

do unos terceros estaban en causa, que para destruir la fe debida á las enunciaciones del contrato de matrimonio y establecer que la futura no había, contrariamente á sus enunciaciones, aportado dote, no bastaba, según los términos del art. 1,341, con la declaración de un testigo ni con las presunciones sacadas de la posición de fortuna de la futura y de sus padres; que era necesario producir pruebas escritas y que demostrasen hasta la evidencia que las enunciaciones del contrato eran mentirosas. (1) La Corte olvida el art. 1,348; parece participar de la opinión de Troplong acerca de la autoridad excepcional del contrato de matrimonio; acabamos de probar que esta doctrina es imaginaria.

SECCION V.—De la dote.

§ 1.º —DEFINICION.

156. Según los términos del art. 1,540, la dote es el *bien* que la mujer soporta al marido para sportar la carga del matrimonio. La ley dice el *bien*; esto es algunas veces la propiedad, otras el gozo del bien dotal, y alguna otra, una fracción de las rentas de la mujer. Resulta de la definición del art. 1,540 que hay dote bajo todos los régimenes; en efecto, bajo todos ellos la mujer contribuye á los cargos del matrimonio, esto es una consecuencia del casamiento y de las obligaciones que de él proceden (arts. 212 y 203). Estas obligaciones incumben á ambos esposos. El marido aporta, pues, una dote como la mujer. Si la ley solo habla de la dote de la mujer, esto es para determinar los derechos que el marido tiene en los bienes dotales; en cuanto á los bienes que el marido aporta en dote, hacen parte de su dominio; quedan, pues, bajo el imperio del derecho común. La ley no se sirve de la palabra *dote* para calificar los bienes que el marido aporta; cuando quiere designar los bienes que cada uno de

1 Paris, 24 de Febrero de 1865 (Dalloz, 1865, 2, 140).

DISPOSICIONES GENERALES.

205

los esposos recibe cuando el matrimonio y para soportar sus cargas, emplea la palabra *establecimiento*. Así, el art. 204 dice que el hijo no tiene acción contra el padre por un *establecimiento por matrimonio*. Así mismo el art. 1,422 dice que el marido no puede disponer entre vivos, á título gratuito, de los bienes de la comunidad si no es para el *establecimiento* de sus *hijos*. El *establecimiento* es un dote. Hay principios generales que rigen á la dote, ya de la mujer, ya del marido, y que son comunes á todos los régimen^{es}s. Son estas reglas las que vamos á exponer; deben hallar su colocación entre las disposiciones generales por razón de su carácter de generalidad. En la clasificación del Código, se les trata separadamente en los capítulos II y III; lo que da lugar á un doble empleo y á cierta confusión.

157. Decimos que hay dote bajo todos los régimen^{es}s. Cuando los esposos se casan en comunidad, todos los bienes que entran en el activo de la sociedad son dotales, en el sentido más lato de la palabra, así la fortuna mueble, presente y futura de cada uno de los esposos y el usufructo de los bienes que les son propios. La dote mueble de la mujer, bajo este régimen, toma algunas veces el nombre de "aporto"; esto es cuando la mujer estipula la devolución de todo ó de parte de sus bienes muebles. El término de *aporte* se emplea en el mismo sentido para los bienes del marido; éste también puede estipular la devolución de sus aportos.

Bajo el régimen de la cláusula que dice que los esposos se casan sin comunidad, cada uno de ellos conserva la propiedad de los bienes que aportan en matrimonio. El marido tiene el gozo de todos los bienes de la mujer; los frutos, dice el art. 1,530, son como si fueran aportados por el marido para sostener las cargas del matrimonio; son, pues, estos frutos los que constituyen la dote de la mujer. Este régimen no tiene ninguna influencia en los bienes del marido.

Bajo el régimen de la separación de bienes, se dice ordina-

riamente que no hay dote; esto es verdad, en el sentido de que la mujer, tanto como el marido, conserva la propiedad y el gozo de su fortuna mueble é inmueble. Sin embargo, la ley dice que, á no decirlo el contrato, la mujer contribuye á los cargos del matrimonio hasta concurrencia de la tercera parte de sus rentas. Esta tercera parte de las rentas de la mujer es, pues, la dote que ésta aporta al marido.

Bajo el régimen dotal, el marido tiene el gozo de los bienes que la mujer se ha constituido ó que le han sido constituidos en dote. Esta consiste, en este caso, únicamente en frutos y rentas. Si el marido se hace propietario de ciertos bienes dotales, esto es á cargo de restitución.

158. Pocas veces la dote comprende todos los bienes de los esposos; solo sucede así bajo el régimen de la comunidad universal. Los bienes que no son dotales bajo el régimen de la comunidad se llaman *propios* de los esposos; y estos propios son dotales en cuanto al usufructo. Bajo el régimen exclusivo de la comunidad, todos los bienes de los esposos les quedan propios, excepto el gozo de los bienes de la mujer que pertenece al marido, cuando los esposos declaran casarse sin comunidad ó bajo el régimen dotal. En este último régimen, puede haber bienes no dotales; se les da el nombre de *parafernales*.

§ II.—DE LA DOTE CONSIDERADA COMO LIBERALIDAD.

Núm. 1. *¿Quién es donante?*

159. *¿Es la dote una liberalidad?* Ya hemos encontrado esta cuestión y la hemos decidido afirmativamente. *¿Qué importa que dicha dote se traiga al marido para soportar los cargos del matrimonio?* Este cargo no hace la donación onerosa, puesto que no da ninguna acción al que la constituye; por parte del constituyente, la dote es, pues, una pura liberalidad, aunque éste fuera el padre, pues los padres no están obligados á dotar á sus hijos (art. 204).

DISPOSICIONES GENERALES.

207

Hemos aplicado el principio á la cuestión de saber si en la acción pauliana, la dote está considerada como una donación ó como un acto oneroso (t. XVI, núms. 451 y 455) El principio presenta, además, otra dificultad; se pregunta si la dote está sometida á las formas solemnes de las donaciones. Lo hemos decidido afirmativamente, y mantenemos nuestra solución, aunque excelentes autores hayan calificado esta opinión de error grave. (1) Aubry y Rau dicen que los padres tienen la obligación natural de dotar á sus hijos. Esto es también nuestro parecer (t. XVII, núm. 18); pero no reconocemos á las deudas naturales sino un solo efecto el que les da la ley; esto es, de impedir la repetición cuando han sido voluntariamente pagadas. Es inútil entrar en estos debates, puesto que ningún argumento nuevo se ha producido.

160. Puesto que la dote es una liberalidad, importa mucho determinar quién es el donante, pues contra él tiene acción el donatario y es á su sucesión que la dote debe ser referida. Hay que distinguir varios casos. Lo que complica la dificultad es que el Código trata de la dote en el capítulo *De la Comunidad* y en el capítulo *Del Régimen Dotal*. ¿Puede razonarse por analogía de uno á otro régimen? En lo general, no, pues tienen un origen diferente y los principios que los gobiernan difieren esencialmente. Sin embargo, cuando las disposiciones que la ley consagra en uno de estos regímenes solo son la aplicación de un principio general, se puede y se debe extenderlas al otro régimen. Esto es de derecho común, puesto que cuando existe igual razón para decidir, debe haber igual decisión. Esto se funda también en razón. La dote, considerada como liberalidad, no cambia de naturaleza y de efecto, según los diversos regímenes bajo los que los esposos donatarios se casan. En cuanto á los donantes, hay igualmente principios generales que son

¹ Aubry y Rau, t. V, pág. 223, nota 6, pfo. 500. En sentido contrario, Rođère y Pont, t. I, pág. 82, núm. 96, que califican la acusación de error grave. Troplon se ha pronunciado en el mismo sentido (t. I, pág. 111, núm. 187)

independientes del régimen de los constituyentes; se pueden, pues, tomar en uno ú otro régimen. Solo hay excepción para la reglas que proceden de la naturaleza especial del régimen bajo el que los esposos donantes se han casado; no es preciso decir que estas reglas no pueden ser extendidas á otro régimen. (1)

161. La dote está constituida por los padres. Son deudores personales de ella, porque personalmente se han obligado. La dote debe tomarse de sus bienes, aunque el hijo dotado tuviera una fortuna propia. Esta es la aplicación de un principio elemental; el que habla en el *contrato y promete*, es el deudor. La circunstancia de que el hijo donatario tiene bienes personales no impide que los constituyentes sean deudores, pues al hacer una liberalidad, la hacen de su patrimonio y no del patrimonio del hijo á quien gratifican. El art. 1,546 lo decide así: "Aunque la hija dotada por sus padres tenga bienes propios de que ellos gocen, la dote se tomará de los bienes de los constituyentes si no hay estipulación contraria." Esta disposición, aunque colocada en el capítulo *Del Régimen Dotal*, es una de las que solo aplican los principios generales del derecho; es, pues, general y de derecho común por naturaleza. (2)

162. ¿Cómo quedan obligados el padre y la madre por la dote que constituyen juntos? Hay dos artículos que contestan á la cuestión. El art. 1,544, dice: "Si el padre y la madre constituyen juntos una dote sin distinguir la parte de cada uno, la dote será constituida por partes iguales." En el capítulo *De la Comunidad*, hay una disposición análoga: "Si el padre y la madre han dotado juntamente al hijo común sin expresar la parte por la que pretenden contribuir, se consideran haber dotado cada uno por mitad." Esta es la aplicación del principio elemental de la división de las

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 223 y nota 7, pfo, 500.

2 Rodière y Pont, t. I, pág. 85, núm. 97. Aubry y Rau, t. V, pág. 223 y nota 7.

DISPOSICIONES GENERALES.

209

dendas; cuando dos personas prometen en un contrato, la deuda se divide entre ellas por mitad. Y no se objeta que los esposos no son deudores de la dote; son donantes y deudores con este título, cualquiera que sea la causa de la donación; se debe, pues, aplicarles el principio general.

163. El art. 1,438 prevee una dificultad. El padre y la madre constituyen una dote, pero ésta se promete ó ministra en bienes personales á uno de los esposos. ¿Resultará de esto que la dote le sea personal, de manera que se le considere como único donante? Nó, dice la ley; la dote se dividirá, no obstante. Cuando la dote prometida en dinero, fué ministrada en bienes personales del padre ó de la madre, no hay ninguna duda; ambos esposos han hablado en el contrato y se han constituido deudores, importando poco cuál de los dos pague la deuda; al pagarla toda, uno de los esposos paga su parte y la de su cónyuge; y habiendo pagado la deuda de un tercero, tiene recurso contra él. Si el bien personal del padre ó de la madre fué prometido en dote, la decisión de la ley es la misma; ambos esposos quedan, no obstante, deudores personales, puesto que han hablado en el contrato, prometiendo ambos la dote. Poco importa que la dote haya sido prometida en bienes personales á uno de ellos, estas circunstancias solo conciernen á la ejecución de la promesa, y no impiden que ésta haya sido hecha por dos deudores; luego cada uno está obligado por mitad, á reserva del recurso de aquel de los constituyentes que paga por el otro. El artículo 1,438 dice cómo se reglamenta este recurso. El esposo del que el inmueble ó el vale personal ha sido constituido en dote, tiene en los bienes del otro cónyuge una acción por indemnización por la mitad de dicho dote, en atención al valor del vale dado en el momento de la donación. Se considera el momento de la donación, porque es cuando la propiedad de la cosa prometida en dote se transmite.

P. de D. TOMO XXI—27.

164. El art. 1,438, colocado en el capítulo *De la Comunidad*, prevee también la hipótesis en la que la dote hubiere sido ministrada ó prometida en vales de la comunidad. Esto no obsta para que ambos esposos deban la dote, por la misma razón que acabamos de dar; los esposos hablan en el contrato; luego están obligados personalmente. Así, la dote aunque prometida ó ministrada en vales de la comunidad, no se hace cargo de la comunidad, en el sentido de que ésta sea deudora. (1)

Resulta de esto una consecuencia muy importante. La mujer puede renunciar á la comunidad; en este caso, queda descargada de toda contribución á las deudas de la comunidad, tanto para con los acreedores como para con el marido (art. 1,494). ¿Quedará dispensada de contribuir á la dote prometida ó ministrada en vales de la comunidad? Nō, porque se ha obligado personalmente. Y el art. 1,494 agrega que la mujer renunciante queda obligada hácia los acreedores cuando se obligó conjuntamente á su marido; luego deberá pagar la mitad de la dote en promoción del donatario. A reserva de su recurso contra su marido ó sus herederos, dice la ley. ¿La mujer que renuncia, tiene recurso para la dote? Pothier decide la cuestión negativamente; la mujer no puede invocar el principio escrito en el artículo 1,494, pues esta regla no concierne sino á las deudas de la comunidad á las que la mujer se ha obligado, no se extiende á las deudas propias; y la deuda á la que cada cónyuge está obligado para con la dote no es una deuda de la comunidad, es una deuda propia de cada uno de ellos por la parte que les corresponde. (2)

El principio de que la mujer renunciante queda obligada por su parte en la dote que tiene ofrecida no ha sido admis-

1 Toplong, t. I, pág. 363, núm. 1,233. Casación, 16 de Noviembre de 1824, y Burdeos, 6 de Diciembre de 1833 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,281).

2 Pothier, *Tratado de la comunidad*, núm. 655. Duranton, t. XIV, pág. 386, núm. 285. Aubry y Rau, t. V, pág. 224, y nota 11, pfo. 500.

DISPOSICIONES GENERALES.

211

tido sin contestación. Dumoulin enseñaba la opinión contraria, (1) lo que prueba que hay un motivo de duda. Que la mujer renunciante quede obligada hacia los acreedores, esto es muy claro; está obligada personalmente y no puede desprenderse de esta liga renunciando á la comunidad. Pero la ley le da un recurso contra su marido, aun para las deudas que proceden originariamente de su lado (art. 1,494). Solo hay excepción para las deudas contraídas en interés personal de la mujer: tales serían las deudas que se refieran á uno de sus propios. La cuestión se reduce, pues, á saber si la dote es una de esas deudas personales que la mujer deba soportar en totalidad. Los autores modernos se han adherido á la opinión de Pothier; dicen que la dote es una deuda de la madre, y como tal, la dote es una deuda personal. (2) La jurisprudencia se ha pronunciado por la misma opinión, excepto una sentencia de la Corte de Burdeos (3) que ha quedado aislada. Hay un motivo que nos parece terminante, en favor de la opinión general, es la autoridad de Pothier; es decisiva en una materia enteramente tradicional.

Si se admite que la dote es una deuda personal del padre y de la madre, y que la mujer renunciante quede obligada á ella, se sigue que si la comunidad la tiene pagada, la mujer renunciante le deberá una recompensa por la parte que debe aportar. Pothier lo dice, (4) y una vez admitido el principio, la consecuencia no es dudosa.

165. El principio consagrado por el art. 1,498 y por el art. 1,444 está fundado en la voluntad de las partes contratantes; éstas están libres para manifestar una voluntad contraria. El art 1,438 lo supone, en lo que se refiere á la parte por la que está obligado en la dote cada uno de los es-

1 Dumoulin, *Costumbre de Paris*, pfo. 115, núm. 1.

2 Troplong, t. I, pág. 360, núm. 1,223.

3 Burdeos, 17 de Enero de 1854 (*Dalloz*, 1855, 2, 212).

4 Pothier, *De la comunidad*, núm. 649.

posos; la dote es una liberalidad, y cada uno da lo que quiere; uno de los esposos puede, pues, estipular que estará obligado en la dote por una parte menor que la mitad. Así mismo la mujer puede declarar que entiende dotar solo en su parte en la comunidad, y que en caso de renuncia, quedará librada de toda contribución. La madre, dice Pothier, pudo no dotar, por lo tanto, poner á la donación tal condición que le parezca. (1)

166. Hemos supuesto, con el texto de los artículos 1,438 y 1,544, que los esposos dotan conjuntamente. ¿Quiere esto decir que el acta deba tener la declaración que el padre y la madre dotan conjuntamente al hijo común? No, seguramente; la ley nada dice de tal declaración. La palabra *conjuntamente* quiere decir que el padre y la madre hablan en el contrato, y que desde luego hay dos deudores y, por consiguiente la deuda se divide. Hacemos esta observación porque una Corte se equivocó en este punto. La palabra *conjuntamente* no se encontraba en el acta; pero, dice la Corte de Bourges, debe suplirse fácilmente cuando el padre y la madre estipulan juntos para satisfacer sus obligaciones naturales, á no ser que los términos del acta marquen que quisieron dotar separadamente. Esto supone que la ley exige que los esposos declaren dotar conjuntamente para que cada uno esté obligado por mitad. Y los arts. 1,438 y 1,544 nada dicen de tal declaración; es, pues, inexacto decir que la obligación conjunta debe ó puede resultar del conjunto de las disposiciones del contrato de matrimonio, como lo dice la Corte de Bourges. (2) Hay conjunta obligación por el solo hecho de que el padre y la madre prometen una dote.

167. Si el padre solo constituye la dote, será único deudor personal por su totalidad. ¿Quedará la madre obligada por mitad si está presente en el contrato? La negativa es

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 650.

2 Bourges, 29 de Julio de 1851 (Dalloz, 1852, 2, 11).

DISPOSICIONES GENERALES.

213

segura; nadie está obligado sin su consentimiento, y en el caso, la madre no habla en el contrato, no promete; luego no queda obligada. El art. 1,544, segundo inciso, va más allá; supone que el padre constituye solo la dote agregando: "por derechos paternos y maternos," y decide que la madre aunque presente, no quedará obligada y que la dote permanecerá por entero á cargo del padre. Esta cláusula "por derechos paternos y maternos" no puede tener por efecto el obligar á la madre; esto es una declaración del padre y éste no tiene derecho de obligar á la madre. ¿Se dirá que la madre está presente y que su presencia y su silencio implican un consentimiento tácito? Contestarémos que la presencia de la madre en el contrato de matrimonio se explica por su calidad de madre; no está obligada, precisamente porque nada dice, algo hubiera dicho si hubiere entendido obligarse.

El principio establecido por el art. 1,544 recibe excepción cuando los esposos están casados en comunidad. Bajo este régimen, toda deuda del marido es deuda común, y la mujer, al aceptar la comunidad, se apropiá las obligaciones contraídas por el marido. Y cuando el marido dota á un hijo común, la dote se hace deuda de la comunidad que debe soportar la mujer por mitad si acepta la comunidad. Si renuncia, se entiende que no queda obligada puesto que al renunciar se vuelve extraña á la comunidad, como si nunca hubiera sido común. Tal es el derecho común; el marido puede derogarlo declarando que pretende encargarse solo de la dote. Ni siquiera es necesario para esto de declaración expresa, el consentimiento tácito basta. La Corte de Douai sentenció que la dote constituida por solo el marido y por cuenta de herencia y á cargo de las rentas, debe ser pagada por entero por él. Declarar que la dote debe ser tomada de la sucesión paterna; es decir, que el padre es donante por entero. Lo mismo sucede con la estipulación que

dice que el padre hace donación á su hijo «á cuenta de su parte en la sucesión; el padre da por esto á su hijo lo que éste hubiera recogido por su herencia; le da, pues, toda la dote. (1) ¿Pasaría lo mismo si el padre hubiese ofrecido la dote en bienes personales? Esto es una cuestión de intención; por consiguiente, la decisión depende de las circunstancias de la causa. En nuestro concepto, no se puede decidir en derecho que solo el marido es deudor, porque ha constituido la dote en bienes personales; la obligación no deja por esto de ser contraída por el padre, y toda deuda del marido es deuda de la comunidad; la derogación á este principio es una excepción, y la excepción debe ser claramente enunciada (2)

168. Si la madre sola constituye la dote ¿quedará obligado el padre? En general no, puesto que el padre así como la madre no pueden estar obligados sin su consentimiento. Poco importa que el marido haya autorizado á su mujer, porque el que autoriza no se obliga.

¿Debe aplicarse este principio al caso en que los esposos están casados en comunidad? Bajo este régimen las deudas contraídas por la mujer con autorización del marido, caen en el pasivo de la comunidad, y, por consiguiente, el marido puede ser demandado por el acreedor en su patrimonio: toda deuda de la comunidad es en este sentido deuda del marido. Esta regla recibe su aplicación á la dote como toda clase de obligaciones; el hijo dotado tendrá, pues, acción contra la comunidad y aun en los bienes personales del marido. Pero si la comunidad ó el marido pagan ¿tendrán recurso contra la mujer? Debe contestarse afirmativamente si se admite que la dote constituye una obligación personal de los padres; se entiende que la obligación solo es personal para con el constituyente, puesto que la obligación es natural.

1 Douai, 6 de Julio de 1853 (Dalloz, 1855, 2, 350).

2 Compárese Aubry y Rau, t. V, pág. 224 y nota 12, pf. 500.

DISPOSICIONES GENERALES.

215

Troplong enseña que el marido no está obligado por la dote, ni siquiera para con los acreedores; (1) da como motivo que la dote es una deuda propia de ambos esposos, lo que excluye la regla según la cual las deudas contraídas por la mujer con autorización marital caen en el pasivo de la comunidad. Volveremos á esta cuestión al tratar de la administración de la comunidad. En nuestro concepto, Troplong confunde la obligación del pago de las deudas con la contribución á las deudas. Cualquiera deuda autorizada de la mujer, aunque le sea personal, cae á cargo de la comunidad para con los acreedores, excepto las excepciones previstas por la ley. Otra es la cuestión de saber quién debe soportar la deuda. Aquí se aplica el principio que rige á la contribución. La mujer habiendo dotado sola, en calidad de madre, debe también sorportar sola la deuda. Hay una sentencia en este sentido de la Corte de Rouen; se atiene al art. 1,419 que establece una regla general; y es de la esencia de la regla recibir su aplicación á todos los casos en que no se la deroga, y la excepción debe ser terminante. (2)

169. Si el supérstite de los padres constituye la dote, solo estará obligado, esto es claro, no puede tratarse de obligar al difunto, ni siquiera como esposo común en bienes, puesto que la comunidad no existe ya. Pero se pregunta si la dote debe tomarse desde luego en los derechos del futuro esposo sobre los bienes del cónyuge difunto. Nó, en la hipótesis que acabamos de suponer; el supérstite se obligó personalmente; la dote se tomara, pues, de sus bienes. Pero qué debe decidirse si constituyó la dote para bienes paternos y maternos? El art. 1,545 preveé la dificultad y decide que si el constituyente no ha especificado la parte por la que pretende estar personalmente obligado, la dote se tomará primero en los derechos del futuro esposo á los bie-

1 Troplong, t. I, pág. 363, núm. 1,231. En sentido contrario, Aubry y Rau, t. V, págs. 224 y siguientes, y nota 13).

2 Rouen, 27 de Mayo de 1854 (Dalloz, 1854, 2, 248).

nes del cónyuge difunto, y lo demás en los bienes del constituyente. ¿Cuál es el motivo de esta disposición? Se trata de saber cuál es la intención del constituyente. La mujer puede dotarse por sí; aporta ordinariamente en dote todos sus bienes, ya en propiedad, ya en gozo (núm. 157). Puede, además, ser dotada por sus padres; cuando, pues, se casa después de la muerte de uno de éstos y que el padre declara constituirle una dote para *bienes paternos y maternos*, su intención no es obligarse personalmente por toda la dote; al hablar de *bienes* que la hija heredó de la difunta, se entiende que la hija aportará primero sus bienes en dote, y que si el monto de estos bienes no alcanza la cifra dicha en el contrato, el constituyente pagaría lo demás. En realidad, el constituyente solo se obliga por lo que falta, pues no es obligarse decir que su hija aportará sus bienes personales en dote; esto es de derecho y depende del régimen que han adoptado los esposos. En esta hipótesis, la parte contributoria del supérstite en la dote es indefinida, depende del monto de la heredad que ministra la dote; ésta puede, pues, pasar de la mitad, puede también ser menor que dicha mitad; y hasta el todo, salvo estipulación contraria.

Estas estipulaciones dan lugar á una dificultad. Al constituir la dote por bienes paternos y maternos, el supérstite fijó la parte por la que cada uno de los patrimonios debe contribuir á ella; la mitad, por ejemplo; sucede que la sucesión es insuficiente para pagar esta mitad: ¿quedará obligado el constituyente á completarla personalmente? Se enseña la afirmativa. Esto nos parece demasiado absoluto. Esto es, ante todo, una cuestión de intención; debe verse á lo que el constituyente entendió obligarse. Y si no ha contraído obligación personal en cuanto á la mitad de la dote que debe tomarse en los bienes del difunto, no debe responder por la insuficiencia de estos bienes, á no ser que los términos del contrato impliquen esta intención. Se objeta que el

DISPOSICIONES GENERALES.

217

supérstite conociendo el valor de los bienes dejados por el difunto, es de presumir que quiso gratificar al hijo por lo que falte. Contestarémos que esto es crear una obligación por vía de presunción, lo que es contrario á todo principio. (1)

Hay, además, una hipótesis que la ley no prevee, la en que el supérstite constituye la dote en los bienes del difunto solo. El supérstite no contrae, en este caso, ninguna obligación personal, puesto que solo habla de los *bienes* del difunto. Por consiguiente, si los bienes no bastan para llenar la dote, el constituyente no debe llenar el deficiente. Pero puede manifestar la intención contraria; y todas estas cuestiones deben decidirse según la intención del constituyente. (2)

170 Hay una cláusula muy usada en París y en otros países de derecho de costumbre, porque es de origen de costumbre; Pothier la menciona. Los padres dotan justamente al hijo común con anticipo de herencia en la sucesión del primero de ellos que muera. Pothier da otra fórmula que difiere en los términos, pero que en el fondo es idéntica; es que la dote será imputada por entero en la sucesión de primero que muera; es decir, que se tomará de esta sucesión, y toda donación relativa á su sucesión se hace como adelanto de herencia. ¿Cuál es el sentido de esta cláusula? Pothier lo dice; el primero que muera aparece dotar solo, y él solo es deudor de la dote. (3)

Pothier dice que el primero que muera se considera como habiendo dotado solo; en realidad, el cónyuge supérstite concurrió á la donación, puesto que la dote fué constituida por ambos esposos; pero los constituyentes no se obli-

1 Véanse las autoridades citadas por Rodière y Pont, t. I, pág. 80, núm. 100. Estos autores distinguen si el constituyente conocía ó no el monto de la sucesión. Esto es equitativo pero no es jurídico.

2 En sentido contrario, Aubry y Rau, t. V, pág. 225 y nota 14.

3 Pothier, *De la comunidad*, núm. 650.

gan cada uno por mitad, cada uno se obliga eventualmente á soportar toda la dote en el caso en que sobreviviere, y en este caso, el supérstite no quedará obligado, puesto que la condición bajo la que se obligó, falta. Es, pues, exacto decir que solo hay un deudor, bajo condición.

La Corte de Casación ha sentenciado que la cláusula era licita, puesto que aquellos que dotan están libres para poner en su liberalidad tal condición que gusten, siempre que no sea contraria al orden público ni á las buenas costumbres. Esta cláusula, siendo tradicional, debe interpretarse en el sentido que siempre tuvo. Los antiguos jurisconsultos enseñaban que el supérstite era considerado como no haber dado nada. Así entendida dice la Corte de Casación, la cláusula es muy favorable á los hijos, porque el padre y la madre están tanto más dispuestos á dotar á sus hijos que el supérstite no tiene que temer verse arruinado por constituciones dotales desproporcionadas al estado actual de su fortuna personal. Es verdad que los donatarios pueden resultar frustrados en sus esperanzas si la sucesión del primer difunto no basta para llenar la dote que les fué ofrecida; pero, dice la Corte, los donatarios que son partes en el contrato, deben saber lo que los donantes prometen y á qué se comprometen. (1) Libres las partes de estipular que si la porción hereditaria del hijo en la sucesión del difunto es inferior á su dote, tendrán recurso contra el supérstite por el resto. (2) Pero para que este recurso exista, es menester que lo hayan convenido. En ausencia de convención, el hijo no puede tener acción contra aquel de sus padres que sobreviva, porque éste no está obligado.

171. La cláusula da lugar á algunas dificultades en la aplicación. Se pregunta primero si el hijo tiene acción contra su padre y su madre durante la vida de éstos. Esto de-

¹ Casación, 11 de Julio de 1814 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1.222).

² París, 16 de Marzo de 1850 (Dalloz, 1850, 2, 167).

DISPOSICIONES GENERALES.

219

pende de la voluntad de las partes contratantes; éstas pueden convenir que la dote solo será exigible contra el supérstite. Pero la cláusula tradicional no tiene este sentido. Los padres no pueden constituir la dote á plazo, dan la dote actualmente; luego ésta es exigible inmediatamente; solo que deberá tenerse en cuenta por entero en la sucesión del primero que muera; de manera que la obligación del supérstite se resuelve por su supervivencia. El hijo tiene, pues, acción contra sus padres; queda por saber por qué porción. Acerca de este punto hay que aplicar el derecho común. Se supone que los esposos se han obligado conjuntamente; son, pues, deudores por mitad, salvo resolución en favor del supérstite. (1) Este, no siendo deudor, se encuentra haber pagado la mitad de la dote por su cónyuge difunto; tiene, por consiguiente, una acción por indemnización contra la sucede este último por esta mitad.

172. ¿Qué debe decidirse si la comunidad se disuelve por la separación de bienes? Solo hay lugar á indemnización en caso de supervivencia; esta condición no se cumple con la separación de bienes; debe, pues, aplicarse por analogía lo que el art. 1,452 dice de las ganancias de supervivencia: el esposo que tiene derecho á ellas, solo puede ejercerlas cuando sobrevive. Para que haya acción en vida de los esposos, hay que suponer que uno de los cónyuges ha pagado la totalidad de la deuda de sus bienes personales; si en esta hipótesis la comunidad se disuelve por el divorcio, la separación de bienes ó la separación de cuerpos, el esposo que ha pagado la dote puede pedir que se le tenga en cuenta en la liquidación por la mitad de la dote, que no estaba obligado á pagar, á reserva de arreglar definitivamente, á la muerte de uno de los cónyuges, la indemnización á la que el supérstite puede tener derecho. (2)

1 Bourges, 29 de Julio de 1851 (Daloz. 1852, 2, 11). La doctrina está conforme (Aubry y Rau, t. V, pág. 226, nota 19, pfo. 500).

2 Aubry y Rau, t. V, págs. 266 y siguientes, nota 20 y los autores que citan.

173. Puede suceder que la dote no haya sido pagada en vida de los esposos. ¿Cuál será el derecho del hijo á la muerte de uno de sus padres? Si se admite el principio tradicional (núm. 170), la decisión es muy sencilla. El supérstite no es deudor, como si no hubiese hablado en el contrato; luego el hijo no tendrá acción contra él; es acreedor de la sucesión, y solo tiene acción contra ésta. Cuando la sucesión es solvente, no hay ninguna dificultad. Si la sucesión es insolvente, ¿tendrá el hijo acción contra el supérstite? Nō, el supérstite no es deudor, no es donante; desde luego, el hijo dotado no puede tener acción contra él. Lo mismo sucedería si la dote hubiere sido pagada por el difunto; el donatario debería, en este caso, referirla á la sucesión como heredero futuro, pues tal es la ley ligada á la donación, puesto que se supone que ésta formaba un anticipo de herencia. (1)

Decimos que la dote debe referirse por el todo á la sucesión del difunto. La Corte de Paris había, en el principio, sentenciado lo contrario, pero modificó su jurisprudencia. (2) Su primera decisión se fundaba en los términos de la cláusula, eran los términos tradicionales, que la dote se imputaría en totalidad en la sucesión del primer fallecido. Y Potthier dice cuál es el sentido de esta cláusula; significa que el primer fallecido es el único deudor, único donante; luego la dote debe ser imputada á la sucesión por entero. El hijo donatario solo tiene un medio para conservar su dote, éste es renunciar á la sucesión. Este es el derecho común; el donatario que renuncia, puede retener el donativo hasta concurrencia de la porción disponible; lo excedente está sujeto á reducción. (3)

Queda una hipótesis última: el supérstite es quien ministró la dote en todo ó en parte. Puesto que por efecto de la

1 Amiens, 20 de Julio de 1860 (Daloz, 1860, 5, 126, núm. 6).

2 París, 10 de Agosto de 1843 y 16 de Marzo de 1850 (Daloz, 1850, 2, 167). Aubry y Rau, t. V, pág. 226, nota 17, pfo. 500.

3 Casación, 4 de Julio de 1814 (Daloz, en la palabra *Contrato de matrimonio* núm. 1,222). París, 16 de Marzo de 1850 (Daloz, 1850, 2, 167).

DISPOSICIONES GENERALES.

221

supervivencia está considerado como no haber sido nunca deudor, tendrá una acción por indemnización contra la sucesión por la que hizo el p.go.

Núm. 2. De la referencia de la dote.

174. La dote está sujeta á referencia, como toda liberalidad. En la aplicación se presentan dificultades. Se pregunta desde luego, á la sucesión de quién debe referirse la dote. Según los términos del art. 850, solo se hace referencia á la sucesión del donante. Ordinariamente la dote está constituida por el padre y la madre del hijo; acabamos de decir cuál es, en diversas hipótesis, la parte por la cual están obligados; es esta parte la que debe ser deducida de su sucesión, se entiende si la han pagado.

Se supone que la dote ha sido constituida solidariamente por el padre y la madre, y que la madre la pagó integralmente. Aunque haya dos constituyentes y dos donantes, el hijo no debe referir la dote sino á la sucesión de su madre, pues de ella sola recibió la liberalidad. La Corte de Amiens lo sentenció así. Se objeta que, según el art 1,438, la dote constituida conjuntamente por el padre y la madre es como constituida por cada uno por mitad, aunque dicha dote hubiere sido tomada por entero en los bienes de uno de los constituyentes; y se concluye que, en este caso, debe referirse por mitad á la sucesión del padre y de la madre. Nos parece que los autores confunden dos órdenes de ideas muy distintos. El art. 1,438 decide la cuestión de saber quién es el deudor de la dote; ambos esposos lo son; de manera que aquél que ministró la dote tiene recurso contra su cónyuge. Otra es la cuestión de saber si el hijo debe referir la dote que recibió integralmente de su madre, por mitad á la sucesión de su madre y por otra mitad á la sucesión de su padre. No puede descontarse sino lo que se ha recibido, y, en el caso, el hijo nada recibió de su padre; luego no debe re-

ferir nada á la sucesión de éste. La madre tiene una acción contra el padre por el que ha pagado la parte contributiva en la dote, pero esta acción es extraña al hijo dotado: éste recibió la dote de su madre, y la refiere á la sucesión de su madre. (1)

175. Esta misma dificultad se encuentra en una hipótesis análoga. La dote está constituida por el padre y la madre en bienes propios de uno de ellos; el que ministró la dote muere. ¿Debe el hijo referir por entero los bienes que recibió á la sucesión del difunto, ó debe hacerlo por mitad en la sucesión de cada uno de sus padres? La jurisprudencia se ha pronunciado en este último sentido. Creemos que debe decidirse la cuestión como lo hemos hecho en la hipótesis sentenciada por la Corte de Amiens. Aunque haya dos constituyentes, no hay para con el hijo sino un donante único, aquel que ministró la dote; el otro cónyuge nada le dió, puesto que los bienes no le pertenecían, y nadie puede dar lo que no tiene; el hijo, recibiendo los bienes de uno de los constituyentes, debe referirlos á la sucesión de éste; nada recibe del otro; luego nada debe referir. La Corte de Casación objeta el art. 1,438: el padre y la madre que dotan juntamente á su hijo común, son como habiendo dotado cada uno por mitad, aunque la dote haya sido ministrada en bienes personales de uno de los esposos, á reserva de la acción por indemnización que el esposo cuyo inmueble fué constituido en dote, tiene en los bienes del otro por la mitad de dicha dote. Hemos ya contestado á la objeción: El artículo 1,348 decide una cuestión de deuda, la cuestión de saber en qué proporción cada uno de los esposos debe contribuir al dote; el artículo no dice á cuál sucesión debe referirse la dote. Esta cuestión es enteramente distinta, y se decide por los principios que rigen á la referencia: la dote se

1 Amiens, 10 de Noviembre de 1853 (Daloz, 1855, 2, 108). Compárese Dauranton, t. VII, núm. 245. Toullier, t. II, 2, núm. 464; Vazeilles, acerca del art. 850, núm. 4.

DISPOSICIONES GENERALES.

223

refiere á la sucesión del donante que ha ministrado la dote. La Corte de Casación da otra interpretación al art. 1,348; supone que la ley dice que cada padre y madre es donante por la mitad de los bienes que son personales á uno de ellos; pero ¿cómo concebir que aquel á quien no pertenecen los bienes dé la mitad de ellos? Para explicar esta singular anomalía, la Corte de Casación recurre á una ficción; supone que la ley transmite ficticiamente la propiedad de los bienes dados por mitad á aquel de los constituyentes á quien no pertenecen; y es en virtud de esta transmisión ficticia como éste se encuentra propietario y puede dar. Nuestra respuesta es sencilla y perentoria; no hay ni traza de esta ficción en el texto, y no pertenece al intérprete crear ficciones. (1)

176. Hemos supuesto que la dote estaba constituida en bienes propios á uno de los esposos. ¿Qué debe decidirse si está constituida en dinero y si un inmueble es dado en pago? Si el inmueble pertenece á ambos constituyentes, por ejemplo: si es un efecto de la comunidad, no hay ninguna duda, la donación en pago, como la palabra lo dice, es una ejecución de la deuda; el hijo recibe, pues, la dote que le fué prometida y, por consiguiente, debe la referencia de una suma de dinero y no de un inmueble. Hay una sentencia de la Corte de Casación en este sentido. (2) Hay mayores dificultades cuando el inmueble dado en pago pertenece á uno de los constituyentes. Creemos que debe aplicarse el mismo principio: la donación en pago no cambia en nada la naturaleza de la deuda; constituida en dinero, debe ser referida en dinero; luego por mitad en la sucesión de cada uno de los constituyentes.

Cuando la dote prometida conjuntamente por el padre y la madre comunes en bienes, es ministrada en efectos de la

¹ Casación, 16 de Noviembre de 1824, y Burdeos, 6 de Diciembre de 1833 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,281). Compárese Trop-long, t. I, pág. 365, núm. 1,243.

² Denegada, 4 de Agosto de 1852 (Dalloz, 1852, 2, 193).

comunidad, ¿no deberá ser referida á la comunidad? La negativa es segura si se admite el principio que acabamos de establecer. No es la comunidad la que da, ésta paga; los verdaderos donantes son el padre y la madre cada uno por mitad; la referencia se hace, pues, á sus sucesiones. (1)

Núm. 3. Naturaleza de las convenciones dotales.

177. La dote es ordinariamente constituida por contrato de matrimonio; hace parte, pues, de las convenciones matrimoniales. De esto resulta que debe aplicarse á las convenciones dotales el principio de la irrevocabilidad que distingue á las convenciones matrimoniales. La aplicación no está exenta de dificultades: transladamos á lo que se dijo más atrás (números 78, 81 y 85).

El principio de la irrevocabilidad de las convenciones dotales no significa que la dote no pueda ser aumentada durante el matrimonio. Nada implica que los esposos puedan recibir liberalidades. Queda por saber si los donantes están ligados por las convenciones matrimoniales, ó si pueden derogarlas. Transladamos á lo que fué dicho más atrás (números 74 y 75).

178. La dote es irrevocable como donación y como convención matrimonial. ¿Es esto decir que no pueda sufrir ninguna modificación? Cuando está constituida en capital y ejecutada, todo está consumado. Sin embargo, si el estado de la fortuna de los donantes llegara á cambiar de manera que tuviesen necesidad de alimentos, los donatarios deberían ministrárselos ya como donatarios ó como hijos; lo que disminuiría las ventajas que resultasen de la dote. Y si la dote consistía en una pensión anual, resultaría una disminución de esta pensión. El caso se ha presentado. Un abuelo había constituido á su nieta una pensión anual de 1,500 fran-

¹ Aubry y Rau, t. V, pág. 224 y nota 9, pfo. 500. Casación, 31 de Marzo e 1846 (Dalloz. 1846, 1, 135).

DISPOSICIONES GENERALES.

225

cos; habiendo cambiado su posición tenía derecho de alimentos que la Corte estimó en 500 francos por año: decidió, en consecuencia, que el abuelo podía compensar su crédito alimenticio de 500 francos con la deuda dotal de 1,500 francos, lo que conducía á reducir la pensión á 1,000 francos. (1)

179. Las pensiones dotales presentan aún otra dificultad. Se pregunta si concluyen á la disolución del matrimonio. Hay que distinguir. Si el esposo dotado sobrevive, tiene derecho á la pensión, á no ser que haya sido expresamente limitada á la duración del matrimonio. Se diría en vano que la limitación es virtual, puesto que la dote está constituida para soportar los cargos del matrimonio. La respuesta es sencilla y perentoria: la destinación de la dote no es una carga propiamente dicha, y mucho menos una condición. La dote es una donación, y como tal, irrevocable. Si es una pensión, debe ser servida al donatario mientras viva. Esto se funda también en razón; la dote debe ayudar al donatario á soportar los cargos del matrimonio, y estos cargos no cesan después de la disolución del matrimonio; si pueden disminuir, también pueden aumentar, y no pasa con la dote lo que con una deuda por alimentos que está proporcionada á las necesidades; la dote es fija é invariable.

Acerca de este punto no hay ninguna duda; lo que es dudoso es el punto de saber si todavía debe pagarse la pensión después de muerto el esposo dotado. Creemos que es necesario distinguir, con la jurisprudencia, si el esposo dotado deja hijos ó no. Si hay hijos nacidos del matrimonio, la pensión debe ser pagada, porque está constituida en favor de éstos tanto como en provecho de sus padres. (2) La Corte de Lieja lo sentenció así. El supérstite de los esposos tiene e-

1 Burdeos, 24 de Abril de 1845 (*Dalloz*, 1845, 4, 20).

2 Lieja, 18 de Diciembre de 1851 (*Pascrisia*, 1854, 2, 254).

recho á la pensión, porque la dote es un bien que la mujer aportó al marido para ayudarle á subvenir los cargos del matrimonio; y cuando hay hijos, los cargos no cesan con la muerte de la mujer; subsistiendo éstos, la pensión debe también subsistir.

Fué sentenciado que la pensión se extingue si el esposo dotado muere sin hijos. En el caso, el padre había prometido servir la pensión durante su vida; la hija murió antes que el padre: La Corte de Bruselas sentenció que hayándose disuelto el matrimonio, la causa de la obligación había cesado, y que, por consiguiente, la obligación también se había extinguido. (1) El esposo supérstite no podía reclamar la pensión, pues no era para él como se había constituido, era para los cargos del matrimonio; es decir, la manutención de la mujer y de los hijos; y cesando estos cargos, la pensión no tenía ya razón de ser.

Resulta de esto que hay una gran diferencia entre la dote constituida en capital, y la dote constituida bajo forma de pensión. El capital de la dote se hace propiedad irrevocable del donatario; cae en la comunidad si el esposo es común en bienes, y pasa á sus herederos si el esposo está casado bajo el régimen dotal. El cónyuge del donatario, si hay comunidad, adquiere, pues, la mitad de la dote aunque no haya hijos del matrimonio; mientras que en esta hipótesis, pierde todo derecho á la pensión dotal. Esta diferencia se explica por la naturaleza de la prestación; una es irrevocable, y, en este sentido, perpétua; la otra es vitalicia como toda pensión, que sirve á la manutención del donatario.

§ III.—DE LOS RÉDITOS DE LA DOTE.

180. El art. 1,440, dice: "Los réditos de la dote corren desde el día del matrimonio, aunque haya plazo para el pago si no hay estipulación contraria." En el capítulo *Del Ré-*

¹ Bruselas, 9 de Mayo de 1835 (*Pasicrisia, 1835, 2, 193*).

DISPOSICIONES GENERALES.

227

gimen Dotal, hay una disposición idéntica; el art. 1,548 agrega lo que el art. 1,540 dice implícitamente, que los réditos corren de derecho pleno. En regla general, los intereses solo se deben desde el día de la demanda, excepto, dice el artículo 1,153, cuando la ley los hace correr de pleno derecho. Que los intereses corran en virtud de la ley es, pues, una excepción. Una de estas excepciones se encuentra en el artículo que acabamos de transcribir. ¿Cuál es la razón de ello? Los intereses substituyen á los daños y perjuicios, y los daños y perjuicios debidos por la mora suponen que ésta causa un perjuicio al acreedor; para que conste el perjuicio es para lo que la ley exige una demanda en justicia. En el caso de dote, una demanda ante la justicia y una convención serían inútiles; la destinación de la dote comprueba el perjuicio, en el sentido de que los esposos deben sopportar los cargos del matrimonio desde el momento en que se celebra su unión; la dote les es prometida para ayudarles á sopportar los cargos del matrimonio; si no se les paga inmediatamente, los esposos sufren una pérdida, puesto que debieron de sopportar los cargos sin tener el goce de la dote; este perjuicio debe ser reparado, de donde la obligación impuesta á los contrayentes de pagar los réditos de la dote.

181. Si se atiene uno á los motivos por los que los réditos de la dote corren de pleno derecho, debe decirse que la disposición es general y se aplica, por consiguiente, á todo género de dote. Se aplica, en efecto, á la dote constituida en cosas muebles ó inmuebles que producen frutos naturales ó civiles; mientras que por la cosa no entregada, el donante debe cuenta por los frutos que percibe el donatario.

Esto es, sin embargo, apartarse del texto; cuando la ley hace correr los intereses de pleno derecho, el deudor está obligado á pagar el interés legal de 5 $\frac{1}{2}$; los frutos que el donante percibe puede tener y tiene muy á menudo un valor

menor, pues los frutos no representan el interés legal. (1) ¿No deberá llevarse el asunto más allá y decidir que el donante debe el interés legal del capital de la cosa da la, estimándola en el valor que tiene cuando la donación? Así permanecería uno dentro de los términos de la ley.

En nuestro concepto, el mismo principio debe aplicarse al caso en que las cosas constituidas en dote no produzcan interés ni frutos. Tal sería un ajuar de casa que los constituyentes hubiesen prometido y que no entregasen. Se decide generalmente que esta dote no produce réditos de pleno derecho. (2) El texto de la ley que se invoca no dice esto; se le hace decir que las sumas dotales producen intereses de derecho pleno y que los frutos de los bienes dotales pertenezcan al donatario; mientras que la ley dice que los intereses de la dote corren de derecho pleno á partir del matrimonio, lo que supone el pago de una suma de dinero; esto resulta también de esta expresión "aunque el pago tenga plazo," pues no se estipula plazo para la entrega de un inmueble dotal. Así, la doctrina extiende el texto si se toma éste á la letra; desde luego no hay ningún motivo para no aplicarlo á todo género de dotes. Se dice que á los esposos toca pedir daños y perjuicios si el constituyente no entrega la cosa ofrecida. Contestarémos que, en el sistema de la ley, el donatario no está obligado á promover en justicia; por una parte, el daño queda comprobado por el solo hecho de no prestarse la dote; y por otra, la ley no quiso obligar á los hijos á promover contra sus padres.

182. Los arts. 1,440 y 1,548, agregan: "Si no hay estipulación contraria." Las partes contratantes están libres para derogar á la ley, puesto que se trata de una disposición de puro interés privado. Se necesita una *estipulación contraria*; ¿quiere esto decir que la derogación debe ser *ex-*

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 227, pfo. 500 (4.ª edición).

2 Rodière y Pont, t. I, pág. 102, núm. 128 y todos los autores.

DISPOSICIONES GENERALES.

219

presa? Nô, la palabra *estipulación* es sinónima de convención, y las convenciones pueden ser expresas ó tácitas. Pero no basta que haya un plazo convenido para el pago de la dote para que los intereses no corran. Los motivos por los que los intereses son debidos de derecho pleno existen cuando hay plazo, tanto como cuando no lo hay; es que los esposos debiendo soportar los cargos del matrimonio á partir de la celebración de su unión, tienen derecho al goce de la dote que les fué dada para soportar dichos cargos.

La aplicación de estos principios ha dado lugar á una leve dificultad. Se estipula en un contrato de matrimonio que la deuda será pagada en el plazo de cinco años, sin réditos. La deuda no fué pagada en el plazo convenido. Cuestión de saber si los constituyentes estaban obligados á pagar los intereses á partir de la época fijada para la exigibilidad. La Corte de Poitiers decidió que los intereses se debían de derecho pleno á partir de dicha época. (1) No vemos en esto la menor duda. La regla es que los intereses corren de derecho pleno, salvo excepción; luego desde que no se está en los términos de la excepción, se entra en la regla. Los intereses, en el caso, no eran debidos durante cinco años; al faltar este plazo, los intereses se debían en virtud de la ley. Se pudiera aún sostener que el interés debía correr para cada plazo estipulado para el pago; el capital debía ser pagado por quintos cada año, sin interés hasta el pago; luego desde que el primer plazo era vencido, se estaba fuera de la excepción y se entraba en la regla; así fué quizá como lo entendió la Corte; la redacción no está clara.

183. El art. 2,277 dice que los intereses de las sumas prestadas y todo cuanto es pagadero por año ó términos periódicos más cortos, prescriben en cinco años. Esta corta prescripción, ¿es aplicable á los intereses de la dote? La

1 Poitiers, 28 de Marzo de 1860 (Daloz, 1860, 2, 168).

afirmativa está generalmente admitida. (1) Como la decisión depende del sentido que se da á la regla del art. 2,277. aplazamos el exámen de la cuestión al título que es el sitio de la materia.

§ IV.—DE LA GARANTIA DE LA DOTE.

184 Segundo los términos del art. 1,440, la garantía de la dote es debida por *cualquiera persona* que la constituye. El art. 1,548 reproduce esta disposición en los términos siguientes: «Los que constituyen una dote están obligados á dar garantía por los objetos constituidos.» Esto es también una excepción al derecho común. La dote es una liberalidad, cuando menos por parte del constituyente; y, el donante no debe garantía (t. XII, núm. 387); esto es, pues, por excepción como impone la ley esta obligación á los que constituyen una dote. ¿Cuál es la razón de esta excepción? El matrimonio es contraido, no en vista de la dote, en este sentido que los esposos cuentan con ella para soportar los cargos del matrimonio; es, pues, necesario que les sea garantizada. Por otra parte, las partes que han en libertad para derogar á la ley.

185. La ley dice *cualquiera persona*. ¿Debe concluirse de esto que también la mujer está obligada á garantizar? La afirmativa es segura; solo que debe verse en qué sentido se presenta la cuestión. Bajo el régimen de la comunidad legal, todos los muebles de la mujer, presentes y futuros, son dotales; pero la mujer no debe garantía por este punto, pues es de principio que no se debe garantía para la universalidad. La ley lo dice para la venta de una heredad (artículo 1,696); con más razón debe ser así para las donaciones. Los inmuebles propios de la mujer son igualmente dotales en cuanto al usufructo; como se trata también de una

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 227 y nota 25, y las autoridades que citan.

universalidad de bienes, la garantía no es exigible. Si la mujer hiciera entrar en la comunidad unos inmuebles determinados, ¿deberá garantizar? Examinarémos la cuestión al tratar de la cláusula de la amobilidad. Bajo el régimen exclusivo de la comunidad; el usufructo de todos los bienes de la mujer es dotal, lo que excluye la garantía. Lo mismo pasa con los parafernales bajo el régimen dotal. En cuanto á los bienes dotales que la mujer se ha constituido, hay que distinguir: si la constitución tiene por objeto una generalidad de bienes, la mujer no debe garantía, mientras que es garante cuando se constituyen bienes particulares en dote. (1) Volverémos á hablar de los principios en el título *De la Venta*, que es el sitio de la materia.

186. ¿A quién debe darse la garantía? Los arts. 1,440 y 1,547 dicen en términos absolutos que debe darse garantía; luego debe darse á aquellos en cuyo interés se constituye la dote; es decir, al marido y á la mujer. Se le debe dar ante todo al marido, porque recibe la dote para soportar los cargos del matrimonio; es decir, á título oneroso; hé aquí por qué tiene derecho á la garantía cuando no se le entrega una cosa que la mujer le constituyó en dote. La garantía se debe á la mujer cuando ella es donataria; la ley no distingue, y no hay lugar á distinguir, pues ambos esposos deben contribuir á los cargos del matrimonio. Pero si se debe dar garantía al marido y á la mujer, ésta difiere en su objeto y en sus efectos con relación al uno y al otro. Generalmente queda la mujer propietaria, y el marido tiene el usufructo de la dote; la mujer está, pues, privada de la propiedad y el marido del usufructo; es en estos límites como tienen el derecho de promover, puesto que su acción tiende á ser indemnizados por la pérdida que sufren. (2)

187. ¿Cuándo puede ejercerse la acción por garantía? Re-

1 Rodière y Pont, t. I, pág. 99, núm. 124.

2 Duranton, t. XV, pág. 444, núm. 374. Rodière y Pont, t. I, pág. 92, número 112

gularmente durante el matrimonio; nace desde que la evicción tiene lugar, y desde aquel momento el marido y la mujer pueden promover. Puede también formularse después de la disolución del matrimonio; cuando hay hijos, la cosa no es dudosa, puesto que el cargo continúa. Aunque no hubiere hijos, no por eso se debe menos la garantía: se debe por esto solo que el contrato está reputado á título oneroso. Tal es la dote. Luego en cualquiera época que tenga lugar la evicción, el propietario de la cosa puede promover por garantía. ¿Quién es propietario? Esto depende de las convenciones matrimoniales; ordinariamente es la mujer. Los herederos de los esposos pueden ejercer la garantía sin que haya que distinguir entre herederos directos y colaterales; la razón es que la cosa está transmitida á los herederos con los derechos que á ella se ligan; luego con el de garantía. (1)

188. ¿Cuál es la extensión de la garantía? Domat pone el principio en estos términos: "Los que constituyen una dote están obligados á la garantía de los fondos dados, de los créditos cedidos y de las demás cosas, según está convenido ó según las reglas de la garantía que deben los que venden ó transmiten." Por transmisión Domat entiende la cesión ó la donación de créditos. Es raro que haya convenciones relativas á la garantía; es, pues, según las reglas establecidas en el título *De la Venta*, como se decidirán las cuestiones que hacen nacer la garantía. No es aquí el lugar de tratar de esta materia. Nos limitarémos á observar que si la garantía es idéntica en la donación y en la venta, hay, sin embargo, diferencias; provienen de que en la venta hay un precio, mientras que el donante no recibe ninguno. De esto resulta que las reglas de la venta que suponen un precio no reciben aplicación á la dote ó no pueden ser aplicadas sino por analogía. Tal es el art. 1,633: "Si la cosa vendida ha au-

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 228, notas 29 y 30, pfo. 500.

DISPOSICIONES GENERALES.

235

mentado de valor en la época de la evicción, independientemente del hecho del adquirente, el vendedor está obligado á pagarle lo que vale más del precio de venta. Y si la cosa vendida ha disminuido de valor, no por eso deja de estar obligado á restituir la totalidad del precio (art. 1,631).¹¹ ¿Cuál es el valor que deberá restituir el donante? El donatario tiene derecho á la reparación de la pérdida que sufre; es, pues, el valor de la cosa cuando la evicción, lo que puede reclamar. Si se trata de un crédito debe aplicarse el artículo 1,693, según los términos del cual el vendedor solo está obligado á garantizar la existencia del crédito cuando la transmisión solo responde de la solvencia del deudor cuando expresamente se ha obligado á ello (art. 1,694). Con más razón debe suceder así con el donante. ¿Cuál será el monto de la indemnización si el crédito dado no existe? Es de principio que el vendedor restituya el precio y los daños y perjuicios. Por analogía, debe decidirse que el donante deberá restituir el monto del crédito en los límites de lo que el donatario hubiese cobrado, pues esta es la pérdida que éste sufre. (1)

¹¹ Radiére y Pont, t. I, pág. 94, núms. 115, 116. Aubry y Rau, t. V, página 229, y notas 31 y 32; pf. 500.

CAPITULO II.

DEL REGIMEN DE LA COMUNIDAD.

§ I.—*QUÉ ES LA COMUNIDAD?*

189. La comunidad es una sociedad universal de bienes que se forma entre el marido y la mujer, sea por efecto de ley, sea por el de convenciones matrimoniales.

La palabra comunidad es también empleada en otros sentidos, pero que siempre se relaciona á la idea de una sociedad de bienes entre el hombre y la mujer. Así, se dice, que la comunidad designa á menudo á los mismos esposos, en tanto que son comunes en bienes. En este sentido se dice que la comunidad son los mismos esposos considerados como socios. Pues la comunidad no es una persona civil que posea, que sea acreedora ó deudora; son los esposos quienes ponen una parte de sus bienes en común y que, por razón de esta sociedad, son acreedores ó deudores en lo que se refiere al patrimonio que les queda propio.

Se entiende algunas veces por comunidad el fondo social que es común entre los esposos. En este sentido se habla de un activo y de un pasivo de la comunidad. Pero no se conciben fondos sociales sin una sociedad de bienes, y esta sociedad son los esposos asociados. ¿Quién es deudor y quién propietario? Los esposos; es, pues, á ellos como socios á quie-

nes pertenece el activo; es, también como socios como responden por el pasivo.

En fin, se entiende por comunidad el hecho de la asociación de los esposos. En este sentido se dice que la comunidad comienza el día del matrimonio, y que se disuelve por la muerte, el divorcio, la separación de cuerpos y la separación de bienes. Pero este hecho de la asociación, ¿no será la sociedad misma; es decir, los esposos? Estos comienzan á ser asociados desde que se unen en matrimonio; dejan de serlo cuando la unión conyugal cesa, ya en cuanto á las personas, ya en cuanto á los bienes. (1)

190. La comunidad es una sociedad universal, pero no comprende todos los bienes de los esposos; la fortuna inmobiliar se excluye, solo entra lo mueble en ella. Bajo el punto de vista de la teoría, no se entiende esta composición arbitraria del fondo social. La extensión de la sociedad variará según que la fortuna de los esposos sea mobiliar ó inmobiliar; hoy que la riqueza mobiliar toma una importancia más y más creciente, la comunidad puede comprender toda la fortuna de los esposos, mientras que en el derecho antiguo y en la época en que la comunidad se ha formado, no comprendía casi nada. ¿Qué eran en el siglo XII los valores mobiliarios? Se reducían á una pequeña colección de muebles; no se sabía lo que son acciones y obligaciones, la industria y el comercio eran casi nulos. Aun en el principio de nuestra época moderna, la riqueza mobiliar tenía tan poca importancia que los jurisconsultos decían: *Vilis mobilium possit sio.*¹ La posesión de las cosas muebles era reputada como vil, no solo porque tuviera poco valor, sino también porque el comercio y la industria eran despreciados por las clases dominantes. Había en este desprecio un orgullo aristocrático. El espíritu de familia es uno de los rasgos carac-

1 Comparese Aubry y Rau, t. V, pág. 277, nota 1, pfo. 505. Colmet de Sante, t. VI, pág. 40, núm. 18 bis I.

terísticos del antiguo derecho. Todo se refería á ello; se cuidaba con celo que los bienes inmuebles quedasen en el patrimonio de las familias. En este orden de ideas no se hubiera entendido que la fortuna inmueble de los esposos entrase en su comunidad, puesto que esto hubiera sido transmitir los inmuebles de una á otra familia. Si se hacia entrar en ella á los muebles, era por razón de su valor ínfimo.

Fué bajo la influencia de este estado social como se formó la comunidad. Se excluye de ella á los inmuebles, no entran en la comunidad sino para el goce. Los muebles solo componen la comunidad con los frutos y las adquisiciones. Los sentimientos y las preocupaciones que explican la composición de la comunidad están ya lejos de nosotros: nadie diría hoy que la posesión de los muebles es cosa vil, y ya no tenemos nada del orgullo aristocrático que pretendía dar á la nobleza la solidez y perpetuidad del suelo. La ola democrática todo lo arrolla, la industria y el comercio son los que dominan; es decir, la riqueza mobiliar. No tenemos tanto apego á los inmuebles. Nuestras leyes ignoran la máxima: *Paterna paternis*; y, en nuestras costumbres, preferimos los valores que siempre suben y producen réditos crecientes á unos inmuebles cuyo valor también aumenta, pero que dan un rédito insuficiente para necesidades ilimitadas.

191. El estado social habiendo cambiado, ¿cómo se hace que el derecho del siglo XII haya permanecido? El derecho es una ciencia tradicional, las costumbres, sobre todo, son tenaces, sobreviven á las necesidades, á las ideas y á los sentimientos que les dieran nacimiento. Cuando se discutió el Código, la comunidad, tal cual se formó en la edad media, había entrado en nuestras costumbres; el legislador no quiso desquiciar costumbres que tenían raíces seculares, y se limitó á escribir el derecho. Sin embargo, se salía apenas de una revolución que había destruido lo pasado é inaugurado una era nueva. Los hombres de 1789 deliberaban en con-

sejo de Estado. La comunidad tradicional les chocaba. Propusieron reemplazarla, uno por la comunidad universal, y otro por la comunidad de gananciales.

La comunidad universal tiene atractivo para los hombres de teoría, es el sistema más lógico. ¿Qué se dice para justificar la comunidad legal y darle la preferencia al régimen dotal? Se repite con Pothier que la sociedad de bienes que se forma entre esposos es una consecuencia de la unión de las personas. (1) Y esta unión es absoluta. Se cita la bella definición que el jurisconsulto Modestin da del matrimonio: "Es la unión del hombre y de la mujer, es la comunidad de la vida entera, es la comunicación del derecho divino y del derecho humano." Se citan las palabras profundas de uno de los padres de la Iglesia; Tertuliano dice que los esposos "son dos en una misma carne, y donde hay una misma carne hay también un mismo espíritu." (2) Esta identificación de las personas debe conducir á identificar sus intereses. Si se quiere ser consecuente con el principio en que descansa la comunidad, hay que hacerla universal. Berenger lo propuso así al consejo de Estado. Encontraba grandes ventajas en la comunidad universal bajo el punto de vista económico. Es el sistema más sencillo, el que evita todo abuso y fraude; da al marido todo el crédito que puede darle la fortuna de su mujer. Si la comunidad limitada de las costumbres, favorece la prosperidad de las familias y, por consiguiente, la riqueza pública, con más razón sucederá así con la comunidad universal. La proposición no encontró ningún apoyo. Tronchet la combatió y no volvió á ocuparse de ella. Cuidémonos, dijo Tronchet de romper con las costumbres; la comunidad tradicional que el Código consagra, las respeta. Esta comunidad limitada corresponde al deseo de las familias. No gustamos que nuestros bienes pasen á familias

1 Pothier, *Tratado de la comunidad*, núm. 2.

2 Rodière y Pont citan aún otros testimonios, t. I, pág. 264, núm. 339.

extrañas. Los que no tienen estas repugnancias pueden hacer convenciones en consecuencia; pero la ley no debe imponer á los ciudadanos como derecho común, una regla que les repugna. (1) Los hechos han dado razón á Tronchet. Hay teóricos que prefieren la comunidad universal, (2) pero la práctica la ignora. Apenas si en 200 contratos de matrimonio hay uno que estipula la comunidad universal, (3) lo que prueba que este régimen no está en armonía con los sentimientos generales. Esto es decisivo para el legislador. Se trata de convenciones, y en esta materia el legislador solo procura ver lo que quieren las partes. ¿Establecería como siendo su voluntad un régimen que no quiere la inmensa mayoría? Si hay países en los que la comunidad universal ha sido adoptada como derecho común, esto se liga, sin duda, á causas particulares. No tenemos ninguna razón para imitar lo que no está en nuestras costumbres.

192. Maleville hizo una proposición en sentido contrario, reduciendo la comunidad á las gananciales: lo que dejaba la fortuna mueble en propio á los esposos, tanto como su fortuna inmueble. No le faltaban buenas razones. Se dice que los bienes de los esposos deben ser comunes como sus sentimientos y sus ideas. Nada hay más verdadero. Pero la vida común comienza con el matrimonio; que los trabajos de los esposos sean comunes y que las utilidades se repartan entre los socios, basta para identificar los intereses así como los efectos. Esto basta también para interesar á la mujer en los negocios del marido y en la prosperidad de la familia. ¿Pero dónde está la necesidad de comunicar al cónyuge la fortuna mobiliar que uno de los esposos posee, cuando el otro no puede poseer nada ó solo tener inmuebles? Desde que la fortuna de los esposos no es igual, la comunidad le-

1 Sesión del consejo de Estado del 13 vendimiaro, año XII, núm. 5 (Locré t. VI, pág. 353).

2 Aubry y Rau, t. V, págs. 215 y siguientes, pfo. 497.

3 Rodière y Pont, t. I, pág. 268, núm. 343.

gal consagra una desigualdad; luego una injusticia. Si los inmuebles quedan en propios á los esposos, lo mismo debe suceder con los valores mobiliarios, puesto que la fortuna tiende de más á más á volverse mobiliar. Debe respetarse la tradición mientras está en armonía con las costumbres; pero es cosa absurda inmovilizar costumbres del siglo XII, cuando nada queda del estado social que les dió nacimiento. (1)

Los hechos han dado razón á Maleville; puede decirse que la comunidad de gananciales, más ó menos modificada, ha llegado á ser el régimen de todos los que hacen un contrato de matrimonio. (2) ¿Por qué no fué acogida su proposición por el consejo de Estado? Fué sobre todo por razón de las dificultades prácticas que presenta la comunidad de gananciales. Los muebles presentes y futuros se excluyen de él; hay, pues, que hacer constar su consistencia y valor mediante actas auténticas, esto es multiplicar las formas y los gastos; y es justamente para evitar gastos por lo que se casan muchos sin contrato. Que si la ley permitiera á los esposos probar la consistencia y valor de los muebles, habría dificultades y, por consiguiente, litigios en la liquidación de todas la comunidades. Se teme la desigualdad bajo el régimen de la comunidad legal; esto es olvidar que los futuros esposos que poseen bienes tienen buen cuidado de hacer un contrato de matrimonio con el fin de mantener la igualdad entre ellos. Estas observaciones hechas por Tronchet y reproducidas por Berlier en la Exposición de los motivos, (3) son graves y, en nuestro concepto, decisivas; las mejores leyes no son las que están en armonía con los principios, son las que evitan los procesos, dejando por lo demás, á las partes contratantes, una entera libertad para arre-

1 Sesión del consejo de Estado del 13 vendimiaro, año XII, núm 5 (Locré, t. VI, pág. 351).

2 Compárese Duranton, t. XIV, pág. 88, núm. 78.

3 Berlier, *Exposición de los motivos*, núm. 13 (Locré, t. VI, pág. 393).

glar sus intereses como gusten. La comunidad tradicional, cualquiera que sean los reproches que se le hagan, conserva, pues, su razón de ser.

§ II.—DE LA COMUNIDAD CONSIDERADA COMO SOCIEDAD
DE BIENES.

193. La comunidad es una sociedad de bienes, pero una sociedad que descansa en principios enteramente particulares y contrarios en muchos puntos al derecho común. Una de las reglas fundamentales de la sociedad ordinaria es la igualdad (art. 1,859) En la comunidad es la desigualdad la que domina. Las costumbres formulaban este principio en términos altaneros; calificaban al marido de señor y dueño. Nuestro Código no reproduce esta calificación que recuerda el orgullo de la aristocracia, pero, excepto algunas modificaciones, consagra el sistema tradicional: "El marido administra solo los bienes de la comunidad. Puede vender, enajenar e hipotecar *sin el concurso de la mujer*" (artículo 1,421). El marido obliga á la comunidad aun con sus delitos. En cuanto á la mujer común, no interviene en ningún acto, ni puede oponerse á ninguno, por ruinoso que sea para los comunes intereses. La ley limita solo el poder del marido en lo que concierne á las actas á título gratuito. Para las actas á título oneroso, sigue siendo lo que era en el derecho antiguo, señor y dueño.

Pothier nos dice la razón de esta subordinación de la mujer. El marido ejerce el poder marital, la mujer le debe obediencia; y la sociedad de bienes es una consecuencia, una imagen de la sociedad de personas: Jefe de una, el marido tiene que ser el jefe de la otra. No tenemos para qué justificar aquí el principio del poder marital; éste siendo admitido, la organización de la comunidad procede de él por vía de consecuencia.

194. El poder casi absoluto que la ley reconoce al mari-

do en los bienes de la comunidad, ha dado lugar á una singular cuestión. ¿Puede considerarse como sociedad á una convención que da al marido todos los derechos y ninguno á la mujer? Esto es más bien una sociedad leonina, se dice, es la negación de la sociedad. El más profundo de nuestros jurisconsultos antiguos expresa este pensamiento en su estilo lapidario: "Nó, *la mujer no es socio*, dice Dumoulin, *espera serlo.*" (1) Pothier dice poco más ó menos la misma cosa, aunque en términos más medidos: "Durante la comunidad, el marido está reputado de *alguna manera como señor y dueño absoluto de los bienes que la componen*. El derecho que en ella tiene la mujer solo se considera como un derecho informe, que se reduce á partir un día los bienes que la compondrán cuando la disolución." (2) Toullier ha tomado estas palabras al pie de la letra, y concluye de ellas que la comunidad solo comienza á existir cuando se disuelve, se entiende si la mujer acepta, pues si la renuncia, no hay ni hubo nunca comunidad. Creemos inútil refutar este error, ó esta paradoja. El mismo Toullier se encarga de este cuidado, puesto que confiesa que los textos están contrarios á su opinión; mala redacción, dice, que es necesario enmendar; lo que equivale á decir, como lo observa el comentador de Toullier, que muchos textos dicen lo contrario de lo que se halla en ellos. Esto no es serio, y no discutimos las chanzas. Se entiende que Toullier ha quedado solo con su opinión. Todos los autores la combaten, y verdaderamente no vale la pena. Un solo autor, y uno de los mejores jurisconsultos, Championnière, ha definido la paradoja de Toullier. (3) Pero como no da argumentos nuevos en apoyo de una causa insos-

1. "Non, est propre socia, sed speratur fore" (*Costumbre de París*, pfo. 57, número 2).

2. Pothier, *De la comunidad*, núm. 3.

3. Toullier, t. VI, 2, pág. 77, núms. 80 y 81. Championnière, y Rigaud, t. IV, pág. 6, núms. 2,835 y 2,836.

tenible, creemos inútil volver en un debate que concluyó ya hace tiempo.

Nos conformarémos con rectificar los hechos que las paradojas alteran siempre más ó menos. ¿Será verdad que en la opinión de Dumoulin y de Pothier no haya comunidad? La mujer está excluida de la gestión de los intereses comunes, pero estos intereses no por eso dejan de ser comunes. Así, Dumoulin no dice que no hay comunidad, sólo dice que la mujer no tiene los derechos de un verdadero socio, y Pothier ni siquiera repite con las costumbres que el marido es el señor y dueño, se limita á decir que lo es de *alguna manera*. ¿Por qué estas restricciones? Es que la mujer es realmente copropietaria. Los autores antiguos lo dicen con todas sus letras. Escuchemos á Lauriere: "Si el marido es el señor de los muebles y de las gananciales inmuebles, no es propietario de ellos si no es por solo la mitad; y si puede vender, enajenar é hipotecar, no es sino porque tiene su libre administración, en calidad de jefe de la comunidad." (1)

Tales son los verdaderos principios del derecho antiguo: los esposos son asociados, pero socios desiguales. El Código Civil va más allá. Ya no da al marido la calificación de señor y dueño; no le conserva el poder ilimitado que tenía en las costumbres; en principio, el marido no puede ya disponer á título gratuito. Debe, pues, decirse que bajo el imperio del Código, el marido es señor y dueño cuando se trata de actas onerosas; ya no lo es cuando se trata de actas á título gratuito. ¿Y por qué no lo es? Porque la mujer es socio copropietario; y no se asocia uno para perder, sino para ganar. ¿Qué importa que pueda el marido abusar de su poder administrativo? La ley da á la mujer muchos privilegios por razón del poder que ella concede al marido. La mujer puede pedir la separación de bienes; es decir, la di-

1 Véanse los testimonios en Aubry y Rau, t. V, pág. 278, nota 4, pfo. 505.

solución de una sociedad que amenaza serle fatal; el marido no tiene este derecho. La mujer puede renunciar á la comunidad cuando no es ventajosa; el marido no puede hacerlo. ¿Se dirá que, en caso de renuncia, nunca hubo comunidad? Se dice así generalmente, pero esto es demasiado absoluto. Si nunca hubiese habido comunidad, la mujer podía recoger los muebles que por su parte han entrado en ésta, mientras que la mujer que renuncia pierde todo derecho á los muebles; prueba de que hubo sociedad, y sociedad desgraciada. La mujer puede también aceptar, y si hace inventario, gozará del beneficio de emolumento. Goza de él, no como heredera en virtud de una declaración, sino en calidad de mujer común, de socio, pero de socio desigual, subordinada. Lo mismo pasa con los privilegios que la ley le concede para el ejercicio de sus devoluciones. Todas estas disposiciones son la consecuencia de un solo y mismo principio que domina toda la materia de la comunidad: la mujer es socio, pero estando excluida de la administración, no es justo que sufra un perjuicio por la mala gestión de su marido.

195. El principio de la desigualdad no es el único que distingue á la comunidad de las demás sociedades. La ley favorece las convenciones matrimoniales; luego también el contrato de matrimonio tácito que se llama la comunidad legal. En las sociedades ordinarias, el legislador mantiene la prohibición de los pactos sucesorios (art. 1,837). Los futuros esposos pueden estipular una comunidad universal; sus convenciones, en este caso, abarcan todas las sucesiones que tendrán los esposos (art. 1,526). Aunque limitada á la fortuna mobiliar, la comunidad legal contiene también un pacto sucesorio, puesto que implica la estipulación tácita de que las sucesiones mobiliarias entrarán en el activo de la sociedad formada por los esposos. El art. 1,855 prohíbe á uno de los socios substrair la parte de uno de ellos á contribuir á las pérdidas. Los esposos al contrario, pueden conve-

nir que la comunidad entera pertenecerá al supérstite ó á uno de ellos solamente (art. 1,520); pueden también estipular que la mujer tendrá derecho para recoger lo aportado por ella, renunciando sin estar obligada á soportar su parte en las deudas de la comunidad (art. 1,514).

Por otra parte, los esposos no pueden consentir ciertas convenciones que se permiten á los asociados. Las convenciones matrimoniales, tácitas ó expresas, son irrevocables; mientras que los asociados, por consentimiento mútuo, pueden modificar sus convenciones como gusten. Según los términos del art. 1,399, la comunidad comienza el día del matrimonio, y no se puede estipular que comenzará en otra época; los asociados conservan á este respecto una entera libertad. La comunidad solo fenece por la muerte, el divorcio ó la separación de cuerpos ó de bienes; los asociados pueden terminar su sociedad cuando quieran.

196. De esto resulta un principio que la Corte de Casación de Bélgica tuvo ocasión de consagrar. La comunidad, siendo una sociedad, se pudiera creer que se le deben aplicar las reglas que rigen á la sociedad en general. Pero esto supone que la comunidad es la especie cuyo género es la sociedad, en otros términos, que la comunidad es una de las sociedades cuyas reglas están trazadas en el título que contiene el Código acerca del contrato. La clasificación del Código demuestra que esta suposición no es exacta. El Código contiene un título aparte acerca del contrato de matrimonio, en que se trata especialmente de la comunidad; esta es, pues, una convención especial regida por principios especiales. La Corte de Casación ha deducido de esto esta consecuencia que no se puede ocurrir al título *De la Sociedad* para interpretar las estipulaciones de un contrato de matrimonio. (1) Las diferencias esenciales que acabamos de señalar entre la comunidad y las sociedades ordinarias, vie-

1 Denegada, 3 de Julio de 1846 (*Pasicrisia*, 1847, 1, 16).

nen en apoyo de esta decisión. No se puede argüir por vía de principio de consecuencia, cuando hay principios diferentes.

197. Esto no quiere decir que no existan analogías entre la comunidad y la sociedad ordinaria. Se pregunta si la comunidad es una persona civil; es decir, uno de estos seres ficticios que crea la ley y á los que permite ejercer ciertos derechos, especialmente los de poseer, adquirir, estipular, prometer y promover en justicia. La cuestión está controvertida y tiene sus dificultades. Si se admite que las sociedades civiles ordinarias son personas morales, sería difícil no reconocer el mismo carácter á la comunidad, pues á este respecto, la analogía es segura. Dirémos en el título *De la Sociedad*, que las asociaciones civiles no son personas civiles, lo que prejuzga la cuestión para la comunidad. Aquí nos limitaremos á algunas consideraciones particulares á la sociedad entre esposos.

Cosa notable, los autores antiguos ni siquiera discuten la cuestión. No podían considerar á la comunidad como una persona civil, puesto que las costumbres establecían un principio que es incompatible con la personificación de la comunidad: el marido, siendo señor y dueño de la sociedad de bienes formada entre los esposos, no se concibe que haya junto á él, ó mejor dicho, sobre él, un sér ficticio de que el marido solo sería el agente. Excepto algunas restricciones, el principio de las costumbres es todavía el nuestro. La ley dice que el marido administra solo la comunidad; no hay en nuestros textos una sola palabra de la que pueda inducirse que el marido solo fuera el administrador de un cuerpo moral. El es quien enajena los bienes comunes con un poder absoluto; él es, pues, propietario y, lo repetimos, nada señala que los bienes pertenezcan á un sér ficticio. Hay, al contrario, principios aceptados por todos los que rechazan esta ficción. Se distingue el patrimonio de la comunidad, del pa-

trrimonio que es propio á los esposos. La comunidad, teniendo un activo y un pasivo, se pudiera creer que forma una persona diferente de los esposos. Pero esta ficción es incompatible con el poder que la ley reconoce al marido. El es propietario de la comunidad, propietario de sus bienes propios: ¿es que estos dos patrimonios son distintos en cuanto al marido, de manera que las deudas de uno no reportan en el otro? Nō, ambos patrimonios solo hacen uno. De ahí las reglas fundamentales del régimen communal: cualquiera deuda del marido es una deuda de la comunidad, y toda deuda de la comunidad es una deuda del marido. Estas reglas son la negación de la personificación de la comunidad. Si ésta la formase una persona civil, debiera decirse que las deudas de esta persona son extrañas al marido y que las deudas del marido son extrañas á la comunidad. En el sistema del Código, la personificación de la comunidad no se concibe, implica un absurdo. Los bienes del marido y los bienes comunes hacen un solo y mismo patrimonio que el marido gira como señor y dueño. ¿Que se haría este poder del marido en la suposición de que la comunidad fuera una persona civil? No solo el marido no sería ya señor y dueño de los bienes comunes, pero ni siquiera lo sería de sus bienes propios; estos bienes confundiéndose con los de la comunidad, resultaría esta extraña consecuencia, que el marido estaría despojado de sus propios y que solo los giraría como agente de una persona moral que absolvería los derechos del marido como jefe y sus derechos como propietario.

Para admitir tan monstruosa ficción, se necesitarían textos muy terminantes. En primer lugar, sería una derogación grave al derecho antiguo y no pudiera admitirse que el legislador la consagrarse expresamente. Y ni los trabajos preparatorios ni el texto señalan la intención de innovar; los autores del Código se han limitado, en esta materia, á consagrar la tradición. Esto es decisivo. Hay otra considera-

ción igualmente decisiva. Es de principio que solo la ley puede crear las personas civiles. Esto no quiere decir que las personas civiles solo existen cuando la ley las admite con este título. La palabra *persona civil* pertenece á la doctrina, la ley la ignora, aunque admite la existencia de estas personas ficticias (t. I, núm. 291). Pero se necesita cuando menos que la ley reconozca á un sér moral una existencia jurídica dándole derechos que impliquen la personificación. La cuestión es, pues, esta: ¿Las disposiciones del Código concernientes á la comunidad, implican necesariamente la idea de una persona civil? Decimos *necesariamente*, pues la ley no crea seres ficticios sino cuando está obligada por la necesidad. Basta, pues, que se pueda explicar las disposiciones del Código acerca de la comunidad, para que se deba desechar esta hipótesis. En este sentido se puede decir: No hay persona civil sin texto.

Los autores antiguos nunca pensaron en la idea de una personificación para explicar los principios que rigen á la comunidad. Y lo mismo pasa con la mayor parte de los autores modernos. Esto es decisivo. Hay que decir que la ley ignora esta pretendida persona civil; luego no existe. El Código habla de un activo y de un pasivo de la comunidad, y de un patrimonio activo y pasivo propio á cada uno de los esposos. ¿Querrá esto decir que los esposos formen dos personas, poseyendo, adquiriendo, estipulando y prometiendo, la comunidad debe también ser una persona, puesto que la ley le atribuye ciertos bienes y que habla de las ganancias de la comunidad, de sus deudas y créditos? Hay otra explicación que hace inútil la ficción. Cualquiera sociedad tiene un activo y un pasivo; sin embargo, todas las sociedades no son personas civiles; los socios son los que poseen y contratan. Tal es también la posición de los esposos; ponen en común sus muebles, los frutos de sus propios, sus economías y las adquisiciones que hacen con sus ahorros; ellos

son los que adquieren y poseen. Y en la teoría tradicional, debe agregarse que, durante la comunidad, solo el marido está considerado como propietario de lo que forma el activo social; solo él es acreedor, y solo él es deudor. ¿A qué, pues, la ficción de una persona moral para explicar una situación que se explica sin ficción alguna? (1)

La cuestión muy discutida por los autores, presenta muy poco interés práctico. Aun aquellos que sostienen que la comunidad es una persona civil, están obligados á confesar que la persona civil se manifiesta más raramente en la comunidad que en las demás sociedades. (2)

Esto equivale á decir que lo más de las veces la cuestión de saber si la comunidad es una persona civil es indiferente. ¿En dónde está, pues, la necesidad de crear una persona ficticia? Volveremos á esta cuestión al examinar las pocas dificultades que presenta. La jurisprudencia, que gusta poco de teorías, se ha atenido á la realidad de las cosas. Trop long pretende que la idea de un cuerpo moral se encuentra en muchas sentencias. El lenguaje se presta para esta confusión, puesto que nuestras leyes y, por consiguiente, las sentencias, citan siempre á la comunidad y no á los esposos comunes en bienes. Pero cuando la dificultad se ha presentado ante la Corte de Casación, ésta no titubeó en decidir como lo hemos hecho. El recurso pretendía que la comunidad constituía una persona civil, distinta de ambos esposos, poseyendo un activo afecto á las deudas adquiridas durante el matrimonio; de esto concluía que el activo social no se hacía la prenda de los demás acreedores, sino después del entero pago de las deudas comunes. La Corte contestó que la ley no reconoce en la comunidad á una persona civil que esté separada de los cónyuges entre los que está formada. En efecto, dice la sentencia, el marido constituido sobera-

¹ Esta es la opinión de la mayor parte de los autores. Véanse los fuentes en Aubry y Rau t. V, pág. 277, nota 2, pfc. 506.

² Trolon, t. I, pág. 150 núm. 319.

no, administrador y dueño, absorbe á la comunidad mientras dura en su persona; todos aquellos con quienes obra, litiga, sea demandando, sea defendiendo, y contrae en virtud del pleno derecho y libre disposición que le pertenecen, solo á él conocen. ¿Quién pensó nunca en intentar una acción en nombre de la comunidad, ó en hacerla figurar como tal en un contrato? La personalidad del marido es la única que aparece, lo que excluye la idea de una persona ficticia; ¿pudiera haber lugar para la ficción cuando todo está llenado con la realidad? (1)

§ III.—COMUNIDAD LEGAL Y CONVENCIONAL.

198. La comunidad es legal ó convencional. Según los términos del art. 1,400, la comunidad que se establece por simple declaración de casarse bajo el régimen dotal, á falta de contrato, está sometida á las reglas explicadas en las seis secciones que siguen. Así, la comunidad legal existe en dos casos: primero á falta de contrato, y luego cuando los esposos hacen un contrato de matrimonio en el que estipulan sencillamente que se casan bajo el régimen de la comunidad. Hay, pues, comunidad legal aunque los esposos hagan un contrato. La ley pone en la misma línea á la comunidad estipulada por contrato y á la comunidad que existe á falta de contrato. Esto implica que la comunidad legal es en realidad una con unidad convencional, en el sentido de que resulta de un contrato expreso ó tácito. Volveremos á ocuparnos de este punto.

¿Qué es, pues, la comunidad convencional en el lenguaje del Código? Es la comunidad legal modificada por las convenciones de las partes contratantes. El art. 1,497 dice que "los esposos pueden modificar la comunidad legal, me-

1 Denegado, Sala Civil, 18 de Abril de 1860 (Daloz, 1860, 1, 185).

P. de D. TOMO XXI—32.

diante toda clase de convenciones, no contrarias á los artículos 1,387, 1,388, 1,389 y 1,390.. La ley prevee las más usadas de estas modificaciones, y agrega en el final del artículo 1,528, que la comunidad convencional queda sometida á las reglas de la comunidad legal para todos los casos en que no se ha derogado en el contrato. La comunidad solo es, pues, convencional cuando deroga á la comunidad legal.

199. Decimos que la comunidad legal es una comunidad convencional, en el sentido de que está fundada en una convención. Esto es evidente cuando los esposos hacen un contrato por el que estipulan el régimen de la comunidad; el artículo 1,400 califica esta convención de comunidad legal, porque los esposos adoptan este régimen sin modificación. El art. 1,400 pone en una misma línea la comunidad que existe cuando los esposos no hacen contrato; esta es, pues, igualmente una comunidad convencional, puesto que resulta de la convención tácita de los esposos. Esto se funda también en la razón. El régimen de la comunidad, como todo régimen, es un contrato, es lo que la ley llama convenciones matrimoniales (arts. 1,387, 1,393 y 1,394), y no se conciben convenciones sin concurso de consentimiento.

La comunidad legal no es, pues, una comunidad que la ley imponga á las partes; esto no tendría sentido, pues la ley comienza por decir que los esposos pueden hacer las convenciones que gusten; el art. 1,387 agrega que la ley no rige á la asociación conyugal en cuanto á los bienes, sino á falta de convenciones especiales. La ley rige, no como regla impuesta, sino como regla consentida tácitamente; establece la regla para dispensar á los que quieren someterse al régimen de la comunidad, el tener que hacer un contrato notariado; al no hacer acta ante notario, las partes adoptan implícitamente el régimen de derecho común; es por voluntad propia como se han sometido á él, pues de ellas depende hacer lo contrario. Insistimos en este principio elemen-

tal porque nos va á servir para decidir cuestiones controvertidas.

Se ha contestado el principio. Odier dice que la comunidad legal no resulta de una convención presumida de las partes, que está establecida solo por la fuerza de la ley; declara que coloca á la ley, expresión de la voluntad general, muy por encima de la presunta expresión de la voluntad de dos particulares. (1) Hay inexactitud y confusión en estas palabras. Desde luego, no puede tratarse de una convención *presumida*; la ley no presume nunca, y no puede presumir una convención, puesto que es de la esencia de las convenciones el descargar en el consentimiento, y solo pueden consentir las partes. Otra cosa es la convención tácita, puesto que se puede consentir tácitamente. Que la ley, como voluntad general, esté por encima de las leyes particulares que se llaman contrato, esto es de evidencia; pero la cuestión está en saber si la ley puede intervenir para imponer una convención á los esposos. El art. 1,387 dice lo contrario; pone la libertad de las partes por encima de la ley: lo que es la regla en materia de contratos; la ley prevee solo que las partes quieren, pero les permite querer otra cosa, y basta que manifiesten su voluntad para que deje la ley de tener efecto.

Dumoulin, y después de él Pothier, han establecido estos principios con tanta evidencia que es extraño que aun se pongan en duda. Aunque la comunidad esté denominada *legal*, dice Dumoulin, no es, sin embargo, la ley la que está en causa inmediata; no está formada, dice, *vi ipsius consuetudinis immediate et in se*. La causa inmediata que produce y establece esta comunidad es una convención que no es, en verdad, expresa y terminante, pero que es virtual é implícita; las partes al casarse, cuando no se han explicado acerca de sus convenciones matrimoniales, están como ha-

1 Odier, t. I, pág. 48, núm 37.

biendo tácitamente convenido en una comunidad tal cual se acostumbra en el lugar de su domicilio. Esta comunidad solo se llama *legal* porque las partes, mediante esta convención tácita, se atienden enteramente á la ley. Las costumbres parecían ordenar al decir: *Hombre y mujer son uno y comunes en todos bienes muebles*, etc. En realidad, la costumbre no ordenaba al hombre y á la mujer que se casan el ser *uno y comunes*, puesto que les permitía consentir lo contrario; solo declaraba que el uso era, que á falta de contrato y voluntad contraria, los futuros esposos se consideraban como habiendo convenido el ser uno y comunes en bienes. (1)

200. Si Dumoulin puso tanto cuidado para establecer un principio elemental, es que en el derecho antiguo importaba mucho saber si la comunidad estaba establecida en virtud de la costumbre ó de la convención. Las costumbres variaban de una á otra provincia, y algunas veces hasta de ciudad á ciudad, ó de pueblo á pueblo: ¿cómo saber cuál era la ley de las partes en cuanto á sus convenciones matrimoniales? Se seguía como principio que los esposos estaban regidos por la ley del domicilio que tenían cuando su matrimonio; no en virtud de la ley, sino en virtud de una convención tácita. Los efectos de la comunidad dependían, pues, no de la ley, sino de la convención. De ahí, entre otras, esta consecuencia que si unos esposos se casaban bajo el imperio de una costumbre que establecía la comunidad, eran comunes en bienes, y esta comunidad se extendía á los bienes que los esposos adquirían en provincias en los que la comunidad no era admitida. En vano, d'Argentré objetaba que la costumbre solo era una ley local, y no podía extender su imperio fuera de su territorio. Dumoulin contesta que los esposos eran comunes, no en virtud de la costumbre, sino en virtud de sus convenciones; y el efecto de las

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 10. Troplong, t. I, pág. 62, núm. 21 y 22, pág. 147, núm. 301 y todos los autores.

convenciones no se limita á un lugar determinado; se extiende á todos los bienes, cualquiera que sea el lugar de su situación.

La cuestión no se presenta hoy de costumbre á costumbre en el interior del país, puesto que éstas están abolidas. Pero tiene todavía interés de un país al otro. Un francés se casa en el extranjero, ó un extranjero se casa en Francia: ¿bajo qué régimen estarán casados? Los autores no están de acuerdo y la jurisprudencia no tiene el rigor que tanto se necesita en nuestra ciencia. La doctrina y las sentencias han quedado ligadas á la tradición; no se ha reflexionado que en muchos puntos la tradición había sobrepasado el principio que le sirve de punto de partida. Dumoulin y Pothier dicen que la comunidad resulta de la voluntad de los esposos. De esto se concluía que las disposiciones de las costumbres que establecían una comunidad entre los esposos formaba un *estatuto personal*; Pothier dice que es personal, porque tiene por objeto arreglar las convenciones que las personas sometidas á la costumbre por razón de su domicilio, han hecho tácitamente. (1) Este principio no es ya el del derecho moderno. En primer lugar, Pothier no tiene razón en calificar de estatuto personal la ley que establece el régimen comunal entre esposos casados sin contrato. El estatuto personal es aquel que reglamenta el estado y la capacidad de las partes contratantes; y en la comunidad legal tácita, no se trata del estado y capacidad de los esposos, todo depende de su voluntad. Hay que hacer una segunda observación acerca del principio formulado por Pothier. Los esposos, dice, están sometidos á la costumbre por su domicilio, y, por consiguiente, adoptan tácitamente la comunidad que establece esta costumbre. Hoy no puede decirse que los hombres estén sometidos á la costumbre por su domicilio; es la nacionalidad la que determina la ley que los rige.

1 Pothier, *De la comunidad*, núm 12.

Ya lo hemos hecho notar al tratar de los estatutos. Debe, pues, hacerse á un lado la consecuencia que Pothier deduce del principio de Dumoulin, y atenerse á este principio.

201. Unos franceses se casan en el extranjero sin hacer contrato, ¿cuál será su régimen? ¿La comunidad legal establecida por el Código ó el régimen establecido por la ley del país en que celebraron su unión? Contestamos con Dumoulin que la adopción de un régimen depende de la voluntad de las partes contratantes; debe, pues, verse cuál ha sido su intención: pueden, según su voluntad, someterse al régimen del Código Civil, ó al régimen de la ley extranjera. ¿Pero cómo puede conocerse esta voluntad, á falta de contrato? Contestaremos que esto es una cuestión de hecho, como todo consentimiento tácito; los jueces lo decidirán según las circunstancias de la causa. ¿Habrá hechos que determinen esta intención? En el derecho antiguo se contestaba que esto era una cuestión de domicilio: si los futuros esposos tenían intención de establecer su domicilio en el lugar en que contraían matrimonio, se sometían, por este solo hecho, á la ley del lugar; si tenían la intención de fijarse en otra parte, la ley del lugar en el que pensaban establecerse era la que los regía. (1) ¿Sucederá lo mismo bajo el imperio del Código? En nuestro concepto, esto es una cuestión de circunstancias. Supongamos que los franceses que celebran su unión en el extranjero viven en él desde tiempo; tienen allí el sitio de sus negocios, gozan ahí de los derechos civiles: estos hechos podrán ser invocados para inducir la voluntad de las partes en adoptar una ley que conocen, mientras que quizá ignoran la ley francesa. Pero si los futuros esposos acaban solo de establecer su residencia en país extranjero, en donde solo son pasajeros, sin domicilio fijo, no puede ya decirse que se someten á una ley que no conocen; mientras que se les presume conocer la ley francesa que los rige para su

1 Pothier, *De la comunidad*, núms. 15 y 16.

capacidad y para los bienes que en Francia poseen. Por la misma razón debe admitirse que aunque los esposos se propusieran, casándose en el extranjero, establecer allí su domicilio, este hecho no bastaría para probar que su intención fuera seguir la ley extranjera, pues no conocen dicha ley; y, ¿cómo admitir que quieran someterse á una ley que ignoran? En el derecho antiguo, la misma dificultad se presentaba, los intérpretes salían de apuro mediante una presunción; se presumía que los esposos conocían la ley del lugar en que se proponían establecer su domicilio. ¿Pero cómo presumir que unos franceses conozcan las leyes extranjeras? Esto es ya una ficción en Francia: la ficción no tendría ninguna base para las leyes de otro país. Volveremos á ocuparnos de esta pretendida presunción.

La doctrina es muy poco satisfactoria acerca de nuestra cuestión. Hay autores que ponen como principio que los franceses que se casan en el extranjero son *como* sometiéndose al régimen de la comunidad legal establecido por el Código Civil; y luego agregan como excepción que se puede admitir según las circunstancias, que los esposos han entendido seguir la ley del país en que se proponen fijar su domicilio matrimonial. (1) En nuestro concepto, la excepción forma la regla; es decir, que el régimen depende siempre de la intención de las partes, y esta intención se prueba por los hechos y circunstancias de la causa. ¿Será una circunstancia el lugar en que los esposos se proponen fijar su domicilio matrimonial? Debe verse primero lo que se entiende por domicilio matrimonial. Nuestras leyes no conocen esta expresión, lo que ya hace la cosa bastante arbitraria. Merlin dice que es el domicilio en que los esposos se proponen, al casarse, fijar su residencia. (2) Sería, pues, el domicilio ordinario excepto que para el régimen de los esposos

1 Duranton, t. XIV, pág. 96, n.º 88. Aubry y Rau, t. V, págs. 274 y siguientes, notas 1 y 2, pfo. 504 bis.

2 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Ley*, pfo. VI (t. XVIII, pág. 431).

se considera el domicilio futuro, aquel que los esposos se proponen tomar. ¿Cómo podrá un domicilio que aun no existe producir un efecto tan considerable determinando el régimen bajo el cual los esposos se han casado? Los franceses que se proponen establecerse en Inglaterra conocen acaso el derecho inglés? Y si lo ignoran ¿puede suponérseles la intención de seguirlo? El domicilio matrimonial es una pura ficción, ó si se quiere una presunción á la que se ocurría en el antiguo derecho por necesidad con el fin de tener una regla fija en medio de la infinita diversidad de costumbres. Los autores modernos que han tomado este principio en el antiguo derecho ni siquiera permanecen fieles á la tradición; no dicen, como se hacía antaño, que el domicilio por sí determina la ley del matrimonio. Se *pudiera*, dicen, admitirle; esto depende, pues, de la apreciación del juez. Se agrega, *según las circunstancias*; esto es, en definitiva, el elemento decisivo, ¿por qué no atenerse á este principio á reserva de atenerse á la resolución del juez? El juez tiene necesariamente un poder discrecional desde que se trata de escudriñar la intención de las partes contratantes. (1)

La jurisprudencia se inclina hacia este principio. Un francés se había casado en Bruselas con una mujer belga. La intención de los futuros esposos era establecerse en Francia. Fué sentenciado que el domicilio matrimonial debía considerarse como fijado en Bruselas. En el recurso intervino una sentencia de denegada; la cuestión, dice la Corte de Casación, era de naturaleza á ser recibida según las actas, los hechos y demás circunstancias. (2) Luego el domicilio matrimonial no es ya decisivo, puesto que este domicilio puede variar según las circunstancias de la causa. Merlin había sostenido que la ley francesa era la ley del matrimonio. Esto es lo que dijo la Corte de Casación en otra sentencia. El

1 Rodière y Pont, t. I, pág. 26, núms. 35 y 36.

2 Denegada, sección civil, 12 germinal, año XIII (Merlin, *Repertorio, en la palabra Convenciones matrimoniales*, pfo. II, t. VI, pág. 435).

marido residía en España antes de su casamiento; se casó allí con una francesa; fué sentenciado que había tenido la voluntad de establecer su domicilio conyugal en España y casarse bajo el imperio de la ley española; la Corte de Casación pronunció una sentencia de denegada, porque la sentencia atacada se había fundado, para decirlo así, en hechos numerosos y en circunstancias en las que el juez tenía derecho de apreciación. (1) Se ve que la palabra domicilio conyugal solo es una palabra tradicional y que el verdadero motivo de decidir está tomado en los hechos y circunstancias de la causa. Mejor fuera abandonar el lenguaje tradicional que solo sirve para extraviar al intérprete.

Decimos que la jurisprudencia no tiene principio seguro. Dos franceses se casan en Irlanda, explotaban allí un establecimiento de comercio. Después de la muerte del marido, la viuda volvió á Francia donde murió. Se inició un proceso acerca del régimen de los esposos. La corte de Metz decidió que la solución dependía del punto de saber si los esposos habían conservado el espíritu de regreso; es decir, si habían permanecido franceses. Nó, no es esto el principio, esto es una cuestión de intención, y la intención de los esposos podía haber sido el seguir la ley inglesa.

202. La dificultad aumenta cuando un francés se casa en el extranjero con una extranjera. ¿Debe admitirse, con el derecho antiguo, que el domicilio matrimonial determina el régimen? Esto es una cuestión de intención, pero, en el caso, puede haber dos intenciones contrarias. La mujer que solo conoce la ley de su país, quiere seguirla, mientras el marido prefiere la ley francesa. La dificultad es grande. Solo puede haber un régimen único; hay, pues, que pronunciarse ya por la ley del marido, ya por la de la mujer. En

1 Denegada, 29 de Diciembre de 1836 (*Dalloz, en la palabra Domicilio, número 20*).

el derecho antiguo se invocaba la presunción del domicilio matrimonial. Era en vano prevalecerse de la ignorancia de la mujer; la presunción de derecho es, dice Merlin, según los antiguos jurisconsultos, que la mujer conoce la ley del marido, pues cada uno debe conocer la condición de la persona con quien contrae. Contestaremos que si se está *como* conociendo la condición; es decir, el estado y la capacidad de aquel con quien se contrae, no por esto se está presunto de conocer la ley del domicilio que escogió el futuro esposo. (1)

Hay que abandonar estas presunciones imaginadas para las necesidades de la causa. Si se supone que existen dos intenciones contrarias, debe verse cuál de ellas debe vencer, si la mujer se dió al marido, ó si el marido se dió á la mujer. Si las circunstancias de la causa nada enseñan al juez, deberá decidir por la ley del marido; la mujer extranjera que se casa con un francés se hace francesa, se obliga á seguir á su marido á Francia y será regida por la ley francesa; abdica, pues, su derecho nacional y las consecuencias que de él pudieran sacarse; la ley del marido debe, por consiguiente, dominar á la de la mujer.

Los autores no están acordes acerca de nuestra cuestión. Según unos, debe tenerse en cuenta el domicilio del marido cuando la celebración del matrimonio; otros, á falta de prueba resultando de las circunstancias de la causa, se fijan de preferencia en el domicilio en que los recien casados se proponían fijar el sitio de su asociación conyugal. (2) Este motivo de resolución está tomado del antiguo derecho; acabamos de dar las razones por las que no admitimos el principio del domicilio matrimonial. La Corte de Casación mantiene la expresión tradicional de *domicilio matrimonial* de

1 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Convenciones matrimoniales*, pfo. II (tom. VI, págs. 420 y siguientes).

2 Véanse, en diverso sentido, los autores citados por Aubry y Rau, t. V, página 275, nota 4.

que depende el régimen de los esposos; pero le da otro sentido, puesto que todo depende de la voluntad de las partes y que la intención se aprecia según las circunstancias. Un matrimonio se celebra en Florencia entre un francés y una italiana. ¿Cuál es su régimen? La Corte pone en principio que la elección del régimen al que quedarán sometidos los intereses civiles de los esposos depende de su voluntad y de la de las personas que los asistan si son menores. Después, la Corte comprueba que la sentencia atacada apreció la voluntad de los esposos según las circunstancias que han acompañado al matrimonio, y de las que la sentencia concluye que habían fijado su domicilio matrimonial en Toscana; ¿qué es lo que entiende la Corte por esto? Es que la voluntad de los esposos y de los que asistían á la menor había sido someter los intereses civiles de los esposos á las leyes que existen en Toscana; es decir, al derecho romano. (1) Luego el pretendido domicilio matrimonial solo es la voluntad de las partes en someterse á tal ó cual ley, voluntad que el juez aprecia según los hechos de la causa.

203. Unos extranjeros se casan en Francia. ¿Cuál será su régimen á falta de contrato? El principio es siempre el mismo, pues la comunidad solo puede resultar de una convención expresa ó tácita, y puede ser adoptada tácitamente por extranjeros tanto como por franceses. En efecto, las convenciones matrimoniales no pertenecen al derecho civil en el sentido estricto de la palabra; son unos accesorios de la unión de personas y presentan el mismo carácter: los extranjeros pudiendo casarse en Francia, debe serles permitido someterse expresa ó tácitamente al régimen de la comunidad; la ley reglamenta este régimen para todos aquellos que lo quieran adoptar, sean franceses ó extranjeros. Queda por saber cuál es la intención de los extranjeros. Cuestión

1 Casación, 11 de Julio de 1855 (Dalloz, 1856, 1, 9). Compárese Aix, 8 de Noviembre de 1870 (Dalloz, 1871, 2, 216), y 18 de Agosto de 1870 (Dalloz, 1872, 5, 123, núm. 2).

de hecho que el juez decidirá según las circunstancias de la causa. No hubiera mucha duda si los futuros esposos, ó solo el marido hubieran establecido su domicilio en Francia con autorización del jefe del Estado; gozando de los derechos concedidos por la ley francesa, se debe suponer que la conocen; y conociéndola, se admitirá facilmente que entendieron someterse á ella, puesto que establecieron su residencia en Francia y se hicieron franceses de hecho. De esto no debe inducirse que la autorización sea una condición requerida para que los extranjeros estén regidos por la comunidad legal; no hay condición, puesto que no hay ley. Esto es siempre una cuestión de hecho. La jurisprudencia está en este sentido. (1)

Dos italianos se casan en Francia sin contrato. La sentencia comprueba que estaban domiciliados en Tolon; de lo que concluye que los efectos del matrimonio en cuanto á los bienes, se rigen por la convención tácita en virtud de la cual los esposos se presumen haber adoptado el régimen de la comunidad legal. Esto es demasiado absoluto; el domicilio solo no basta, y no exacto decir que el domicilio arrastre una presunción. Así, la Corte agrega: "cuando además otras circunstancias vienen confirmando esta presunción." La Corte dice que los hechos de la causa no dejan ninguna duda acerca de la intención de los esposos en adoptar el régimen de la comunidad; el marido mismo lo había reconocido así en varias actas y declaraciones procedentes de él después de la muerte de su mujer. (2)

Cuando ambos esposos no pertenecen á la misma nación, hay otra dificultad más, pero se resuelve siempre por una cuestión de hecho. Un hombre de raza inglesa, pero de origen desconocido, vino á su mayor edad á establecerse en Francia: conservó en este país, durante muchos años y sin

1 Compárese Aubry y Rau, t. V, págs. 275 y siguientes, pfo. 504 bis.

2 Aix, 24 de Noviembre de 1854 (Dalloz, 1857, 2, 43).

interrupción, una habitación en la ciudad y varias casas de campo; colocó la mayor parte de su fortuna en renta francesa, nunca había tenido establecimiento en Inglaterra. Para legitimar á unos hijos naturales, se casó con la madre de éstos, conforme á las leyes francesas. Sus afectos, así como sus intereses, estaban en su patria adoptiva, mientras que en Inglaterra ni siquiera conocía el lugar de su nacimiento, ni tenía recuerdos de una familia. A pesar de estas circunstancias, el Tribunal d-l Sena había decidido que los esposos no estaban casados bajo el régimen de la comunidad francesa. La Corte de París fué de diferente parecer. Se objetaba que el marido no había establecido su domicilio en Francia con la autorización del rey. Todo lo que resulta de esto, dice la sentencia, es que no gozaba de los derechos civiles. La intención de adoptar tal ó cual régimen es una cuestión de hecho y no de derecho. Y el marido había ofrecido á la mujer casarse bajo el régimen de la comunidad; se había, pues, conformado con la ley francesa para dar legitimidad á sus hijos; la probabilidad era seguramente que quería también dar á la mujer las ventajas de la comunidad. (1)

En otro caso, en el que se trataba igualmente del matrimonio de un extranjero y de una francesa, la Corte de París comienza por establecer, en principio, que la calidad de extranjero no impide la aplicación del art. 1,400. La ley supone que los esposos se han abstenido voluntariamente de hacer por escrito sus convenciones matrimoniales, con la intención de adoptar el régimen de derecho común tal como está reglamentado por el Código Civil. ¿Por qué no pudieran los extranjeros hacer un contrato tácito? Capaces para hacer toda clase de convenciones que dependen del derecho de gentes, los extranjeros pueden, casándose en Francia, aceptar tácitamente el régimen de la comunidad reglamentado por la ley, lo mismo que hubieran podido estipularlo

1 Paris, 3 de Agosto de 1849 (Dalloz, 1849, 2, 182).

expícitamente en una acta. La Corte reconoce que la ley francesa no se aplica de derecho pleno á los extranjeros; no basta que hayan contraído matrimonio en Francia, es menester que manifiesten por hechos seguros su voluntad de someterse á la ley francesa. ¿Cuáles son estos hechos? La Corte responde que el establecimiento de un domicilio en Francia siempre ha sido considerado como la más positiva manifestación de la voluntad de someterse á las leyes francesas. Este domicilio debe ser más que una simple residencia, pero no es necesario que haya sido autorizado por el jefe del Estado en virtud del art. 13; la autorización tiene por objeto conferir al extranjero el goce de los derechos civiles; y estos derechos son extraños á una convención que pertenece al derecho de gentes. La Corte enumera en seguida las circunstancias que dan al domicilio del extranjero la importancia que debe tener para que se pueda inducir su intención de adoptar la ley francesa. En el momento del matrimonio, el futuro esposo habitaba París, en donde había fundado un establecimiento de comercio considerable; no había conservado domicilio ni residencia en su país natal; habiendo recogido de su patria una rica sucesión, la había realizado y había colocado sus valores en Francia; en su mismo testamento, declaraba varias veces haberse casado bajo el régimen de la comunidad. Se ve lo que entiende la Corte por un domicilio serio: es un conjunto de circunstancias que demuestran la intención del extranjero en seguir, al casarse, las leyes del país en que se establece. (1) Cuando, pues, los extranjeros solo tienen una residencia temporal, y que en lugar de casarse ante oficial del estado civil francés, abandonan el lugar en que residían para adquirir el domicilio exigido por las leyes inglesas para aquellos que quieren celebrar su unión ante un cónsul inglés, si se casan después ante el cónsul de su país, estas circunstancias demuestran la

1 París, 13 de Diciembre de 1853 (Daloz, 1855, 2, 192).

intención de los esposos de casarse y reglamentar su asociación conyugal conforme á las leyes inglesas. (1)

204. Se ha presentado una dificultad particular en esta materia, que el Código descuida como todas las que se ligan al derecho civil internacional. Un saboyano se había casado en Francia con una francesa sin redactar acta de matrimonio. La Corte de Apelación, fundándose en un conjunto de circunstancias que demostraban la voluntad común de los esposos, había decidido que éstos habían adoptado el régimen de la comunidad legal. Recurso de casación que fué admitido por la Sala de las requisiciones. Había en el caso una circunstancia especial, es que el Código Civil del reino de Sardenia prohíbe contraer una comunidad universal, otra que la de los gananciales. Esto era, se decía, un estatuto personal al que el futuro esposo quedaba sometido en Francia. La Corte de Casación sentenció muy bien que este estatuto era real. En efecto, no tiene por objeto reglamentar el estado y la capacidad de las personas; prohíbe solo á los futuros esposos una cierta convención relativa á ciertos bienes; esto pone en relieve el espíritu de la ley: quiere que estos bienes queden en propios á los esposos, con el fin de conservarlos en las familias. Esto era, pues, un estatuto real que regía los bienes que el futuro esposo podía poseer en los Estados sardos, pero que no tenía ningún efecto en Francia. Así, el saboyano se hallaba casado bajo el régimen de la comunidad, á pesar de la prohibición de la ley nacional. (2)

205. Cuando el régimen de los franceses casados en el extranjero ó de los extranjeros casados en Francia está establecido, permanece invariable, aunque los esposos establecieran su domicilio en otro país. En la opinión que hemos enseñado, esto es de evidencia, puesto que no admitimos el princi-

1 Denegada, 18 de Agosto de 1873 (Dalloz, 1874, 1, 258).

2 Denegada, Sala Civil, 4 de Marzo de 1857 (Dalloz, 1857, 1, 103). Aubry y Rau, t. V, pág. 276, pfo. 504 bis.

pio del domicilio conyugal. Y esto está admitido igualmente en el sistema que reglamenta las convenciones matrimoniales según el domicilio de los esposos. Cualquiera que sea este domicilio, cualquiera que sea la nacionalidad de los esposos, están sometidos al principio de la irrevocabilidad de las convenciones matrimoniales, porque este principio, establecido en interés de los terceros, es por esto mismo de orden público; los extranjeros están sometidos á él tanto como los indígenas. La jurisprudencia está de acuerdo acerca de este punto con la doctrina. (1) Fué sentenciado que las convenciones matrimoniales permanecían cual habían sido fijadas cuando el matrimonio, aunque los esposos no fuesen naturalizados durante su matrimonio, ya en Francia, ya en otro país. (2) Esto es una consecuencia lógica de la irrevocabilidad de las convenciones matrimoniales.

§ IV.—MODALIDAD DE LAS CONVENCIONES MATRIMONIALES.

206. ¿Pueden los esposos estipular una comunidad á plazo? La negativa es segura y admitida por todos. Hay un caso que está terminantemente previsto por la ley; quiere que la comunidad comience desde el dia del matrimonio, y prohíbe estipular que comenzará en otra época. Luego no se puede convenir que la comunidad comenzará en cierto plazo, después de un año, ó un día, como lo decían algunas costumbres. Tampoco se podía estipular que la comunidad cesará antes de la época de la disolución legal. La razón de esto es sencilla, es que el régimen matrimonial, cualquiera que sea, debe comenzar con el matrimonio, y una vez celebrado éste, no puede sufrir ninguna modificación. Lo mismo pasaría si los esposos se hubiesen casado bajo uno de los

1 Denegada, Sala Civil, 30 de Enero de 1854 (Dalloz, 1854, 2, 61).

2 Metz, 9 de Junio de 1852 (Dalloz, 1852, 2, 190). Anbry y Rap, t. V, página 276, pfo. 504 bis.

régimenes exclusivos de la comunidad; el principio de la unidad y de la irrevocabilidad de las convenciones matrimoniales es general y se aplica, por consiguiente, á toda clase de régimenes; los señores Rodière y Pont son de un parecer diferente; (1) creemos inútil discutir cuestiones que están divididas por el texto y por el espíritu de la ley, sobre todo cuando se trata de dificultades de teoría que solo se promueven en la escuela, y que la vida real ignorará siempre.

207. Tal es también la cuestión de saber si se puede estipular la comunidad bajo condición. Esta cuestión está muy controvertida en el dominio de la doctrina, pero dudamos mucho que jamás haya habido convenciones matrimoniales hechas bajo condición, sea suspensiva, sea resolutoria. Sin embargo, nos vemos obligados á confesar nuestra manera de ver, aunque no sea sino por respeto hácia los autores que han discutido la dificultad.

Si se atiene uno á los principios que rigen la condición, debe decirse, como lo hacen la mayor parte de los autores, que los esposos pueden consentir un régimen cualquiera bajo condición. Este es el derecho común para cualquier contrato; debe, pues, verse si la ley deroga al derecho común en materia de convenciones matrimoniales. Esta establece como regla la unidad del régimen y su irrevocabilidad. Se dice que esta regla es muy compatible con un régimen condicional; en efecto, la condición tiene un efecto retroactivo; luego el régimen, cualquiera que sea, existirá desde el día de la celebración del matrimonio; la unidad y la irrevocabilidad del régimen están, por consiguiente, respetadas. Contestaremos que si la letra de la ley, en lo que concierne á las condiciones, está respetada, se viola el espíritu de la ley en lo que concierne á las convenciones matrimoniales.

1 Rodière y Pont, t. I, pág. 77, núm. 92. En sentido contrario, Marzáde, tom. V, pág. 441, núm. 4 del artículo 1,399.

Conste en primer lugar que hay una diferencia considerable entre un contrato ordinario hecho bajo condición, y las convenciones matrimoniales condicionales. Cuando una venta se hace bajo condición suspensiva, los efectos del contrato están en suspenso; se puede decir en cierto sentido que no hay venta, y regularmente las partes contratantes quedarán en la inacción hasta que sepan si hay ó no venta; es verdad que el vendedor y el comprador pueden hacer uno y otro actos de disposición, cuyo efecto quedará incierto, mientras que la condición quedará en suspenso; pero nada los obliga á hacer estas actas, y es muy raro que las hagan los terceros rehusándose á contraer con un propietario condicional. Cuando, pues, se cumple la condición, la retroactividad será ordinariamente sin inconveniente, no resolverá nada, puesto que nada se habrá hecho. No pasa lo mismo con el régimen matrimonial estipulado bajo condición. ¿Para qué quiere la ley que haya un régimen desde el momento en que el matrimonio no está celebrado? Esto es de necesidad. Las necesidades del matrimonio y miles de causas obligan á los esposos á contratar; es, pues, necesario que tengan un régimen cualquiera, con el fin de que los terceros sepan qué derechos tendrán contra la mujer y contra el marido. Y si el régimen es condicional, todo quedará en la incertidumbre. ¿Se contratará? Las actas podrán ser resueltas. Con estas condiciones nadie querrá contratar con los esposos, y, sin embargo, se ven obligados á contratar. Que si contratan á pesar de la incertidumbre que mantiene en suspenso el efecto de sus convenciones, largas relaciones se encontrarán trastornadas por el acontecimiento de la condición. Preguntamos si esto es lo que quiso la ley al establecer la unidad del régimen matrimonial.

El espíritu de la ley está violado. Si de derecho solo hay un régimen á consecuencia de la retroactividad de la condición, de hecho habrá dos; y el hecho es aquí de capital

importancia porque reacciona en el derecho. Los esposos estipulan el régimen dotal bajo condición. Mientras que la condición estará en suspenso, ¿estarán sin régimen? Esto es imposible y contrario á la ley que quiere convenciones matrimoniales anteriores al matrimonio, ó á la comunidad tácita y legal á partir de la celebración de la unión conyugal (arts. 1,394 y 1,399). ¿Cuál será este régimen? No hay otro sino la comunidad legal que es el régimen de derecho común en ausencia de convenciones; y mientras la condición está en suspenso, no hay convenciones matrimoniales. Hé aquí, pues, á la mujer libre para obligarse y obligar sus bienes; puede enajenar é hipotecar sus inmuebles. La ley la autoriza á ello, y debe mantener las actas celebradas según sus disposiciones. Pero si los esposos han creído bueno estipular el régimen dotal bajo condición, y que la condición se realice, retroacciona. Hé aquí á los esposos casados bajo el régimen dotal desde su unión, y, por consiguiente, habrá habido de hecho dos regímenes esencialmente diferentes. Primero el régimen de la comunidad, que tuvo más que una existencia de hecho, puesto que la ley declaró á los esposos casados en comunidad, mientras que queda en suspenso la condición que afectaba su contrato. Y sin embargo, todo cuanto habrá hecho la mujer conforme á la ley será nulo; enajenaciones, hipotecas, obligaciones. ¿Se dirá que los terceros se cuidarán de tratar, sabiendo que el régimen dotal puede venir á desbaratar lo que se hiciera legítimamente en virtud de la comunidad legal? Contestaremos que este resultado es igualmente contrario al espíritu de la ley, pues si ésta quiere que haya un régimen á partir del matrimonio, esto es precisamente para que los terceros puedan tratar con toda seguridad con los esposos y que éstos encuentren terceros que quieran tratar con ellos. (1)

1 Rodière y Pont, t. I, pág. 73, núm. 89; Bellot des Minières, t. III, páginas 4; Marcadó, t. V, pág. 438, núm. 2 del art. 1,399. Troplong, t. I, pág. 154, núm. 332; Massé y Vergé segán Zachariæ, t. IV, pág. 64, nota 5. En sentido

Nos limitaremos á este debate teórico, sin discutir las diversas hipótesis que hacen los autores. ¿Para qué? La práctica las ignora. Parece, sin embargo, que en Alsacia hay una convención condicional muy usada, pero acerca de la cual aun no ha intervenido ninguna resolución judicial. Solo la Corte de Colmar la ha considerado implícitamente como válida aplicándola; la validez no estaba discutida bajo el punto de vista de la condición. El contrato estipulaba que los esposos estarían sujetos al régimen de la comunidad de gananciales hasta el día en que fueran completamente investidos de la sucesión de sus padres, y á partir de este momento se someterían á la comunidad universal con retroacción al día del matrimonio. (1)

§ V.—¿CUANDO COMIENZA LA COMUNIDAD?

208. El art. 1,399, dice: "La comunidad, ya sea legal, ya convencional, comienza desde el día del matrimonio contraído ante el oficial del estado civil; no se puede estipular que comenzará en otra época." Esta disposición deroga á las costumbres; las más antiguas no hacían comenzar la comunidad sino el día del enlace, otras después de un año y un día. El Código ha seguido la opinión de Pothier que es tan sencilla y tan jurídica que no se concibe cómo hayan podido establecerse costumbres contrarias. ¿Entre quienes tiene lugar la comunidad? Entre los esposos; luego es una consecuencia del matrimonio, y debe existir desde que se celebra el matrimonio. (2)

209. El art. 1,399 ha dado lugar á una leve dificultad: dice que la comunidad comienza desde el día del matrimonio. ¿Quiere esto decir que principia antes del momento en

contrario, Aubry y Rau, t. V, pág. 269, nota 9 y las autoridades que citan; debe agregarse Colmet de Santerre, t. VI, págs. 36 y siguientes, núms. 16 bis II, III y IV.

1 Colmar, 8 de Marzo de 1864 (Dalloz, 1864, 2, 85).

2 Pothier, *De la comunidad*, núms. 22 y 23.