerca del acta de reparto que había aplicado la distinción de Pothier, considerando la convención como mixta; mitad cambio, mitad venta, en la proporción del valor estimativo de la casa cedida en cambio y de la importancia del saldo. Procediendo así, dice la Corte, las partes interesadas, la viuda y los herederos del ma-

rido "no han ejercido una facultad que hubiere sido anteriormente reservada por los esposos." He aquí la reserva: quiere decir que el carácter de la adquisición dependía de las convenciones fijadas por los cocambistas? Esto sería dudoso; en nuestro concepto, los esposos no pueden derogar, durante el matrimonio, al art. 1,407 que está considerado como una cláusula del contrato de matrimonio tácito que han hecho al casarse bajo el régimen de la comunidad. La Corte agrega que á falta de convenciones, el contrato de cambio ha tenido por efecto inmediato el fijar la propiedad del terreno en la persona del marido, lo que hacía de él un propio en su sucesión; de donde la consecuencia que dicho terreno comprendiendo la construcción, no pudo salir de la sucesión sino por una convención translativa de propiedad, lo que somete á la viuda al pago del derecho proporcional por mutación. (1)

*Núm. 6. Reemplazo.*

359. El marido vende un inmueble que le es propio, después adquiere otro declarando que la adquisición está hecha con dinero procedente de la enajenación del inmueble que le era personal, y para que lo reemplazara. Esta adquisición forma un propio. Lo mismo sucedería si la adquisición hubiera sido hecha con dinero procedente de la venta de un propio de la mujer, si el reemplazo hecho por el marido fuera aceptado por ella (arts. 1,434, 1,435). ¿Por qué y á qué título el reemplazo de un propio constituye un propio? Es porque es una subrogación real, como en el caso de cambio; luego una ficción legal. Importa establecer el principio, porque tiene consecuencias importantes. Cuando el marido adquiere un inmueble declarando que la adquisición se hace con el dinero procedente de la enajenación de un

1 Denegada, Sala Civil, 9 de Agosto de 1870 (Dalloz, 1871, 1, 156).

inmueble que le es propio ó que lo es de su mujer, este inmueble debiera ser una ganancial; en efecto, está adquirido á título oneroso durante el matrimonio. ¿Qué importa que el precio se pague con dinero procedente de la venta de un propio? Cuando el art. 1,401 declara ganancial todo inmueble adquirido durante el matrimonio, no distingue quien pague el precio, y no ha lugar á distinguir. No es aquel que anticipa el dinero el que se hace propietario del inmueble, es aquel que compra, á reserva de indemnización ó compensación; y es la comunidad la que compra, según los términos del art. 1,401; ella es, pues, el propietario á reserva de compensación. Tal es la realidad de las cosas. La ley permite á los esposos derogar, mediante una declaración de reemplazo, substituyendo ó subrogando el inmueble adquirido en reemplazo del propio enajenado, del que toma la naturaleza. He aquí la ficción. El reemplazo es una subrogación real; luego una ficción. (1)

360. ¿Por qué autoriza la ley esta ficción? Por estar fundada en equidad; el esposo tenía un propio, si lo enajena y compra otro con el mismo dinero procedente de la venta, con la intención de que este inmueble le sea propio, es esta una voluntad tan legítima y tan natural, que las personas extrañas al derecho no ven en ello una ficción. Se dirá: si el esposo quiere tener un inmueble propio, ¿porqué vende el que tiene? Lo vende sin duda porque tiene interés en venderlo, y compra otro porque encuentra en ello un beneficio. La ley da en este punto plena libertad á las partes, porque la libertad de transacciones es un elemento de prosperidad para los particulares y una fuente de riqueza para el Estado. Y si el esposo que está interesado en vender un propio no pudiese adquirir otro á título de reemplazo, se estorbaría la venta, y, por consiguiente, la libre circulación de las propiedades inmobiliarias, con gran perjuicio de los individuos

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 302, pfo. 507.

y de la sociedad. En efecto, el esposo preferiría á menudo guardar su propio que enajenarlo; es verdad que el dinero procedente de la enajenación le sería propio, pero este dinero propio no reemplaza á un inmueble propio, sobre todo para la mujer. El dinero, aunque propio del esposo, cae en la comunidad, á reserva de compensación, la comunidad haciéndose propietaria á título de usufructuaria de las cosas consumibles; el marido, si se trata de dinero de la mujer, adquiere, pues, la libre disposición de él, puede aún disponer de él á título gratuito; mientras que no puede enajenar un propio de la mujer. Los propios inmuebles dan, pues, á la mujer garantías que no le da el dinero propio. La mujer tiene además otro interés en tener inmuebles propios más bien que efectos muebles, y este interés es común con el marido que tiene un propio inmueble. Los inmuebles tienen una ventaja, aumentan regularmente de valor por solo el tiempo que transcurre. He aquí, pues, cual será la posición de los esposos que enajenan un propio; si el propio no está reemplazado, solo tendrán derecho á la compensación del precio, crédito fijo que no aumenta cuando el valor del inmueble que el esposo enajena hubiera aumentado; y si un inmueble fuera comprado con su propio dinero, la comunidad es quien aprovecharía el aumento de valor de dicho inmueble. En estas condiciones el esposo no venderá. Mientras no tenga trabas en sus especulaciones, cuando al vender un propio, sabe que podrá adquirir otro propio en su lugar. (1)

Siendo ventajoso el reemplazo para los esposos, y legítimo con este título, la ley debió admitirlo; bajo el punto de vista legal, el reemplazo vuelve á colocar á los esposos en la situación en que estaban antes de la enajenación: el derecho del esposo propietario y el de la comunidad quedan restablecidos tal cual existían cuando el contrato de matrimonio; y la ley gusta de esta fijeza. Se dirá: ¿Por qué si la ley

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 194, núm. 79 bis II.

favorece el reemplazo lo somete á condiciones tan rigurosas? ¿por qué no admitir la subrogación de derecho pleno en materia de cambio? El reemplazo de pleno derecho, siendo admitido por algunas costumbres, sin duda como garantía para la mujer, los esposos quedan libres para estipularlo, pero el legislador ha hecho bien en no haberlo establecido de pleno derecho, pues puede suceder que la nueva adquisición no convenga á la mujer. Había también necesidad de evitar el fraude. Los acreedores de la comunidad y del marido no tienen acción en los propios inmuebles de la mujer; el legislador debió prever que los esposos pudieran crearse propios ficticios, en el sentido de que substraerían á los acreedores valores que forman su prenda; fué para evitar estos fraudes como la ley prescribe condiciones severas para el reemplazo. (1) Estas varían según que el reemplazo se hace por el marido ó por la mujer.

*I. Del reemplazo hecho para el marido.*

361. La primera condición requerida para que haya reemplazo, es que un propio del marido haya sido enajenado, pues el reemplazo no tiene otro objeto que el de reemplazar un propio enajenado. Otra es la cuestión de saber si el reemplazo puede preceder á la enajenación. Esto es lo que se llama el reemplazo anticipado. Este reemplazo se practicaba en el derecho antiguo, y ha permanecido en nuestros usos, lo que prueba que los esposos pueden estar interesados en hacerlo. Uno de los esposos se propone enajenar un propio. Se presenta una oportunidad para hacer una adquisición ventajosa que le serviría de reemplazo, pero las circunstancias no permiten hacer á tiempo la enajenación del propio. ¿Podrá el esposo estipular que adquiere el inmueble como reemplazo del propio que enajenará? Hay un motivo

1 Troplong, t. I, pág. 334, núm. 115.

para dudar; el reemplazo anticipado no está en los términos de la ley; esto es seguro, pues el art. 1,434 exige que cuando la adquisición del inmueble, el marido declara que ésta se hace con el dinero procedente de la enajenación del inmueble que le era personal; luego la enajenación debe ser consumada antes que el reemplazo se haga. ¿Puede concebirse, dice Toullier, que se reemplace un propio que todavía existe en el patrimonio del marido? Esto parece contrario al sentido común, como lo dice Odier. (1) Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia se pronuncian por la opinión contraria. Creemos que la opinión general se concilia con el texto y con el espíritu de la ley. Pero importa precisar los verdaderos motivos para decidir.

El texto dice: *el dinero procedente de la enajenación*. Esto quiere decir que debe haber enajenación: es preciso que la haya para que pueda haber reemplazo. ¿Cuándo debe hacerse esta enajenación? La ley supone que la enajenación está consumada en el momento en que se hace la declaración de reemplazo. ¿Es esta suposición una condición? Los términos de la ley no lo dicen; la ley supone lo que habitualmente se hace, pero no hace de ello una condición; no había ninguna razón de apartarse en este punto de la tradición. (2) ¿Qué importa el momento en que salga el inmueble del patrimonio del esposo, con tal que salga de él? ¿Y qué importa, por consiguiente, que el reemplazo se haga antes ó después, con tal que se haga para tomar el lugar de un propio enajenado? A decir verdad, el reemplazo anticipado es solo un reemplazo condicional; declaro hoy adquirir un inmueble á título de reemplazo, de tal inmueble que me propongo enajenar. Si enajeno, todas las condiciones prescriptas para el reemplazo, se hallan cumplidas; he enajenado un propio y he empleado el dinero en adquirir otro propio. Si no enaje-

1 Toullier, t. VI, 2, pág. 322, núm. 370. Odier, t. I, pág. 309, núm. 326.

2 Poitiers, 19 de Julio de 1825 (Daloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,442).



no mi propio, no hay reemplazo, esto no necesita decirse. (1)

La jurisprudencia está en este sentido, pero no está muy precisa. Se lee en una sentencia de la Corte de Casación, que el reemplazo anticipado no ofende á la moral ni al orden público. (2) Nó, seguramente; nadie ha dicho nunca lo contrario. Pero ahí no está la dificultad. Se trata de saber si una de las condiciones del reemplazo es que la enajenación del propio preceda al reemplazo. Hay una sentencia de la Corte de Paris que insiste en los inconvenientes que presenta el reemplazo anticipado: la naturaleza de la propiedad, dice la sentencia, queda insegura, puesto que depende de una condición de la que no puede preverse el fin. (3) Nos parece que el motivo se vuelve contra la sentencia que se apoya en él. Sí, el reemplazo anticipado es un reemplazo condicional, y, por tanto, inseguro. Pero, ¿no pasa lo mismo con todas las condiciones? Aun hay más; el reemplazo, cuando se hace para la mujer, es siempre inseguro, puesto que depende de la aceptación de esta última, y puede aceptar hasta la disolución de la comunidad; si la ley hubiera querido fijar inmediatamente la naturaleza de la propiedad, hubiera debido admitir el reemplazo de derecho pleno. Tal no es el sistema de nuestro Código; desde luego, la incertidumbre es inevitable. Después de todo, los inconvenientes que resultan de una disposición de la ley son una objeción con dirección al legislador; el intérprete no debe hacer caso de ella.

Hay otra sentencia que distingue: el marido no puede hacer reemplazo anticipado, mientras sí lo puede hacer la mujer. Esta distinción, aprobada por Troplong, es enteramente

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 199, núm. 79 bis VIII. Rodière y Pont, t. I, pág. 583, núm. 677. Marcadé, t. V, pág. 474, núm. 4 del artículo 1,434.

2 Denegada, 23 de Noviembre de 1826 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 751).

3 Paris, 27 de Enero de 1820 (Dalloz, *Contrato de matrimonio*, núm. 1,444).

arbitraria, descansa en consideraciones de hecho que el juez no puede tomar en cuenta. El marido venderá si la adquisición que ha hecho en reemplazo anticipado se encuentra ser ventajosa, y no venderá si la adquisición resulta mala. (1) Esto es verdad; pero esto solo prueba una cosa, y es que el legislador hubiera debido organizar el reemplazo anticipado sometiénolo á ciertas condiciones. De que la ley está mal hecha, no debe deducirse que no hay ley.

362. Una segunda condición requerida para que haya reemplazo, es que la adquisición esté hecha de un inmueble con declaración que el dinero procede de la enajenación del inmueble enajenado; este dinero es propio y ocupa el lugar del propio enajenado; si la adquisición de reemplazo pudiera hacerse con otro dinero, resultaría que el esposo tendría dos propios en reemplazo del que enajena, el dinero y el inmueble comprado; substraería, pues, á la comunidad un valor que pertenece á ésta para hacerse un propio, lo que es contrario á todos los principios.

La segunda condición da lugar á varias dificultades. Se pregunta desde luego si es necesario que el dinero haya sido entregado á la comunidad. La negativa es segura; todo cuanto exige la ley es que el dinero *proceda* de la enajenación del inmueble propio al esposo; poco importa que haya sido entregado ó no á la comunidad. Mientras no ha sido entregado, queda propio del esposo; luego el inmueble está comprado con dinero del esposo. Cuando este dinero ha sido entregado, se vuelve propiedad de la comunidad, pero á reserva de recompensa; es decir, de restitución; ésta se hace bajo la forma de reemplazo. En este sentido, el artículo 1,470 dice que el esposo toma de la masa divisible el precio de sus inmuebles que han sido enajenados durante la comunidad y de los que no se hizo reemplazo. (2)

1 Angers, 6 de Marzo de 1844 (Dalloz, 1845, 2, 56). Troplong, t. I, pág. 342, núm. 1,154.

2 Denegada, 6 de Enero de 1858 (Dalloz, 1858, 1, 40).

¿Es necesario que el dinero procedente de la enajenación haya sido pagado al vendedor del inmueble adquirido como reemplazo? La respuesta es también negativa por el mismo motivo, es que la ley no exige esta condición, se conforma con la declaración de que hay dinero procedente de la enajenación y que este dinero es con lo que se paga la adquisición. Desde que se hace esta declaración, hay reemplazo; la ley no pudo exigir más, porque las partes deben gozar de libertad en las transacciones inmuebles, si no, en lugar de favorecerlas se les entorpecerían. Es raro que el precio se pague en el momento mismo de la adquisición, puede suceder que las partes no traten al contado; así, la ley no exige que el precio se pague cuando la adquisición con el dinero propio; esto sería hasta imposible en muchos casos cuando la adquisición se hace mucho tiempo después de la venta del propio; el esposo puede no poder disponer de él en el momento en que adquiere el inmueble en reemplazo. (1)

Se sigue de esto que el pago no debe hacerse con el mismo dinero que el esposo recibió al enajenar su propio. El Código no lo exige, y no hay razón para exigirlo. El Código favorece el reemplazo, puesto que crea una ficción para hacerlo posible. Y lo hubiese hecho á menudo imposible si hubiera prescripto que el pago se hiciera con el mismo dinero que fué pagado al esposo. ¿Por qué vende uno de los esposos? Ordinariamente para auxiliar á la comunidad que necesita dinero, luego se hace el reemplazo; la ley se manifiesta más exigente en la subrogación prevista por el artículo 1,250, núm. 2, así como en los casos de los arts. 2,102 2.º y 2,102, 5.º Acabamos de dar los motivos de esta excepción: la ley favorece el reemplazo, y ha debido tener en cuenta las necesidades de la comunidad, si no la facultad que concede hubiese sido poco menos que inútil. (2)

1 Misma sentencia.

2 Aubry y Rau, t. VI, pág. 239, nota 11, pfo. 575. Colmet de Santerre, tomo VI, pág. 202, núm. 79 bis XI.

363. ¿Será necesariamente preciso que el dinero propio proceda de la enajenación de un propio inmueble? El esposo puede tener otro dinero propio. Tal es el dinero dado con cláusula de que no entrará en la comunidad. El esposo donatario ¿puede comprar un inmueble con este dinero con declaración de reemplazo? Creemos que este reemplazo no puede hacerse. A decir verdad, ni siquiera puede aquí tratarse de reemplazo. La palabra *reemplazo* lo prueba; implica que un propio inmueble está reemplazado por otro propio inmueble, hay *empleo*, no hay *reemplazo*; para que el empleo hecho en muebles fuese propio del esposo á quien pertenece el dinero, se necesitaría una disposición terminante de la ley, pues esto sería una ficción, siendo la realidad que el inmueble adquirido á título oneroso se vuelve ganancial; y la ley no consagra esta ficción, lo que es decisivo. Se invocaría en vano el art. 1,434 para aplicarlo por analogía; esta disposición consagra la ficción del *reemplazo*; no puede extenderse á la ficción del *empleo*, lo que conduce á crear una ficción que la ley ignora. (1)

Se pretende que el texto que decimos no existir, se encuentra en el art. 1,470, y también se invoca el art. 1,595. Según el art. 1,470, los esposos toman de la masa repartible, 1.º sus propios si existen en naturaleza, ó los bienes que han sido adquiridos como reemplazos; 2.º el precio de los inmuebles enajenados durante la comunidad y de los que no se ha hecho reemplazo. Se dice que esta disposición no distingue si el reemplazo ha sido hecho con el dinero procedente de un inmueble propio, ó con otro dinero propio también; hay, pues, reemplazo en todos los casos. (2) Contestamos que las condiciones del reemplazo no están determinadas en el art. 1,470, que lo están en los artículos 1,434 y 1,435; en cuanto al art. 1,470, su único obje-

1 Compárese Duranton, t. XIV, pág. 525, núm. 389.

2 Morlon dice que el art. 1,470 quita toda duda (t. III, pág. 69, 2.º número 166 ter.)

to es determinar el reparto; y nunca debe hacerse decir á la ley lo que el legislador no entendió decidir. El art. 1,470 supone que hay reemplazo: ¿Cuándo hay reemplazo? Son los arts. 1,434, 1,435 los que contestan á la cuestión. Se insiste, no obstante, en el art. 1,470, y se dice que el núm. 1 habla de *bienes* que han sido reemplazados, mientras que el núm. 2 habla de *inmuebles*; la palabra *bienes*, más general, comprende también á los *muebles*, y debe entenderse así, si no el núm. 2 solo repetiría la disposición del núm. 1. (1) Contestamos que los núms. 1 y 2 del art. 1,470 tienen un objeto diferente: el primero habla de lo que se vuelve á tomar en naturaleza, el segundo de lo que se toma en precio; si se pretende que el núm. 1 es aplicable á los muebles y á los inmuebles, mientras que el segundo solo se aplicaría á los inmuebles, se llega á esta absurda consecuencia, que el esposo que tiene muebles propios no tendrá el derecho á tomar el precio si estos muebles hubiesen sido enajenados, pues el núm. 2 no prevee el caso de la devolución del mobiliar vendido. Este nos enseña en qué orden de ideas los autores del Código han escrito el art. 1,470; no se han preocupado sino de los inmuebles, aunque haya también muebles propios; si hubiesen pensado en los muebles, debieron haberlos comprendido también en el núm. 2 y, por consiguiente, emplear en este número, como en el núm. 1, la expresión general *bienes*. En definitiva, el art. 1,470 debe ser apartado como extraño á nuestra cuestión. (2)

El art. 1,595, que también se invoca, (3) dice en qué casos la venta está permitida entre esposos; el núm. 2 está concebido así: «El contrato de venta puede tener lugar entre esposos en el caso en que la cesión de bienes que el marido hace á su mujer, tiene una causa legítima, tal como el reem-

1 Paris, 9 de Julio de 1841 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,476).

2 Rennes, 12 de Diciembre de 1846 (Dalloz, 1847, 2, 199).

3 Troplong, t. I, pág. 343, núm. 1,156.

plazo de sus inmuebles enajenados, ó del *dinero* que le pertenece, si estos inmuebles ó *dinero* no caen la comunidad. En apariencia, el art. 1,595 es decisivo, puesto que admite el reemplazo del *dinero propio*. En realidad, la ley prevee un caso enteramente especial. Desde luego, el lenguaje del artículo es inexacto cuando habla del reemplazo del *dinero* y que lo coloca en la misma línea que el de los *inmuebles enajenados*; se *emplea* el dinero y no se le reemplaza. En seguida, la ley no prevee el reemplazo propiamente dicho, ni aun en lo que concierne á los inmuebles propios enajenados. Cuando el marido es deudor del precio de los propios de la mujer que han sido enajenados, la ley le permite pagar esta deuda, cediendo un inmueble á la mujer en pago de lo que le debe. Esta venta bajo forma de donación en pago, no está sometida á las condiciones que el art. 1,425 exige para el reemplazo hecho en nombre de la mujer; no es, pues, un reemplazo propiamente dicho y no produce tampoco sus efectos. En el caso del art. 1,470, hay venta, y, por consiguiente, la mujer solo se vuelve propietaria en el momento en que la venta se perfecciona. El reemplazo al contrario, retrotrae, como lo vamos á decir, en el sentido de que la mujer es propietaria del inmueble adquirido en reemplazo desde el día en que su marido hizo la adquisición con declaración de reemplazo. De ahí consecuencias muy importantes en cuanto á los derechos que han adquirido los terceros en el inmueble cedido á la mujer entre la adquisición del marido y la cesión que hace de él á su mujer. La mujer debe respetar estos derechos en el caso del art. 1,595, y no debe respetarlos en el caso del art. 1,435. (1)

Se hace otra objeción á la opinión que hemos enseñado; bueno es mencionarla porque se nos ha de hacer repetidas veces. Se dice que es una interpretación judaica. (2) Este es

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 304, nota 71. Colmet de Santerre, t. VI, página 201, núm. 79 bis X.

2 Mourlon, *Repeticiones*, t. III, pág. 69, núm. 160 ter.

el reproche que se gusta dirigir á los que se agregan á la letra de la ley; es merecido cuando ateniéndose á la letra de la ley, se le hace decir lo contrario de lo que pretendió decir. Pero en el caso, se olvida que se trata de interpretar una ficción legal, y estas ficciones son esencialmente de estricta interpretación. Troplong agrega que no debe violentarse la voluntad de las partes. (1) Contestaremos que el reemplazo no depende de la voluntad de las partes, la ley es la que reglamenta las condiciones, y se necesitó una ley para permitir á los esposos transformar en propio un inmueble que, en virtud de su contrato tácito, debía ser una ganancial. La ley es, pues, la única que deba considerarse en esta materia, y á ella es á quien no debe hacerse violencia, como se hace en la opinión que combatimos. (2)

La jurisprudencia está dividida. (3) Hay sentencias de las cortes de Rennes y de Douai en el sentido de nuestra opinión. La de la Corte de Douai agrega una consideración á las que hemos hecho valer. ¿Por qué no permitir, se dice, el reemplazo de los muebles propios cuando se permite el de los inmuebles? La cuestion se dirige al legislador que probablemente no lo pensó, porque regularmente no hay propios muebles bajo el régimen de la comunidad legal. Se puede, sin embargo, dar una razón de la diferencia que pone la ley entre los propios muebles é inmuebles. La subrogación de un inmueble á otro inmueble no trae ningún cambio en los respectivos derechos de la comunidad y de los esposos; solo vuelve á establecer el estado de las cosas tal cual existía antes de la enajenación. Muy diferentemente sería con el reemplazo del dinero propio, traería un cambio á la situación de los esposos; aquel de los esposos que tiene dinero

1 Troplong, t. I, pág. 342, núm. 1,157.

2 Véase, en sentido contrario, Aubry y Rau, t. V, pág. 309, nota 88, párrafo 507 y las autoridades que citan.

3 Véase, en el sentido de la opinión general, una sentencia bien motivada de la Corte de Tolosa, de 27 de Mayo de 1844 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,474).

propio era acreedor de la comunidad, se volvería por el reemplazo propietario de un propio inmueble. El marido podrá disponer del dinero propio de la mujer; podrá servirse de él en sus empresas agrícolas, industriales ó mercantiles, mientras que no podrá disponer de los inmuebles adquiridos en reemplazo. Hay, pues, razones para no admitir el reemplazo del dinero. (1)

364. No basta que el marido haga una adquisición con dinero procedente de la enajenación de un inmueble que le era propio; es necesario que lo declare. Así, el hecho solo sería inoperante. La razón de esto es sencilla; el legislador no impone el reemplazo, lo permite; el marido está, pues, en libertad de hacer el reemplazo ó no hacerlo con el precio que recibió, y aunque esté resuelto á emplear el dinero, tiene el derecho de elección de las adquisiciones. Una ocasión se presenta para hacer una adquisición ventajosa para la comunidad; el marido la hace con su dinero propio, á reserva de hacer más tarde un reemplazo para sí, cuando se presente oportunidad. La ley no podía, pues, conformarse con el hecho de que un inmueble fué adquirido por el marido con su dinero propio para declarar este inmueble un propio; hubiera arriesgado atribuir al marido un inmueble que hubiese comprado para la comunidad. De ahí la necesidad de una declaración (2) de empleo; es decir, de una manifestación de la voluntad del marido.

¿En qué debe consistir esta declaración? Acerca de este punto la ley está muy explícita. Según el art. 1,334, el marido debe declarar que la adquisición se hizo con el dinero de la enajenación del inmueble que le era propio, y para servirle de reemplazo. Así, se necesita una doble declaración: la primera tiene por objeto hacer constar el origen del di-

1 Douai, 2 de Abril de 1846 (Dalloz, 1847, 2, 198). La Corte ha modificado su jurisprudencia. Véase la sentencia de 15 de Julio de 1861 (Dalloz, 1862, 2, 159).

2 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 194, núm. 79.



nero; la segunda hace constar la intención de hacer un reemplazo. Este punto ha sido contestado, sin embargo, á pesar de la evidencia del texto. El artículo se sirve de la conjunción *y*; se pretende que la conjunción está tomada aquí por la disyuntiva *o*, y para interpretar así la ley corrigiéndola, se prevalecen de la autoridad de Pothier, quien efectivamente se sirve de la disyuntiva *o*. Puesto que en el antiguo derecho una de las dos declaraciones bastaba, se concluye que, en una materia tradicional, se debe explicar el Código por la tradición. Se ha contestado, y la respuesta es decisiva, que el derecho antiguo exigía una doble declaración; los testimonios son positivos y no dejan ninguna duda. El mismo Pothier no dice lo contrario en términos formales. Después de todo, cualquiera que sea nuestro respeto para la autoridad de Pothier, respetamos más aún á la ley; y el Código está terminante; exige dos declaraciones, y no las exige para la subrogación real del art. 1,434, las prescribe en todos los casos en los que se trata de subrogaciones personales; quiere siempre que se mencione primero el origen del dinero, y luego el destino del empleo que se hace de él. Nos limitaremos á recordar la subrogación convencional del artículo 1,250, núm. 2. El deudor pide una suma prestada para pagar su deuda subrogando al prestador en los derechos del acreedor. ¿Basta para que haya subrogación que el acta mencione, ya sea el origen del dinero que sirve para pagar al acreedor, ya la intención de subrogar al prestador al acreedor primitivo? Nó; es necesario que el acta diga que la suma ha sido solicitada para hacer el pago, y es necesario que el recibo declare que el pago fué hecho con dinero ministrado á este efecto por el nuevo acreedor. Misma disposición en el art. 2,103. Este es, pues, un sistema general del Código, lo que no deja ninguna duda acerca del sentido del art. 1,434.

La jurisprudencia de la Corte de Casación está en este sentido; decidió en una sentencia de principio que se necesita una doble declaración para que haya reemplazo. En regla general, dice la Corte, todas las adquisiciones á título oneroso hechas durante el matrimonio son gananciales; por derogación á esta regla, ciertas adquisiciones, aunque hechas durante el matrimonio, constituyen propios. Estas son excepciones; luego de estricta interpretación. Tal es el reemplazo.

Pero la derogación está sometida por la ley á reglas precisas, y el reemplazo especialmente no puede resultar sino de la doble declaración de que la nueva adquisición fué hecha con dinero propio del marido y que se hizo para servir de reemplazo. En el caso, el origen del dinero constaba, pero nada se decía en cuanto á la intención de hacer el reemplazo; la Corte de París había, no obstante, admitido el reemplazo: su sentencia fué casada. (1)

Se concibe que la única declaración del origen del dinero no basta para que haya subrogación, y, por consiguiente, reemplazo, pues esta mención pudo haber sido hecha para hacer constar que el dinero fué empleado sin que el marido quisiera hacer la adquisición por su cuenta. Pero cuando el marido declara que el inmueble está destinado á servir de reemplazo al precio procedente de un propio enajenado, debiera haber reemplazo sin que deba agregar una indicación del origen del dinero. La ley hubiera podido conformarse con semejante declaración, pero exige tan positivamente una declaración distinta para el origen del dinero, que debe decidirse, en nuestro concepto, que si no se hace tal declaración, no hay reemplazo. Esto es riguroso, pero en materia de ficciones todo es de rigor. Debe agregarse que el objeto de la ley es prevenir el fraude. Razón más para que la ley

1 Casación, 20 de Agosto de 1872 (Dalloz, 1872, 1, 406). En el mismo sentido, Denegada, 23 de Mayo de 1838 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,407).

se demuestre severa, y el intérprete debe poner mucho rigor en interpretar una ley rigurosa. (1)

365. ¿En qué términos debe ser hecha la declaración? No hay testimonios sacramentales, esto se comprende; pero es necesaria una declaración, lo que implica una mención expresa; es decir, hecha por palabras, ya sea con los términos de que la ley se sirve, ó términos equivalentes, esto es indiferente; pero se necesitan términos que expresen la mente de la ley. La Corte de Bruselas ha sentenciado que una *declaración tácita* no sería suficiente. Esto es confundir el *consentimiento* con la *declaración*; se puede consentir tácitamente, pero no concebimos que se *declare* alguna cosa *tácitamente*, pues *declarar* es expresar una intención con palabras; es, pues, contradictorio en los términos hablar de una declaración tácita. La Corte invoca el derecho antiguo; según los mejores autores, dice, que han escrito acerca de las costumbres en las que la mención del reemplazo era requerida, el reemplazo estaba suficientemente establecido cuando la nueva adquisición se hacía en el momento mismo de la enajenación con el dinero procedente de los propios enajenados, ó poco tiempo después. (2) Basta confrontar esta opinión con el texto para convencerse que bajo el imperio del Código no puede ya tratarse de un reemplazo tácito. La Corte de Casación de Francia se ha expresado más exactamente, pero no con la suficiente precisión, diciendo que la declaración debe hacerse, si no en términos expresos, cuando menos de una manera no equívoca. (3)

366. ¿Cuándo debe el marido hacer la declaración de reemplazo? El artículo quiere que haga la declaración *cuando la*

1 Rodière y Pont, t. I, pág. 565, núm. 658. En sentido contrario, Aubry y Rau, t. V, pág. 303, nota 70, pfo. 507.

2 Bruselas, 11 de Junio de 1824 (*Pasicrisia*, 1834, 2, 136).

3 Casación, 20 de Agosto de 1872 (Dalloz, 1872, 1, 406). La Corte de Casación de Bélgica dice: «La declaración no debe ser enunciada en términos sacramentales: basta que indique el origen del dinero empleado para pagar el precio y la voluntad de hacer un reemplazo, de modo que no deje ninguna duda á este respecto.» (Danegada, 10 de Abril de 1856, *Pasicrisia*, 1856, 1, 241).

*adquisición* del inmueble que compra para servirle de reemplazo. Pothier, de quien se tomó esta disposición, da de ello una razón de derecho que es perentoria. La declaración, dice, debe hacerse en el contrato de adquisición de la heredad nuevamente adquirida; no puede hacerse más tarde, pues á falta de declaración de reemplazo, el inmueble se hace una ganancial, y la comunidad no podría, mediante posterior declaración, ser privada de una cosa que hubiese adquirido una primera vez. (1) Hay además otro motivo de hecho que justifica la condición exigida por el art. 1,434. Si el marido pudiera hacer la declaración de reemplazo posteriormente á la adquisición, especularía á expensas de la comunidad, guardando el inmueble para sí cuando la adquisición resultase ventajosa, y la dejaría por cuenta de la comunidad cuando fuese mala. La ley hubiera debido derogar al principio para admitir una declaración posterior; y seguramente no lo podía hacer para favorecer los cálculos interesados del marido. (2)

367. Si las condiciones prescriptas para el reemplazo no han sido observadas, el inmueble será una ganancial, pues desde que no se está en la excepción, se entra en la regla, y la regla es que todo inmueble adquirido durante el matrimonio, entra en la comunidad (art. 1,401). Cualquiera persona puede prevalecerse de la inobservación del art. 1,434, no solo el cónyuge, sino también los terceros. Esto es el derecho común; las convenciones matrimoniales tienen efecto para con los terceros, en el sentido de que los terceros pueden prevalecerse de la composición activa de la comunidad, lo que determina el patrimonio propio de los esposos. La cuestión presenta considerable interés cuando se trata del reemplazo de un propio de la mujer, puesto que el marido no puede disponer de los propios inmuebles de la mujer,

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 198.

2 Duranton, t. XIV, pág. 527, núm. 392. Bourges, 23 de Abril de 1837 (Daloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,411).

## DE LA COMUNIDAD LEGAL.

475

mientras puede disponer de las gananciales. Aun en lo que se refiere al marido, importa saber si el inmueble le es propio; en este caso, podrá darlo, mientras no puede disponer de una ganancial á título gratuito. Cualquiera parte interesada puede sostener que el inmueble es ganancial ó propio.

### *II. De las condiciones requeridas para el reemplazo hecho para la mujer.*

368. El art. 1,435 dice que la declaración del marido de que la adquisición se hace con dinero procedente del inmueble vendido por la mujer y para servirle de reemplazo, no basta si este reemplazo no ha sido terminantemente aceptado por la mujer. Sigue de esto que regularmente el marido es quien adquiere el inmueble comprado para servir de reemplazo á la mujer y que él es quien hace la declaración de reemplazo. Esta es una consecuencia del derecho que el marido tiene en los bienes de la mujer, bajo el régimen de la comunidad legal. El es administrador de sus bienes; luego mandatario legal investido con poder para hacer todos los actos de administración en nombre de la mujer; y comprar es un acto de administración, el mejor empleo que pueda hacer el marido en interés de la mujer, con el dinero que le es propio. Es, pues, natural que el marido intervenga cuando se trata de reemplazar dinero procedente de la enajenación de un propio de la mujer. ¿Quiere esto decir que la mujer no pueda hablar en el contrato? Es seguro que la mujer puede comprar con la autorización de su marido, y en su nombre propio, un inmueble para que le sirva de reemplazo de aquel que vendió; este inmueble será un propio de la mujer si ésta hace la doble declaración prescripta por la ley. Este es el medio más sencillo de hacer el reemplazo; la mujer no necesita, en este caso, de aceptar la adquisición á título de reemplazo, puesto que lo estipuló ella misma.

369. El art. 1,435, dice: "la declaración del marido," etc.

Esta es la doble declaración de que habla el art. 1,434; la mujer está sometida á las mismas condiciones que las que el marido hace por su cuenta. En lo que se refiere al origen del dinero y su destino, la ley lo dice repitiendo lo que está dicho en el art. 1,434. Hay, sin embargo, una diferencia en la redacción, que da lugar á una controversia: el art. 1,435 no repite que la declaración de empleo debe ser hecha cuando la adquisición del inmueble. De ahí un motivo de duda. Creemos que la declaración de reemplazo para la mujer debe ser hecha cuando la adquisición, como para el marido. Los principios y la tradición están en este sentido. Pothier no hace ninguna diferencia entre el marido y la mujer, y bajo el punto de vista de derecho, no había lugar á distinguir. Acabamos de decir que el motivo jurídico de la condición exigida por el art. 1,434, se aplica literalmente á la mujer. El marido compra un inmueble con dinero procedente de la venta de un propio de la mujer sin hacer ninguna declaración; este inmueble se vuelve ganancial, ya no puede ser quitado de la comunidad por una declaración posterior del marido. Se opone el silencio del art. 1,435; contestamos que el art. 1,435 solo reproduce el art. 1,434 en lo que se refiere á la declaración de reemplazo; hay, pues, que interpretar el art. 1,435 por el art. 1,434; si el art. 1,435 no reproduce literalmente el art. 1,434 es porque esto era inútil, siendo el art. 1,435 la continuación del art. 1,434 y refiriéndose á él en cuanto á las condiciones generales del reemplazo; el único objeto del art. 1,435 es disponer que estas condiciones generales no bastan y que se necesita además la aceptación de la mujer. Se objeta que los motivos para los que la ley exige que el marido haga su declaración cuando la adquisición, cuando el reemplazo se hace para él, no existen cuando se trata del reemplazo hecho para la mujer; en efecto, el marido no puede especular á expensas de la comunidad cuando adquiere un inmueble en reemplazo de

un propio de la mujer, pues de él no depende que haya reemplazo, se necesita la aceptación de la mujer. Esto es verdad, pero este motivo es solo secundario, Pothier ni siquiera lo alega; su razón única para decidir es que el inmueble hecho ganancial á falta de declaración, no puede ser cambiado en propio, y esta razón se aplica tanto al reemplazo del marido como al de la mujer; lo que es decisivo. Se opone el art. 1,595: en el caso previsto por este artículo, se dice, hay reemplazo aunque la cesión que ocupa el lugar de la declaración sea posterior á la adquisición del inmueble; resulta de esto invenciblemente que la declaración del marido puede intervenir sólo después de la adquisición. Hemos contestado de antemano (pág. 447) á la objeción: la cesión del art. 1,595 no es un reemplazo; no se puede, pues, prevalecer de esta disposición para inducir lo que debe ó no debe hacerse en materia de reemplazo. (1)

370. La declaración de reemplazo hecha por el marido, no hasta, dice el art. 1,435; es necesario, además, que el reemplazo haya sido aceptado terminantemente por la mujer. Esto es la reproducción de lo que dice Pothier: la declaración del marido, dice, no es suficiente para que el inmueble se vuelva propio por subrogación; es menester, además, que la mujer consienta en que esta heredad le sirva de reemplazo. Por este consentimiento que ella da, la heredad se hace, por subrogación, un propio de la mujer. (2) ¿Por qué debe la mujer aceptar el reemplazo, ó como lo dice Pothier, consentir á que el inmueble le sea propio? Se contesta de ordinario que la mujer no puede volverse propietaria sin su consentimiento. La razón es mejor de hecho que en derecho. Sin duda, nadie puede volverse propietario sin consentirlo. Pero la mujer no adquiere, á pesar suyo, cuan-

1 Pothier, *De la comunidad*, núms. 198-199. Aubry y Rau, t. V, pág. 304, nota 71. Troplong, t. I, pág. 335, núm. 1,122. Colmet de Santerre, t. VI, página 200, núm. 79 bis IX. En sentido contrario, Rodière y Pont, t. I, pág. 569, núm. 663.

2 Pothier, *De la comunidad*, núm. 199.

do adquiere por el intermedio de su marido que es su mandatario legal. Si la ley hubiera admitido todas las consecuencias de este mandato, hubiese podido decidir que la adquisición hecha por el marido en nombre de la mujer, basta para que un inmueble sea propio de esta última. Pero el mandato legal, en el caso, es una consecuencia del poder marital y de la subordinación en que se encuentra la mujer casada bajo el régimen de la comunidad. No es, pues, un mandato enteramente libre. De esto resulta que la ley no pudo considerar todo cuanto haga el marido como hecho por la mujer. El inmueble que el marido adquiere en reemplazo de un propio de la mujer puede no convenir á ésta; es, pues, de justicia que no esté obligada á aceptarlo.

371. Hay grandes dificultades acerca del punto de saber lo que es la aceptación de la mujer y cuáles efectos produce. Unos dicen que el marido, al declarar adquirir el inmueble en reemplazo para la mujer, es su gerente de negocios que, por consiguiente, la aceptación de la mujer es la ratificación de lo que el marido ha hecho por ella y en su nombre. Otros pretendían que el marido hace á la mujer un ofrecimiento que ésta puede aceptar ó repudiar. Diremos más adelante cuáles son las consecuencias prácticas que resultan de estas teorías; por ahora se trata de precisar la aceptación. La condición de aceptación está tomada del derecho antiguo que es necesario consultar. Se ratifica lo que otro ha hecho en nuestro nombre y sin mandato por nuestra parte; la ratificación equivale al mandato, de manera que la mujer, al ratificar el reemplazo, está como si hubiera sido parte en el contrato, de donde se sigue que el reemplazo retrotrae al día de la adquisición; el inmueble habrá sido un propio de la mujer desde que lo adquirió el marido. Esta es la teoría de la gestión de negocios. En la realidad de las cosas, el marido no es un gerente de negocios, es administrador en virtud de la ley, y esta ley no es otra sino el



contrato de matrimonio tácito que los esposos han consentido al casarse bajo el régimen de la comunidad legal; es como administrador; luego como mandatario como el marido obra, y al comprar un inmueble con el dinero procedente de la enajenación de un propio de la mujer, el marido no traspasa en principio los límites de su mandato legal. Pero la ley deroga el mandato que da al marido, en el sentido de que no le permite hacer un reemplazo para la mujer sin el consentimiento de ésta. Pothier tiene, pues, razón de decir que la aceptación de la mujer es una ratificación de lo que el marido ha hecho sin poder suficiente. (1)

372. Puesto que tal es la teoría de la tradición, debe uno atenerse á ella. Hay otra que encontró favor entre los autores modernos. Toma como punto de partida que el marido que adquiere un inmueble haciendo la declaración de reemplazo, lo adquiere para la comunidad. El inmueble es una ganancial, la declaración que hace el marido es solo el ofrecimiento de una venta; el marido, siendo deudor del precio del inmueble que la mujer enajenó, le ofrece en pago el inmueble que adquirió. Este ofrecimiento, como todas las ofertas, es un acto puramente unilateral, una manifestación de voluntad que el marido puede revocar si tiene en ello interés, mientras la mujer no ha aceptado. Es solo por la aceptación de la mujer como se forma el reemplazo; el inmueble pasa entonces del dominio de la comunidad al de la mujer; se opera una mera transacción por la que el inmueble que era una ganancial se vuelve propio. Como toda transmisión de dominio, esta enajenación no tiene ningún efecto en lo pasado, solo opera en lo venidero. (2)

¿En qué descansa esta teoría? No tiene otro apoyo más

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 200.

2 Esta teoría del ofrecimiento se encuentra ya en Toullier; fué desarrollada por Mourlon (*Repeticiones*, t. III, pág. 63, núm. 157, y *Revista práctica*, 1857, t. III, págs. 66 y siguientes) y adoptada por Aubry y Rau, t. V, pág. 305, nota 73, con modificaciones.

que una palabra de Tronchet, quien dijo en el consejo de Estado que el inmueble adquirido por el marido con declaración de reemplazo se hacía ganancial. (1) Esta es una simple opinión que no tiene fundamento ni en la tradición, ni en los textos, ni en el espíritu del Código. La tradición la ignora. Pothier acaba de decirnos lo que son la adquisición del marido y la aceptación de la mujer. El art. 1,435 contiene la palabra *aceptación*. ¿Supone cualquiera aceptación un ofrecimiento? Cuando se dice que la mujer acepta la comunidad, no quiere decir esto, seguramente, que acepta un ofrecimiento. Manifiesta la voluntad de ser asociada y aprueba lo que hizo el marido como jefe de la comunidad. Tal es también la aceptación del reemplazo. El marido ha obrado como administrador de los bienes de la mujer; hizo por ella lo que su deber de administrador le mandaba, reemplazando un propio con otro propio; la mujer, aceptando, aprueba lo que hizo el marido y consiente en adquirir el inmueble á título de propio. La aceptación es, pues, una ratificación, como lo dice Pothier. He aquí la explicación del texto. ¿Será verdad que el inmueble era una ganancial y que se vuelve propio por una nueva transmisión de dominio? La adquisición fué hecha por el marido no para la comunidad, sino para la mujer; el marido no habló en el contrato como jefe de la comunidad, habló como administrador de los bienes de la mujer. ¿Cómo se haría la comunidad propia en virtud de una adquisición hecha para la mujer? El inmueble no es, pues, una ganancial. Esto basta para destruir la base de la teoría del ofrecimiento y de la aceptación. El marido hace más que una oferta de pago á la mujer, adquiere para ella; y solo falta una cosa á esta transmisión de dominio, el consentimiento de la mujer, lo cual da ésta aceptando el reemplazo. ¿Implica esta aceptación una transmisión de dominio? Nó, la comunidad nunca había sido pro-

1 Sesión del consejo de Estado del 13 vendimiario, año XII, núm. 16 (Locré, t. VI, pág. 357).

pietaria; no puede, pues, transferir lo que no lo pertenecía. Aceptando, la mujer ratifica lo que hizo el marido para ella y se encuentra como si hubiese hablado en el contrato; así como aceptando la comunidad, se encuentra como si hubiese concurrido á todos los actos del marido que hizo como jefe de la comunidad. Ella es, pues, quien ha sido propietaria desde el momento de la adquisición, por tanto, el inmueble siempre ha sido un propio. (1)

373. La principal diferencia que existe entre ambas teorías, consiste en que, en el sistema del ofrecimiento, el marido puede revocar su oferta mientras la mujer no la ha aceptado. Esta revocación puede hacerse indirectamente por vía de enajenación, y parcialmente por concesión de derechos reales, en el sentido que si el marido enajena, es con lo que le pertenece, una ganancial, lo que no permite ya á la mujer aceptar el reemplazo. Y si el marido ha gravado el inmueble con derechos reales, tales como hipotecas, la mujer, al aceptar el reemplazo, debe respetar estos derechos. En la teoría de Pothier que, en nuestro concepto, es la del Código, no puede el marido volver sobre su declaración de reemplazo, pues esta declaración da un derecho á la mujer, el de ratificar lo que el marido ha hecho, y éste no puede quitar á la mujer un derecho que procede de la declaración de reemplazo. La doctrina está insegura acerca de este punto que es de capital importancia para la mujer y para los terceros que tratan con el marido. Toullier dice que el marido puede revocar el ofrecimiento, lo que es muy lógico toda vez que se ha admitido la teoría del ofrecimiento. Rodière y Pont comienzan por decir que el marido hace la declaración del reemplazo como *gerente de negocios*; después enseñan que el marido puede revocar su oferta. (2) Esto es contradictorio: ¿Acaso un gerente hace ofrecimientos? ¿Puede deshacer lo

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 203, núm. 79 bis XIII.

2 Toullier, t. VI, 2, pág. 312, núm. 360. Rodière y Pont, t. I, pág. 571, número 665. En sentido contrario, Battur, t. II, pág. 270, núm. 588.

que hizo en nombre de su amo? No es el gerente el que contrata, es el amo el que está como obrando por intermedio del gerente. No hay aquí oferta que retractar. Hay que ser consecuente y elegir entre ambas teorías. Si es una simple oferta la que el marido hace á la mujer, puede retractarla voluntariamente; si es como gerente de negocios como el marido hace la declaración de reemplazo, no puede tratarse de revocar lo que ha hecho en nombre de la mujer.

374. ¿Cómo debe hacerse la aceptación de la mujer? El art. 1,435 contesta que el reemplazo debe ser aceptado *terminantemente* por la mujer. Queda por saber lo que se entiende por la palabra *terminantemente*. Creemos que la ley exige una aceptación *expresa*. En efecto, la palabra implica una solemnidad; luego una expresión de voluntad hecha por palabras, lo que excluye la aceptación tácita. No puede decirse de aquel cuyo consentimiento es tácito que consiente *terminantemente*. La doctrina es muy insegura. Ya en el derecho antiguo los autores estaban divididos. Pothier se conformaba con una aceptación tácita cuando la mujer concurría en el acta de adquisición. Sí, dice, la mujer ha subscrito ó ha estado presente en el acta de adquisición por la que el marido declaró que adquirió el inmueble para que sirva de reemplazo á su esposa; aunque no se diga expresamente que la mujer aceptó, su presencia ó su firma es bastante como aceptación, y, por consiguiente, ninguna duda hay que el inmueble le sea propio. (1) Compárese este trozo con el texto del art. 1,435 y se convencerá uno de que los autores del Código se han apartado en este punto de la opinión de Pothier; la presencia de la mujer en el contrato no es seguramente una aceptación *formal*, ni siquiera su firma lo es. Había en el derecho antiguo otra opinión más rigurosa: Bourjon exigía que el reemplazo fuese aceptado *terminantemente* por la mujer; esta es la expresión del Código.

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 200.

Lebrun dice que cuando el reemplazo está hecho para la mujer, debe consentirlo expresamente. (1) Creemos que tal es la verdadera teoría. Cuando la ley quiere asegurarse del consentimiento, exige que se dé expresamente; es decir, con palabras. Y en materia de reemplazo importa garantizar la libre voluntad de la mujer; el inmueble que el marido ha comprado puede no acomodarle, es necesario que tenga tiempo para pensarlo y verlo; inducir su aceptación de su presencia en el contrato, ó aun su firma, sería muy peligroso; por esto la ley exige una aceptación *formal* ó *expresa*.

Los autores modernos no ponen en la expresión de su pensamiento la precisión que es de desear. Se entiende la variedad de opiniones; en el derecho antiguo no había ley; nosotros tenemos una, hay que atenerse á ella. (2) Los señores Rodière y Pont comienzan por decir que los términos del art. 1,435 excluyen la aceptación tácita; concluyen de esto que la presencia de la mujer en el contrato no basta para que haya aceptación *formal*, y dan de ello una excelente razón, es el estado de dependencia de la mujer. Después agregan que las *circunstancias* pueden dar á la presencia de la mujer una autoridad que no tiene cuando este hecho está aislado. (3) Es decir, que la aceptación de la mujer puede resultar de las *circunstancias de la causa*, lo que es una aceptación tácita. ¿Y cómo una aceptación tácita podrá ser una aceptación *formal* tal cual la exige la ley? Quien dice *tácita* excluye toda forma. Colmet de Santerre está igualmente indeciso y contradictorio: admite que la aceptación puede ser inducida de las *circunstancias* en las que se pretendiera encontrar la prueba de la intención de la mujer: la voluntad debe aparecer en los *hechos* cumplidos con la intención de probar su existencia. (4) Una voluntad que está probada por

1 Bourjon, *Derecho común de la Francia*, 6. aparte, cap. II, núm. 62. Lebrun, *De la comunidad*, pág. 317, núm. 65.

2 Marcadé, t. V, pág. 473, núm. 3 del artículo 1,435.

3 Rodière y Pont, t. I, pág. 575, núms. 669-670.

4 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 207, núm. 79 bis XVIII.

los hechos, es una voluntad tácita, y la voluntad se induce de las circunstancias. Se gira aquí en un círculo vicioso de contradicciones. Troplong es el más nebuloso de los jurisconsultos, se complace demasiado en las frases académicas para ser neto y preciso como lo requiere nuestra ciencia: «No gusto de supersticiones formalistas, dice, y no veo porqué no hubiera una aceptación *real*, en donde ésta existe sin declaración *sacramental*.» (1) ¿Quién piensa en una declaración *sacramental*? ¿No hemos dicho en cada ocasión que el derecho moderno ignora la superstición de las fórmulas? Pero la ley no se conforma con una declaración *real*, quiere una aceptación *formal*; luego con *forma*; luego con palabras. Inútil es continuar esta crítica; el lector puede hacerla preguntándose en cada frase cuál es la idea del autor, y demasiado á menudo solo encontraría palabras.

La jurisprudencia está dividida como la doctrina. Escribiendo en Bélgica, debemos citar una sentencia de la Corte de Bruselas que, en nuestro concepto, está muy mal redactada. Al exigir una declaración formal, dice la Corte, el art. 1,435 no quiso que la aceptación fuese hecha en términos *expresos ó sacramentales*. La Corte confunde dos términos que tienen una significación muy diferente. Se dice que una palabra es *sacramental* cuando esta palabra debe ser la empleada bajo pena de nulidad: la aceptación sacramental pediría que el acta emplease la palabra *aceptar* para marcar el consentimiento de la mujer, mientras que hay aceptación expresa desde que hay cualesquiera palabra que manifieste claramente la voluntad. La Corte de Bruselas concluye con Pothier que la mujer acepta *terminantemente* cuando está presente en el acta ó cuando firma. (2) Nosotros no entendemos que haya una aceptación *formal* sin *forma*.

1 Troplong, t. I, pág. 337, núm. 1,129. En el mismo sentido, Aubry y Rau t. V, pág. 305, nota 72, pfo. 507.

2 Bruselas, 22 de Abril de 1840 (*Pasicrisia*, 1840, 2, 109).

La Corte de Casación de Francia, se atuvo al texto. En una sentencia decidió que la resolución atacada estaba al abrigo de la casación, porque la Corte hablaba de los *términos del contrato* para concluir que el reemplazo está hecho y aceptado. (1) Había, pues, *términos*; al juez del hecho toca interpretarlos y decidir si son formales. Otra sentencia reciente es más explícita. La ley quiere, dice la Corte, que el reemplazo esté aceptado formalmente: «Si no existen términos sacramentales para expresar esta intención y esta aceptación del reemplazo, es menester cuando menos que resulten con certeza y sin variación posible en el porvenir de las *expresiones* y de las *cláusulas* del *acta*.» Como en el caso la sentencia atacada no probaba la aceptación por las mismas enunciaciones del acta, en términos expresos ó equivalentes, la Corte la casó por violación del art. 1,435. (2)

375. ¿Cuándo puede la mujer aceptar el reemplazo, y cuándo debe hacerlo? La mujer solo puede aceptar el reemplazo cuando el marido ha hecho la declaración prescripta por los arts. 1,434 y 1,435. En efecto, aceptar es ratificar, según la doctrina de Pothier; y la mujer no puede validar un reemplazo que no se ha hecho ó que es nulo. Si, pues, el marido hiciera la declaración de reemplazo posteriormente á la adquisición del inmueble, la aceptación de la mujer sería inoperante, pues hubiera aceptado un reemplazo que no existe. Desde que el reemplazo está hecho, la mujer puede aceptarlo; tiene interés en hacerlo, pues si tardase, la comunidad pudiera disolverse, y después de ésta, la aceptación ya no puede hacerse. Esto resulta del art. 1,435 que dice: «Si la mujer no ha aceptado el reemplazo *solo tiene derecho*, después de la disolución de la comunidad, á la compensación del precio de su inmueble vendido.» Las palabras *solo tiene derecho* marcan claramente la mente de la ley; no

1 Denegada, 17 de Agosto de 1813 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,429).

2 Casación, 26 de Julio de 1869 (Dalloz, 1869, 1, 455).

da opción á la mujer, como lo hace el art. 1,408, para el retiro de indiviso; la mujer debe optar mientras dura la comunidad; cuando está disuelta ésta, la mujer no tiene ya la elección entre la aceptación del reemplazo y el precio de su propio enajenado; tiene *solo* derecho á este precio; esto es, pues, un solo derecho. Si hubiera una duda, desaparecería cuando se consulta la tradición. En el derecho antiguo, la cuestión estaba controvertida. Pothier expone ambas opiniones: una permitía á la mujer aceptar, aun después de la disolución de la comunidad, mientras no había sido apremiada para explicarse; mientras Duplessis negaba el derecho de aceptar, una vez disuelta la comunidad. El Código ha zanjado la dificultad pronunciándose en favor de la doctrina de Duplessis. La doctrina (1) y la jurisprudencia están en este sentido. (2)

Si en derecho no hay ninguna duda, es difícil motivar la resolución del Código. Duplessis, cuya opinión ha sido consagrada por el art. 1,435, dice que no habiéndose explicado la mujer y habiendo dejado siempre la heredad á los riesgos de la comunidad, y habiendo siempre tenido el poder de rehusarlo si disminuyó de precio, no sería equitativo que pudiera aprovechar, cuando el reparto, del aumento de valor que hubiese sobrevenido. (3) El argumento es de aquellos que prueban demasiado: la mujer puede esperar para pronunciarse, hasta que la comunidad esté cerca de disolverse; puede, pues, esperar que el resultado de la adquisición haya probado si ésta fué buena ó mala; si puede esperarse durante años enteros, ¿por qué no había de esperar durante los pocos meses que siguen á la disolución de la comunidad, la liquidación ó partición debiendo hacerse desde que el mari-

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 200, y los autores modernos citados por Aubry y Rau, t. V, pág. 306, nota 76. Hay que agregar Colmet de Santerre, t. VI, pág. 206, núm. 79 bis XVII. Rodière y Pont hacen una distinción (t. I, pág. 574, núm. 668) que es inadmisibles; véase la refutación en Aubry y Rau, t. V, nota 76.

2 Resangon, 11 de Enero de 1844 (Dalloz, 1845, 4, 452).

3 Duplessis, *De la comunidad*, t. I, pág. 447, libro II, sec. II.



do ó sus herederos lo solicitan? Troplong contesta que en la disolución de la comunidad las cosas no deben ya sufrir demoras, que es necesario que la calidad de los bienes esté arreglada, con el fin de que la partición no dependa de bases caprichosas ó inseguras. (1) Estos no son motivos, son palabras; un apremio basta para poner fin á la incertidumbre, y este apremio las partes interesadas tienen el derecho de hacerlo desde que la comunidad está disuelta.

¿Podrá el marido pedir el apremio durante la comunidad? Tendría interés en ello, pues la condición del inmueble quedando en suspenso, no sabe si es propio ó ganancial; no puede, pues, disponer de él, ó solo dispondrá de él bajo condiciones desventajosas. ¿Tiene el marido derecho de pedir el apremio? Así se pretende; (2) Mourlon dice que no puede admitirse que la mujer tenga el derecho de expresar, antes de decidirse á que puedan conocerse los riesgos de la operación. Treilhard emitió el mismo parecer en el consejo de Estado, pero hubiérase necesitado una ley para dar al marido el derecho de apremiar á la mujer en pronunciarse. En el silencio del Código, hay que atenerse al art. 1,435, que permite implícitamente á la mujer esperarse hasta la disolución de la comunidad.

376. ¿Cuál es el efecto de la aceptación? ¿Retrotrae al día de la adquisición, ó solo existe el reemplazo desde el momento en que la mujer acepta? En la teoría tradicional de la aceptación debe decirse que la aceptación retrotrae. Pothier lo dice, y esto no es dudoso. La aceptación es una ratificación, y ésta equivale al mandato. El art. 1,998 es aplicable al caso; supone un mandato del cual el mandatario se ha extralimitado. Y el marido es mandatario legal, pero excede los límites de su mandato al hacer el reemplazo sin el con-

1 Troplong, t. I, pág. 336, núm. 1,126.

2 Mourlon, t. III, pág. 62, núm. 155. En sentido contrario, Colmet de Santerre, t. VI, pág. 207, núm. 79 bis XVII.

curso de la mujer. Esta, aceptando el reemplazo, ratifica, lo que equivale á un mandato. En este sentido retrotrae la aceptación. Por consiguiente, la mujer estará como si fuera parte en el contrato en el que el marido ha hecho su declaración de reemplazo; el inmueble le será, pues, propio á partir de la adquisición. De esto, consecuencias muy graves en cuanto á las actas de disposición que el marido ha hecho antes de la aceptación de la mujer; estas actas caerán, puesto que el marido no tenía derecho para haberlas hecho.

En la teoría de la oferta no se tienen estas consecuencias, pero con perjuicio de la mujer. El inmueble es una ganancial á pesar de la declaración de reemplazo, no siendo esta declaración más que una oferta de dar el inmueble en pago del precio del inmueble enajenado por la mujer. La oferta no concierne, pues, á la mujer; ésta queda extraña en las relaciones del marido con los terceros; respecto de éstos, el marido es propietario y tiene poder para disponer; si enajena, la enajenación es válida, puesto que es la enajenación de una ganancial, y el marido dispone de ella como señor y dueño. La mujer diría en vano que tiene derecho para aceptar el reemplazo y que su aceptación debe retrotraer si no su derecho sería ilusorio. El marido le contestaría que la declaración de empleo solo es un ofrecimiento que podía revocar mientras ella no lo había aceptado, y que lo revocó al enajenar el inmueble. Que si el marido ha concedido derechos reales en el inmueble, la mujer podrá todavía aceptar el reemplazo, pero deberá respetar las hipotecas; en efecto, su aceptación es una donación en pago; luego una venta, y la enajenación del inmueble no perjudica de ningún modo á las hipotecas que lo gravan. (1)

Estas dos opiniones contrarias proceden de principios con-

1 Moulon, *Repeticiones*, t. III, pág. 64, núm. 158, 1. ° - 4. ° Aubry y Rau admiten el principio de la oferta y, no obstante, enseñan que la aceptación de la mujer retrotrae (t. V, pág. 306, pfo. 507). Creemos inútil detenernos en esta opinión que ha quedado aislada. Véase la refutación en Colmet de Santerre, t. VI, pág. 204, núms. 79 bis XIV y XV.

trarios que dividen á la doctrina. Nosotros hemos admitido la teoría tradicional; debemos, pues, admitir la consecuencia que Pothier deduce de ella, porque es irresistible. Si se prevalecen de estas consecuencias como de objeción contra el principio de la ratificación, contestaremos que la crítica se dirige al legislador, quien sabía lo que hacía, puesto que tenía á la vista la doctrina de Pothier; juzgó bien consagrarla á pesar de los inconvenientes incontestables de la retroacción. Hubiera podido prescribir á la mujer un plazo dentro del cual tuviera la obligación de optar; podía también permitir al marido apremiar á la mujer para pronunciarse. No lo hizo; debemos tomar la ley tal cual es. Los peligros que presenta para los terceros han sido disminuidos por las leyes nuevas que han prescripto la publicidad de las transacciones inmobiliarias. Cualquiera acta translativa de propiedad inmueble, debe ser registrada para tener efecto para con los terceros; es, pues, necesario que el acta de adquisición conteniendo la declaración de reemplazo, sea hecho público para que la mujer pueda oponerla á los terceros; éstos, teniendo conocimiento de la declaración de reemplazo, deben esperarse la aceptación y los efectos que producía la retroacción. No trataron, ó trataron estipulando garantías.

Por lo demás, la cuestión de saber cuál es el sistema de la ley, es independiente de los inconvenientes que resultan de ella. Los editores de Zachariæ invocan la discusión del consejo de Estado acerca de la aceptación de la mujer, para inducir que el marido puede revocar su ofrecimiento enajenando el inmueble que había adquirido en reemplazo del propio de la mujer. Esta es una de las discusiones más confusas que haya tenido lugar, y no condujo á ninguna votación, sino á la devolución del artículo á la sección de legislación. Treilhard opinaba que la aceptación de la mujer debía tener lugar en el momento mismo de la adquisición. Jolivet quería que la mujer pudiera aceptar el reemplazo, aun

después de la disolución de la comunidad. Se ve que la discusión era extraña á nuestra cuestión; ¿cómo hubiera decidido el consejo una cuestión en la que no estaba llamado á deliberar? Fué incidentalmente como Tronchet expresó la opinión que el inmueble adquirido por el marido en reemplazo del propio de la mujer era una ganancial. (1) Esta opinión aislada ¿se apoyaba en el derecho antiguo, ó en el proyecto del Código Civil? No se sabe; lo cierto es que es contraria á la doctrina tradicional que Pothier ha formulado (número 372), y es inconciliable con los principios que ha consagrado el Código. Es imposible que el marido, y, por consiguiente, la comunidad, se vuelvan propietarios haciendo la adquisición de un inmueble en nombre de la mujer; el marido no quiere hacerse propietario y no puede uno ser propietario á fuerza. Y como la mujer no ha consentido, se necesita, dice Pothier, que la propiedad quede en su penso (núms. 371 y 373); vamos á decir en qué sentido.

377. Queda una dificultad: ¿qué sucede con el inmueble adquirido por el marido con declaración de reemplazo en provecho de la mujer, cuando ésta no lo acepta? Pothier contesta que el inmueble será una ganancial. (2) No hay ninguna duda acerca de este punto. Pero, ¿cómo explicar que un inmueble que el marido adquirió en su nombre entre en la comunidad? He aquí, se dice, á la comunidad que se hace propietaria sin quererlo; y si esto sucede por haberse negado la mujer á aceptar el reemplazo, ¿por qué no lo sería en el momento de la adquisición? No hay que perder de vista, y esto sucede á menudo, que el reemplazo es una ficción; para que la ficción produzca su efecto, es necesario que la mujer acepte el reemplazo que el marido declaró hacer en su nombre. Si la mujer rehusa, la declaración de reemplazo está como si no se hubiera hecho; la ley vuelve á

1 Sesión del consejo de Estado del 13 vendimiaro, año XII, núm. 16 (Lo-cré, t. VI, pág. 356).

2 Pothier, *De la comunidad*, núm. 200.

la realidad de las cosas; es decir, á una adquisición hecha por el marido durante la comunidad; luego el inmueble siempre fué una ganancial. La ficción en la que se funda el reemplazo implica, por consiguiente, que el inmueble adquirido para servir de reemplazo á la mujer, será propio de ésta si acepta, y ganancial si lo rehusa. Es en este sentido como queda en suspenso la naturaleza del inmueble.

378. A menudo se ha comparado la aceptación de reemplazo con el retiro de indiviso que el art. 1,408 concede á la mujer cuando el marido ha comprado en su nombre propio un inmueble del que la mujer era propietaria por indiviso. Se admite generalmente que el retiro retrotrae, y la opinión tradicional es también que la aceptación de la mujer retrotrae. Hemos enseñado que el retiro de indivisión no retrotrae, mientras que admitimos la retroacción de la aceptación de reemplazo. ¿No es esto una contradicción? Nó, hay una razón de esta diferencia. Cuando el marido adquiere un inmueble del que la mujer tiene la propiedad indivisa, entiende adquirir en su nombre propio; es decir, por cuenta de la comunidad; la adquisición forma ganancial desde el principio; esta ganancial se transforma en propio por el retiro de indivisión, el inmueble sale del dominio de la comunidad para entrar en el de la mujer: Hay una nueva transmisión de propiedad, la que no retrotrae, de manera que las actas de disposición del marido subsisten. Pasa muy distintamente cuando la mujer acepta el reemplazo que el marido hizo para ella; en este caso el marido no quiere adquirir para la comunidad, quiere reemplazar el propio enajenado de la mujer por otro propio; el inmueble no puede, pues, volverse ganancial cuando la adquisición; no es ni propio ni ganancial; el marido quiere, en verdad, hacerlo propio de la mujer, pero sabe que ésta tiene derecho para rehusar el reemplazo, que, en este caso, la declaración cae, y, por consiguiente, el inmueble será una ganancial. La naturaleza de

la heredad adquirida en reemplazo queda en suspenso hasta que la mujer se haya pronunciado. La aceptación de la mujer es una ratificación; como tal, debe retrotraer; mientras que el retiro de indivisión, lejos de ser una ratificación, tiene lugar contra la voluntad del marido, la mujer haciendo un propio del inmueble que el marido pretendía hacer ganancial.

379. ¿Qué sucede si las condiciones prescriptas para el reemplazo no han sido observadas? Si no hay declaración del marido de que el inmueble fué adquirido para servir de reemplazo, es evidente que el inmueble será una ganancial. Decimos que esto es evidente, y así sucedería si se tratase de un reemplazo hecho por el marido en su nombre. El reemplazo es una ficción, y ninguna ficción legal existe sino bajo las condiciones determinadas por la ley; si falta una de estas condiciones, ya no hay ficción, se está bajo el imperio de la realidad. Esto es decir que el inmueble quedó lo que siempre fué, una ganancial. Esto es tan elemental que parece inútil hacerlo notar. Si lo hacemos es porque leemos en una sentencia de la Corte de Casación: "que no siempre es necesario para establecer el reemplazo, con respecto al marido, que exista una declaración de su parte; que este empleo puede resultar de las circunstancias;" (1) es decir, que puede ser tácita; y si puede ser tácita para el marido ¿por qué no lo sería respecto á la mujer, siendo idéntica la ley para ambos esposos? Esto conduce á borrar del Código los artículos 1,434 y 1,435 y abandonar la ficción del reemplazo al arbitrio del juez. No conocemos mayor herejía jurídica. Basta señalarla, se refuta por sí misma. El error solo se encuentra en un considerando, pero es tan enorme que hemos debido señalarlo.

Es casi inútil agregar que si la mujer no ha aceptado el reemplazo terminantemente; es decir, de una manera expre-

1 Denegada, Sala Civil, 3 de Agosto de 1852 (Dalloz, 1852, 1, 257).

sa, el inmueble será también una ganancial. La declaración del marido cae cuando no ha sido aceptada; y cuando no hay declaración de reemplazo, el inmueble es una ganancial.

### *III. Como se hace el reemplazo.*

380. ¿En qué bienes debe hacerse el reemplazo? Siempre hemos supuesto que el reemplazo se hace en inmuebles; esta es la suposición de la ley, y esta suposición es una condición. No se conciben reemplazos en objetos muebles cuando se trata de un inmueble propio enajenado. El objeto del reemplazo es reemplazar el inmueble vendido en el patrimonio del esposo que enajenó uno de sus propios; y para que el esposo saque la misma ventaja del reemplazo, es necesario que el inmueble vendido esté reemplazado por otro inmueble; los muebles no dan á la mujer las garantías que le dan los inmuebles. El marido no puede enajenar los inmuebles, mientras en opinión bastante generalizada, se le permite enajenar sus muebles propios. Y aunque no se le reconociese este derecho, la mujer no podía reivindicar los muebles corporales que el marido vendiera, la reivindicación de objetos muebles no siendo admitida en derecho francés (artículo 2,279). Además, los inmuebles aumentan de valor, mientras que los objetos muebles corporales se desprecian con el tiempo ó por el uso que se hace de ellos. Es precisamente por razón de estas ventajas por lo que la ley ha consagrado la ficción del reemplazo; no tuviera razón de ser si se limitaba á reemplazar el precio procedente de la enajenación de un propio inmueble por otros valores mobiliarios. (1)

La Corte de Casación ha sentenciado que el reemplazo hecho en objetos muebles es nulo, pero que la mujer solo puede prevalecerse de la nulidad. (2) Hay una sentencia de la Corte de Bruselas en el mismo sentido. (3) He aquí cómo

1 Troplong, t. I, pág. 840, núm. 1,142.

2 Denegada, 21 de Junio de 1842 (Dalloz, en la palabra *Sociedad*, núm. 204).

3 Bruselas, 10 de Julio de 1871 (*Pasicrisia*, 1871, 2, 346).

deben entenderse estas decisiones. El reemplazo en objetos muebles no es un reemplazo, es una donación en pago; y la ley admite que el marido ceda *bienes* á su mujer en reemplazo de sus inmuebles enajenados ó de dinero que le pertenecía; el art. 1,595, dice: *bienes* es lo que comprende á los objetos muebles. No háy que decir que si la mujer acepta semejante cesión, es válida; ya no puede, pues, tratarse de pedir su nulidad. La Corte de Bruselas dice que solo la mujer está admitida á criticar esta operación, como no siendo conforme á las reglas protectoras de sus derechos; que los terceros no pueden invocar una ilegalidad que solo concierne á la mujer. No vemos ilegalidad en hacer lo que el artículo 1,595 permite. Todo lo que resulta es que no habrá reemplazo, habrá una donación en pago.

381. Lo más á menudo hay una diferencia de valor entre el inmueble enajenado y el adquirido en reemplazo. Si el inmueble adquirido vale menos, no hay ninguna dificultad, la mujer queda acreedora de la comunidad por lo demás; lo mismo sucede con el marido. Pero ¿qué debe decidirse si el inmueble comprado vale más? ¿Será propio por entero? Pothier contesta que su heredad solo será propia por subrogación hasta la concurrencia del precio por el que fué enajenado el propio, y que lo demás será una ganancial. Esta decisión está fundada en la misma esencia del reemplazo. Es una subrogación, dice Pothier; es decir, una ficción; y la ficción solo está establecida para reemplazar al propio enajenado en el patrimonio del esposo que ha hecho la enajenación; lo que implica que el valor inmueble que ha salido de su patrimonio por la enajenación, vuelve á entrar en él por el reemplazo; más allá de este valor, el reemplazo no tiene ya razón de ser, se está en la realidad, el inmueble por lo excedente es una adquisición hecha durante el matrimonio, y, por consiguiente, una ganancial. Es verdad que la ley extiende la ficción en el caso del cambio que es también una



subrogación; el inmueble recibido en cambio es propio por el todo aunque tenga un valor más considerable. Pero la ley no dice lo mismo del reemplazo; luego se está bajo el imperio de los principios que rigen á las ficciones legales: son de la más estricta interpretación. Hay además una consideración de hecho que viene en apoyo de los motivos de derecho. Si el inmueble adquirido en reemplazo fuera propio por entero, el marido podrá crearse propios á expensas de la comunidad; es decir, de la mujer; vendería un propio, y haría nueva adquisición por el doble ó triple valor del inmueble enajenado; (1) para decir mejor, no habría ya límites para estas especulaciones interesadas.

Pothier, después de haber establecido el principio, le hace una excepción. «Si, dice, la suma de que excede el precio de la nueva adquisición al precio del reemplazo, fuera poco considerable, entiendo que se me debiera considerar como habiendo hecho la adquisición entera por mi cuenta, á reserva de compensar á la comunidad.» (2) ¿Puede admitirse esta excepción bajo el imperio del Código? La cuestión está muy controvertida, no vemos en ella la menor duda. Pothier se sale del rigor de su principio extendiendo la ficción de subrogación: el legislador hubiera podido hacerlo; el intérprete no tiene este derecho. Lo que prueba que Pothier hace la ley, es que admite un límite puramente arbitrario: ¿Cuándo puede decirse que la diferencia de valor es *poco considerable*? La ficción será extendida ó restringida, según el gusto del juez; lo que es contrario á todos los principios. El intérprete nunca puede crear disposiciones arbitrarias; no lo puede hacer, sobre todo, en materia de ficciones legales.

Los autores están muy divididos. Delvincourt y Bel-

1 Véase un ejemplo en una sentencia de Bruselas, 29 de Julio de 1850 (*Pasirria*, 1851, 2, 147).

2 Pothier, *De la comunidad*, núm. 198.

lot des Minières se apegan al texto, como se debe cuando se trata de una ficción. Desde que se aparta uno de la letra de la ley, todo se vuelve inseguro: por esto es que hay casi tantos pareceres como autores hay. Unos reproducen la distinción de Pothier, otros la abandonan. Estos últimos están igualmente en desacuerdo entre sí. Colmet de Santerre decide que el inmueble adquirido en reemplazo será propio por entero á reserva de compensación: esto es hacer decir á la ley más de lo que dice. Duranton aplica por analogía la disposición del art. 1,407 concerniente al cambio; esto es olvidarse que en materia de ficciones la interpretación analógica no se admite. Bugnet, según Pothier, hace otras distinciones; creemos inútil discutir las porque no reconocemos en los intérpretes el derecho de hacer la ley. (1)

382. ¿Quién sufre los gastos de reemplazo? Cuando la mujer acepta el reemplazo, está como si hubiese hablado en el contrato: ella compra; se le debe, pues, aplicar el artículo 1,593, según el cual los gastos de actas y otros accesorios de la venta están á cargo del comprador.

#### *IV. Del reemplazo obligatorio.*

383. ¿Está obligado el marido á hacer el reemplazo del precio del inmueble que la mujer enajena? Bajo el régimen de la comunidad legal, la negativa es segura. (2) Ninguna ley impone al marido la obligación de reemplazar el precio, y está en el espíritu del régimen de la comunidad que el marido goce á este respecto de entera libertad. ¡La ventaja de este régimen consiste precisamente en la facultad que tienen los esposos de hacer servir los bienes de la mujer al aumento del crédito del marido. Cuando la mujer enajena es para ayudar al marido; es, pues, necesario que éste conserve la libre disposición del dinero; sería contradictorio que el ma-

1 Véanse las citaciones en Aubry y Rau, t. V, pág. 389, nota 86, pfo. 507 (4.ª edición).

\*2 Lieja, 22 de Noviembre de 1855 (*Pasicrisia*, 1856, 2, 415).

rido estuviera obligado á reemplazar el propio de la mujer por un nuevo propio cuando la heredad, perteneciendo á la mujer, solo se enajenó para realizar el valor inmueble y ponerlo á la disposición del marido. Si los esposos quieren restringir esta libertad inherente al régimen de la comunidad, es menester que lo establezcan en su contrato de matrimonio, estipulando que el reemplazo será obligatorio para el marido.

Se pudiera objetar que el marido debe vigilar los intereses de la mujer, reemplazando el propio enajenado por un nuevo propio. Por esto es que la ley habla del reemplazo al tratar de la administración de los bienes de la mujer, y es también por esta razón por lo que el marido hace la declaración de reemplazo en nombre de la mujer. Contestamos que bajo el régimen de la comunidad, los intereses de los esposos se confunden, aunque tengan un patrimonio que les es propio; la mujer es asociada y es justo que realice sus valores inmobiliarios, cuando se trata de levantar el crédito de su marido ó de fortificarlo; ganará en ello por las utilidades que el marido tendrá y de las que ella aprovecha, puesto que caen en la comunidad. Así, la ley no dice que el marido deba reemplazar el dinero procedente de la enajenación de un propio de la mujer; la teoría del reemplazo implica la idea contraria. Si el marido estuviera obligado á hacer el reemplazo, esta obligación sería á la vez un derecho; trataría, pues, como mandatario de la mujer, y, por consiguiente, ésta no tendría el derecho de aceptar ó rehusar el reemplazo. Concediendo este derecho á la mujer, la ley decide implícitamente que el marido no obra como mandatario y que no está obligado á hacer el reemplazo. (1)

384. En principio, el reemplazo es, pues, facultativo. ¿Podría la mujer estipular que el reemplazo será obligatorio para el marido? Esto no es dudoso; los esposos pueden hacer

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 195, núm. 79 bis III.

las convenciones que les convengan siempre que no sean contrarias á las buenas costumbres ni al orden público, y que no sean prohibidas por la ley. En cuanto á prohibición, no la hay; la ley no se ocupa del reemplazo obligatorio; por este solo hecho de no prohibirlo lo autoriza, puesto que nada tiene de común con el orden público y las buenas costumbres. ¿Se dirá que deroga á la libertad que tienen los esposos bajo el régimen de la comunidad, para disponer de los bienes como les acomode? Es seguro que la cláusula limita y restringe el derecho que tiene la mujer para realizar sus valores inmuebles en interés de su marido y de la comunidad; pero tal es el derecho de los esposos; la mujer pudiera estipular que sus propios son inenajenables (núm. 127), con más razón podrá estipular que sus propios serán reemplazados, en caso de enajenación, por otros propios.

Queda la dificultad de hecho. ¿Cuándo puede decirse que el reemplazo es obligatorio? Como esto es una excepción á las reglas de la comunidad, deberá ser estipulada por el contrato de matrimonio; esta es una cláusula de la comunidad convencional, lo que implica una voluntad terminantemente expresada. Decimos que la dificultad es de hecho más bien que de derecho. En efecto, se trata de interpretar una convención y de decidir cuál ha sido la intención de las partes contratantes. Estas cuestiones no pueden ser resueltas *a priori*, (1) dependiendo todo de los términos de la convención; es imposible establecer reglas en este punto, éstas solo serían probabilidades á las que la realidad da un mentís lo más de las veces. El juez examinará, en cada caso, cuál ha sido la intención de las partes. Todo cuanto puede decirse, en teoría, es que no basta que el reemplazo esté estipulado en el contrato para que el marido esté obligado á hacerlo por interés de la mujer. La Corte de Casación se ha pronuncia-

1 Los autores lo hacen sin embargo así. Aubry y Rau, t. V, pág. 307 y nota 79. Colmet de Santerre, t. VI, pág. 196, núm. 79 bis IV.

do en este sentido en un caso en el que el contrato decía que si un inmueble propio de los esposos era enajenado, se emplearía el dinero en la compra de otros bienes. ¿Era esto una cláusula obligatoria? Nó, pues la cláusula no imponía ninguna obligación al marido; en efecto, ponía el reemplazo del marido en la misma línea que el de la mujer; y no se diría seguramente que el marido estuviera obligado á reemplazar el precio de sus bienes enajenados, y mucho menos aún que la mujer fuese obligada á ello; y si el reemplazo no era obligatorio para los bienes del marido, no lo era más para los bienes de la mujer. La convención solo expresaba, pues, la voluntad que los esposos tenían de conservar los propios inmuebles y de reemplazarlos en caso de enajenación; esta intención no basta para dar un derecho á la mujer en contra del marido. (1)

385. Decimos que la mujer debe tener un derecho contra el marido; es decir, una acción para obligarlo á hacer el reemplazo, para que el reemplazo esté obligatorio. En efecto, toda obligación implica una acción correlativa. Cuando, pues, el contrato de matrimonio dispone que el marido estará obligado, en caso de enajenación de un propio de la mujer, á hacer el reemplazo, ésta tendrá acción contra él. Se creería que no puede haber duda acerca de este punto, tal es así de elemental. Es, en verdad, la opinión común, pero está fuertemente combatida por Troplong. «El marido, dice este autor, es juez soberano del partido que debe tomar, y el *derecho* de la mujer á un reemplazo no le da *acción* durante el matrimonio.» He aquí un derecho de nuevo cuño y una obligación asaz singular. Lo que caracteriza á las obligaciones y á los derechos jurídicos, es que hay un acreedor y un deudor, y que el acreedor tiene acción contra el deudor; un derecho sin acción no es un derecho. La acción se-

1 Denegada, 1. ° de Febrero de 1848 (Dalloz, 1851, 5, 465). Rodière y Pont, t. I, pág. 598, núm. 695.

ría inconveniente, dice Troplong, y sería causa de discordia entre el marido y la mujer. ¿Qué se entiende por esto? ¿No podrá tener la mujer ninguna acción contra el marido sin que se le acuse de faltar á las convenciones? El Código Civil no conoce este culto supersticioso de la autoridad marital; da acción á la mujer contra el marido para pedir la disolución de la comunidad, lo que supone lo más á menudo una mala gestión; he aquí una acción mucho más escandalosa que la de la mujer tendiendo á obtener un reemplazo. Como se ha dicho muy bien, el reemplazo evitará una causa de separación, garantizando á la mujer la posibilidad de volver á tener sus propios; evita el escándalo, pues, en lugar de darle nacimiento. (1) Troplong concluye diciendo que la cláusula de reemplazo es más bien *indicativa* que *imperativa*. Una cláusula es una convención; toda convención implica un derecho y una obligación; luego una acción judicial. ¿Qué es una *convención indicativa*? Una palabra desnuda de sentido. (2) Lo que Troplong dice del reemplazo obligatorio es un tejido de contradicciones. Después de haber escrito que la cláusula solo es *indicativa*, agrega que es un *cargo*, un *mandato*. ¿Será que un *cargo* no da derecho de obrar en ejecución del cargo? ¿Será que el *mandato* solo es para el mandatario una *indicación*, y lo dejará libre para hacer lo que quiera, y aun de no hacer nada? Troplong solo hace una reserva á su teoría de una cláusula que no es una convención, de un encargo que no es un encargo; conviene en que la mujer tiene algunas veces interés en que el reemplazo se haga luego; le permite estipular una pena en caso de que el marido faltase á su obligación. (3) Esto es una nueva contradicción: ¿Puede haber una pena sin obligación principal? ¿Y cuando la obligación principal es nula, esta

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 196, núm. 79 bis IV.

2 Troplong, t. I, pág. 333, núm. 1,109, y pág. 334, núm. 1,114.

3 Troplong, t. I, pág. 207, núm. 575, y pág. 324, núms. 1,072 y 1,073.

nulidad no arrastra la nulidad de la cláusula penal? (artículo 1,227).

386. Hay una dificultad cuando la convención, al estipular que el reemplazo será obligatorio, no contiene plazo en el que debe hacerse. La doctrina y la jurisprudencia están acordes en decir que, en este caso, el marido puede hacer el reemplazo hasta la disolución de la comunidad, y que aún podría hacerlo después de la disolución. Esta última proposición es inadmisibles, la disolución de la comunidad fija la situación de las partes; la mujer cuyo inmueble ha sido enajenado sin reemplazo, solo tiene ya derecho á una compensación (art. 1,476). Aun nos parece muy dudoso que el marido pueda esperar hasta la disolución del matrimonio para hacer el reemplazo, en el sentido de que la mujer no tenga ninguna acción contra él para obligarlo á hacerlo antes. La mujer, se dice, nunca puede pretender que el marido ha faltado á su obligación, puesto que goza de un término indefinido para el reemplazo. (1) Cuando las partes no estipulan plazo, no resulta que el deudor goce de un término indefinido (arts. 1,900 y 1,901). Una oportunidad se presenta para hacer el reemplazo, éste es un término tácito convenido por los esposos; si el marido no satisface su obligación, la mujer debe tener el derecho de promover contra él para obligarlo. La Corte de Caen invoca el art. 1,176, según el cual la condición de que un acontecimiento sucederá, puede siempre cumplirse cuando no hay tiempo fijo. (2) Creemos que el art. 1,176 es inaplicable, pues no se trata de una condición, se trata de un plazo, y el plazo puede ser tácito.

Si el contrato estipula un plazo, la mujer debe tener acción contra el marido. Aun en este caso Troplong mantiene su doctrina: la cláusula, dice, es más bien indicativa que limitativa. Sin duda, si ninguna ocasión se ha presentado pa-

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 196, núm. 79 bis IV.

2 Caen. 27 de Mayo de 1840 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,447), y 26 de Febrero de 1845 (Dalloz, 1845, 2, 81).



ra hacer el reemplazo, el marido no tendrá la culpa: pero se supone que se presenta una oportunidad y que el marido descuida, no obstante, de hacer el reemplazo; pretender que la mujer no tendrá derecho de promover contra él, se viola la ley del contrato. Decir, como lo hace Troplong, que el marido es administrador de los propios de la mujer y que en la letra del contrato tiene mucha latitud, no es decir algo; estas son afirmaciones que contradice el contrato: ¿qué sucedería con las convenciones si así se les interpretasen? (1)

Si la mujer no usa de su derecho durante la comunidad, lo renuncia por esto mismo; en este sentido cuando menos, que después de la disolución de la comunidad, no tiene ya derecho sino á la compensación de su precio. (2) Pudiera suceder que no hubiese renunciado; la mujer tendría derecho, en este caso, á daños y perjuicios; esta es la consecuencia de toda obligación que no puede ya ser cumplida por culpa del deudor, y suponemos que hubo negligencia por parte del marido (art. 1,147).

387. ¿Tiene efecto contra terceros la cláusula de reemplazo? Se supone que el contrato de matrimonio dice que en caso de enajenación de un propio de la mujer, el marido debe hacer el reemplazo. ¿Resultará que el reemplazo sea una condición prescripta para la validez de la enajenación, de manera que si el reemplazo no se hace la mujer tendrá derecho para promover la resolución de la venta? La simple cláusula de reemplazo no puede tener efecto contra los terceros; es una garantía que la mujer estipula contra su marido; esta garantía no impone ninguna obligación á los terceros que contratan con el marido; no están, pues, obligados á cuidar de que se haga el reemplazo. La razón de esto es que los terceros adquirentes no pueden estar obligados en virtud de una cláusula que no se dirige á ellos. Sin duda deben ha-

1 Troplong, t. I, pág. 325, núm. 1,074. En sentido contrario, Colmet de Santerre, t. VI, pág. 196, núm. 79 bis IV.

2 Angers, 18 de Marzo de 1868 (Dalloz, 1868, 2, 82).





cerse presentar el contrato de matrimonio para asegurarse de los derechos del marido. Pero la simple cláusula de que se hará reemplazo, no altera los derechos de los esposos. Casada bajo el régimen de la comunidad, la mujer conserva el derecho de enajenar sus propios, y el reemplazo que debe hacer el marido no impide que esté capaz para enajenar. Es solo después de la enajenación cuando nace para el marido la obligación de hacer el reemplazo; en este momento los terceros adquirentes solo tienen una obligación, la de pagar el precio, y deben hacerlo en manos del marido, como administrador de los bienes de su mujer, sin poder exigir que el marido haga reemplazo. Estando sin derecho, están también sin obligación. Diremos más adelante que sucede de otra manera cuando los esposos están casados bajo el régimen dotal; la mujer dotal no puede enajenar los bienes dotal; si el contrato permite la enajenación á cargo de reemplazo, los terceros están en la obligación de cuidar que éste se haga, pues el reemplazo es la condición bajo la que el inmueble puede ser enajenado. Bajo el régimen de la comunidad, al contrario, la enajenabilidad es la regla, y la cláusula de reemplazo no deroga á la regla, no prohíbe á la mujer el enajenar, ni al marido el recibir el precio; está, pues, sin efecto con relación á los terceros.

La doctrina es contraria en este sentido, (1) y la jurisprudencia, después de algunas hesitaciones, ha consagrado la opinión enseñada por los autores. Hay sentencias que han decidido que la obligación de empleo constituye una condición de *capacidad* para la mujer, de manera que la mujer común se volviera incapaz para enajenar sus propios. Esta es sin duda la tradición romana del régimen dotal, lo que extravió á las cortes; la mujer común es capaz para enajenar,

1 Aubry y Rau, t. VI, págs. 307 y siguientes, y nota 82, y las autoridades que citan. Colmet de Santerre, t. VI, pág. 197, núm. 79 bis V.

P. de D. TOMO XXI—61.

y la garantía que estipula para el reemplazo del precio no la hace, por cierto, incapaz. (1) Es inútil insistir en este error; la Corte de Casación lo condenó y está ya abanlonado. Lo que prueba que se trata de una preocupación romana, es que las sentencias casadas por la Corte Suprema han sido pronunciadas en los países de derecho escrito, y la Corte de Casación tiene buen cuidado de establecer la diferencia que existe, en este punto, entre un régimen que está fundado en la inenajenabilidad de los bienes dotales, y un régimen que mantiene el principio de la enajenabilidad. (2)

388. Las consecuencias de la jurisprudencia antigua eran graves: tendían nada menos que á imprimir el carácter de dotalidad á los propios de la mujer, cuando al casarse bajo el régimen de la comunidad, estipulaba el reemplazo en caso de enajenación. Un contrato de matrimonio tiene la cláusula siguiente: los esposos, al adoptar el régimen de la comunidad, se han reservado la facultad de enajenar sus propios, á reserva de reemplazo, por parte del futuro esposo, por el precio que reciba de los propios de la mujer. Esta cláusula, dice la Corte de Dijon, debe tener un efecto; este efecto no puede ser otro que el de declarar nulas las enajenaciones de los propios de la mujer que no hubiesen sido seguidas de un reemplazo inmediato y de poner al abrigo estos bienes de la acción de los acreedores. Esto era aplicar al régimen de la comunidad las reglas del régimen dotal, y la Corte lo confesaba: Los esposos, dice, están libres para estipular la dotalidad de los bienes de la mujer, aunque casándose bajo el régimen de la comunidad, y lo hacen, en cierto punto, al estipular que los bienes de la mujer no podrán ser enajenados sin reemplazo. Sin duda, dice la Corte de Casación, al casar la sentencia de la Corte de Dijon, los

1 Véanse las sentencias citadas en el *Repertorio* de Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,462, y Caen, 21 de Febrero de 1845 (Dalloz, 1845, 2, 81).

2 Casación, 1.º de Marzo de 1859 (Dalloz, 1859, 1, 122).

esposos pueden, bajo el régimen de la comunidad, someter los propios de la mujer al régimen dotal, pero esta convención debe ser expresa, dice el art. 1,392; y la obligación de reemplazo no quita á la mujer el derecho de enajenar sus inmuebles, de hipotecarlos y obligarlos; esta cláusula nada tiene que ver con los terceros, da solo á la mujer un recurso contra su marido en el caso en que no hiciera reemplazo del precio de los bienes enajenados. (1) La doctrina condenada por la Corte de Casación era tan peligrosa como poco jurídica. Al ver que los esposos estaban casados bajo el régimen dotal, los terceros debían creer que la mujer tenía derecho para obligar sus bienes; contrataban con toda confianza, y después la mujer les oponía la cláusula de empleo y se substraía así á la ejecución de sus compromisos. Las cortes decían en vano que los terceros debían conocer las convenciones matrimoniales de aquellos con quienes trataban; son precisamente estas convenciones las que los engañaban cuando se interpretaban en el sentido de la dotalidad. Esto era aplicar contra los terceros, y en gran perjuicio suyo, una cláusula de empleo que, por su naturaleza, solo concierne á los esposos entre sí, pues no tiene otro objeto, y no puede tener otro efecto que el de hacer el reemplazo obligatorio cuando, en regla general, es facultativo. (2)

389. ¿Pueden las partes estipular la cláusula de empleo con el efecto que el empleo será obligatorio para con los terceros, de manera que la validez de las enajenaciones y de los compromisos contraídos por la mujer serán subordinados al reemplazo? La afirmativa está admitida por los autores y por la jurisprudencia, y no nos parece dudosa. Se permite á los esposos estipular que los bienes de la mujer común serán enajenables; esta convención, como todas las con-

1 Casación, 29 de Diciembre de 1841 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,458). Compárense las sentencias citadas en el núm. 1,461,

2 Limoges, 24 de Julio de 1857, y Denegada, 9 de Agosto de 1858 (Dalloz, 1858, 1, 371).

venciones matrimoniales, puede ser opuesta á los terceros. Con más razón pueden los esposos convenir en que la enajenación de los bienes de la mujer solo podrá hacerse bajo condición de reemplazo; y esta convención puede igualmente oponerse á los terceros; esto será la dotalidad en grado menor, la enajenación no siendo permitida sino bajo ciertas condiciones; y quien puede lo más puede lo menos. Los terceros no deben quejarse, pueden hacerse presentar el contrato de matrimonio de los esposos, y según las nuevas leyes promulgadas en Francia y en Bélgica, saben por las actas del estado civil si los esposos han hecho un contrato ante notario público.

¿Cuáles son los efectos de la cláusula? Acerca de este punto ha habido largas discusiones y una gran diversidad en la jurisprudencia. En los países de dotalidad, la inenajenabilidad de los bienes dotales está siempre gozando gran favor, y, por consiguiente, las cortes están inclinadas á interpretar las cláusulas de reemplazo en el sentido de la inenajenabilidad. Hemos dicho más atrás (núm. 128) que la Corte de Casación ha condenado estas exageraciones romanas. Las partes están libres para estipular lo que quieran, aun la inenajenabilidad de los bienes de la mujer, pero la ley quiere que ésta estipulación sea expresa (art. 1,392); si la cláusula de empleo no declara inenajenables los bienes de la mujer, quedarán bajo el imperio del derecho común, á pesar de la cláusula; este es hoy un principio universalmente admitido que la cláusula de empleo no imprime carácter de dotalidad á los bienes, aunque el empleo fuese obligatorio para los terceros. ¿Cuál será en este caso el efecto de la cláusula? Se debe siempre consultar el contrato de matrimonio, puesto que todo depende de las convenciones que constan en él. (1)

La cuestión fué presentada ante la Corte de Casación en los siguientes términos: Se dice en un contrato de matrimo-

1 Caen, 6 de Agosto de 1868 (Dalloz, 1868, 2, 27).

nio que el precio de los propios de la mujer no podrá ser recibido por el marido, sino bajo la condición de reemplazo; después, el contrato agrega: «La cláusula citada tendrá efecto para con los terceros, quienes deberán conformarse con ella para liberarse, no obstante sentencias contrarias que pudieran ser interpretadas favorablemente para ellos.» En el caso, la voluntad de las partes no era dudosa; la cláusula no hacía inenajenables los bienes de la mujer, tenía por objeto garantizar el empleo del precio; la mejor garantía era seguramente interesar á los compradores en el reemplazo, no permitiéndoles pagar sino cuando fuese hecho éste. Esta cláusula, dice la Corte, nada tiene de contrario á las leyes ni á las buenas costumbres, puesto que la obligación que impone á los terceros, es de derecho, bajo el régimen dotal. Los terceros no pueden quejarse, pues al comprar los bienes de la mujer, tuvieron conocimiento de la cláusula del contrato de matrimonio, y aceptaron así tácitamente la obligación de cuidar que se hiciera el reemplazo; he aquí el motivo jurídico de la obligación que incumbe á los terceros; no se puede objetar que éstos, siendo extraños en el contrato de matrimonio, no pueden estar ligados por una cláusula á la que no consintieron; el contrato de matrimonio puede ser opuesto á los terceros, en tanto que determina los derechos de los esposos; si el contrato dice que el marido no puede recibir el precio de la venta sino justificando el empleo, los terceros adquirentes no podrán pagarle sino bajo esta condición; se someten á ella al comprar; hay, pues, consentimiento por su parte. En el caso, se objetaba que la mujer había declarado renunciar la condición de reemplazo. La Corte contesta que la renuncia es nula, puesto que modifica las condiciones matrimoniales, las que no pueden sufrir ningún cambio. Después de la disolución del matrimonio, la mujer puede renunciar derechos que se establecieron exclusivamente en favor suyo, respetando derechos adquiridos;

no lo puede hacer durante el matrimonio. (1) La consecuencia es que si los compradores pagan sin que haya habido reemplazo, quedan deudores del precio. La venta no es nula, pero la mujer puede pedir su rescisión si el comprador no paga el precio. Este es el derecho común.

390. La cláusula de empleo presenta además otra dificultad. Se pregunta si el reemplazo tendrá lugar de derecho pleno, en el sentido de que existirá por el solo hecho de que el marido haya comprado un inmueble en ejecución del contrato, sin declaración y sin aceptación de la mujer. La doctrina está muy insegura en este punto. Debe desde luego distinguirse entre la declaración del reemplazo y la aceptación. La declaración está requerida por la ley como una condición de la subrogación que autoriza; no vemos con qué derecho pudieran las partes substraerse á una obligación que de ley impone. No olvidemos que se trata de una ficción legal; todo es, pues, de la más estricta interpretación. Es en el momento de la adquisición cuando debe ser hecha la declaración; debe mencionar el origen del dinero y la intención de subrogar; sin esta doble declaración no pudiera haber reemplazo. La convención de reemplazo, aunque fuera obligatoria para los terceros, no substituye á la declaración de reemplazo. ¿Cuál es su objeto? El de obligar al marido á hacer el reemplazo interesando en él á los terceros. Queda por saber bajo qué condiciones habrá reemplazo cuando el marido quiera hacerlo; los arts. 1,434 y 1,435 contestan á esta cuestión.

¿Es también necesario que la mujer acepte? Suponemos la cláusula obligatoria. En nuestro concepto, la mujer no debe aceptar. ¿Por qué exige la ley la aceptación? Porque el marido obra sin poder; no habiendo consentido la mujer, está llamada á hacerlo y consiente aceptando. Tal no es ya la situación cuando el contrato impone al marido la obliga-

1 Denegada, 16 de Julio de 1865 (Dalloz, 1865, 1, 131).

ción de hacer el reemplazo; la cláusula es un mandato que el marido está obligado á cumplir; no trata ya como gerente de negocios, sino como mandatario, y el mandatario es el intermediario del mandante, este último es el que consiente, el que habla en el contrato. Luego la mujer adquiere cuando el marido hace la adquisición, y adquiere con declaración de reemplazo; por lo tanto, se hace propietaria y el reemplazo está consumado. Se objetaría en vano que la adquisición hecha por el marido puede no convenir á la mujer y que no se debe invocar contra ella una cláusula que fué estipulada en su favor. Esto es raciocinar mal; no se trata de una cuestión de interés, se trata de una cuestión de derecho: ¿Ha dado mandato la mujer, ha consentido? Si; luego el reemplazo está hecho; la mujer no puede revocar su consentimiento. Debe aceptar cuando el marido compra; pero cuando hay reemplazo obligatorio, ella misma es quien compra, y sería absurdo hacerle aprobar lo que ella misma ha hecho, y aun más absurdo permitirle que rehuse un reemplazo que ella misma consintió

¿Qué se dice en la opinión contraria? Troplong invoca primero la tradición. Escuchemos á Lebrun que se nos opone. Comienza por decir que no basta que se haya estipulado el reemplazo por un contrato de matrimonio, para que el reemplazo exista; se necesita además la declaración de reemplazo y la aceptación de la mujer. Tal es la regla y es incontestable. Pero, continúa Lebrun, esta regla sufre excepción en el caso en que haya cláusulas en el contrato de matrimonio equivalentes á un consentimiento dado durante el matrimonio. (1) Se ve que el testimonio de Lebrun se vuelve en contra de quien lo invocó. La cláusula de reemplazo puede substituir á la aceptación cuando implica un consentimiento. He aquí la teoría de Lebrun, es la nuestra. Queda por saber si la cláusula vale ó no como consentimiento.

1 Lebrun, *De la comunidad*, págs. 317 y siguientes, núms. 66 y 68.

Esta cuestión es de hecho, puesto que depende de la interpretación del contrato. La Corte de Bourges ha decidido, en un caso, que la cláusula de reemplazo no valía de aceptación. Troplong se prevalece de esta sentencia; en verdad, la disposición solo interpreta la cláusula de un contrato, no asienta en principio que la aceptación esté siempre requerida á pesar de la cláusula de reemplazo; dice que la cláusula para valer como aceptación, no debe presentar ninguna ambigüedad, que el sentido debe ser claro por interés de las partes contratantes y por interés de los terceros. (1) Nosotros no decimos otra cosa. Lo que Troplong agrega en apoyo de estas pretendidas autoridades no está para dar crédito á su opinión. No puede negar que la cláusula de reemplazo obligatorio encierra un mandato, pero dice que no es un mandato para comprar definitivamente en nombre de la mujer. Si un mandato estuviera así limitado, es seguro que habría que atenerse á la convención, pero no se encuentra en la cláusula nada que pueda hacer sospechar estas restricciones; digamos más, si se admiten, la cláusula se hace inútil y no tiene ya ningún sentido: habría mandato sin que hubiera ningún poder dado al mandatario. Este es un mandato que Troplong imagina para la necesidad de su causa. (2)

391. Hay una última hipótesis en la que los autores están igualmente divididos. La cláusula dice que la primera adquisición hecha por el marido después de la enajenación del propio de la mujer, le servirá de reemplazo. ¿Es necesario, en este caso, una declaración de reemplazo y una aceptación? Se pudiera creer que la declaración y la aceptación son inútiles, habiendo declarado los esposos su voluntad de antemano. Si el reemplazo fuera regido por el derecho común, seríamos de esta opinión. Pero el reemplazo es

1 Bourges, 1. ° de Febrero de 1831 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,424).

2 Mourlon, *Repeticiones*, t. III, pág. 70, nota. Véanse, en diverso sentido las autoridades citadas por Aubry y Rau. t. V, pág. 308, nota 33.