

TITULO VI.

(TÍTULO V DEL CÓDIGO CIVIL)

Del contrato de matrimonio y de los derechos respectivos de los esposos.

(CONTINÚA)

CAPITULO II

DEL RÉGIMEN DE LA COMUNIDAD

(Continúa.)

SECCION III.—De la administración de la comunidad.

ARTICULO 1º—Poder del marido.

§ 1º—DEL DERECHO DE SUPOSICIÓN

Núm. 1. De los actos a título oneroso.

I. Poder absoluto del marido.

1. Pothier asienta el principio en estos términos: “El marido, como jefe de la comunidad, está reputado *único señor* de los bienes de la comunidad, mientras dura, y puede disponer de ellos como guste sin el consentimiento de su mujer.” Esta es la reproducción del antiguo adagio de costumbres que dice que el marido es *se-*

P. de D. TOMO XXII.—1

ñor y dueño de la comunidad. Pothier agrega que esto es verdad mientras dura la comunidad; cuando se disuelve, la mujer puede aceptar y partir los bienes comunes. En este sentido, Dumoulín decía que la mujer no es socio, pero que espera serlo (número 193); lo alcanza al aceptar; si renuncia, está como si jamás hubiera sido común. Asimismo se decía del marido: "Vive como dueño y muere como socio."

¿Es esta todavía la doctrina del Código? La cuestión ha sido discutida; unos dicen que el marido es siempre señor y dueño (1), otros dicen que sólo es ya administrador (2). Esta es una discusión bastante ociosa, pues el Código determina con cuidado los poderes del marido; no pueden, pues, disminuirse, por motivo de ser sólo administrador, y no pueden extenderse, por razón de ser señor y dueño. Sin embargo importa siempre que el lenguaje jurídico tenga precisión rigurosa. El Código no dice que el marido es señor y dueño, pero tampoco afirma que sólo sea un simple administrador. Se cita el art. 1,421, que comienza por decir: "El marido administra sólo los bienes de la comunidad." ¿Quiere esto decir que el Código califique al marido de administrador de la comunidad? El art. 1,421 continúa: "Puede vender los bienes, enajenarlos e hipotecarlos sin el concurso de la mujer." ¿Puede un administrador vender e hipotecar? He aquí unos derechos que sólo pertenecen al propietario, por lo tanto el marido es dueño; se puede, pues, decir como en el derecho antiguo que es señor y dueño de los bienes de la comunidad. Sólo que

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 325, pfo. 509. Colmet de Santerre, t. VI, página 140, núm. 65 bis I.

2 Duranton, t. XIV, pág. 374, núm. 271. Bugnet, sobre Pothier, t. VII, página 258, nota 1.

DE LA COMUNIDAD LEGAL

5

la ley limita sus poderes en lo que se refiere al derecho de disponer a título gratuito; a este respecto, el Código deroga al derecho antiguo (art. 1,422), pero esta derogación tiene poca importancia. Las donaciones son raras; hay muy pocos maridos dispuestos a dar, porque empobreciendo a la comunidad, se empobrecen ellos mismos. ¿A quién se hacen ordinariamente las donaciones entre vivos? A los hijos, a título de dote o de establecimiento; y el marido puede disponer, a título gratuito, de los bienes comunes para establecer a los hijos. Todo cuanto puede decirse es que el marido es señor y dueño para los actos onerosos, y no lo es ya para los actos a título gratuito.

Aun en el antiguo derecho, los poderes del marido no eran tan absolutos como parecían decirlo las costumbres calificándole de señor y dueño. Pothier, después de haber dicho que el marido *es reputado como único señor* de los bienes de la comunidad y que puede disponer de ellos a su gusto, agrega una restricción: que el marido nada puede hacer en fraude de la parte a que la mujer o sus herederos tienen derecho después de la disolución de la comunidad (1). Esto prueba que el marido es a la vez señor y asociado; como señor dispone de los bienes; como socio no puede hacerlo si se mejora con perjuicio de su socio.

2. El marido puede vender y enajenar los bienes de la comunidad sin el concurso de la mujer (art. 1,421). La ley expresa la misma idea con dos términos sinónimos: vender es enajenar; la palabra *enajenar* bastaba, pues. Si el Código dice *vender* y *enajenar*, es sin duda para precisar la plenitud del poder de disposición que pertenece al marido. Este poder tiene, sin embargo, una

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 467.

excepción según la jurisprudencia. La madre y la abuela dan sus retratos a su hija y nieta casada bajo el régimen de la comunidad. Después de su muerte, el marido se compromete, sin el concurso de su mujer, a devolver a su suegro esos retratos. ¿Tenía este derecho? La Corte de París sentenció que el marido no podía, con esta calidad, obligar a la mujer a devolver los retratos litigiosos. (1). En estricto derecho es difícil justificar la decisión. Los muebles presentes y futuros de la mujer entran en la comunidad, luego también los retratos de familia que le pertenecen. Se lee en la sentencia que tal propiedad, enteramente personal por su naturaleza, no puede ser sometida, sin restricción, hasta la aplicación de las reglas relativas a los derechos del marido sobre los objetos muebles que pertenecen a la mujer común en bienes. Esto es muy vago; la Corte hace con los retratos de familia una propiedad aparte, sin que se sepa lo que es esta propiedad especial. Había otro motivo para resolver. Los muebles dados a uno de los esposos entran en la comunidad, pero el donante puede expresar lo contrario. ¿Es necesario asentar lo contrario cuando se trata de retratos de familia? El art. 1,401 supone que las cosas dadas tienen un valor pecuniario, mientras que los retratos de familia sólo tienen un valor afectivo. Lo cual es decir que la voluntad contraria de que habla la ley, resulta aquí de la naturaleza misma de la cosa dada.

3. Sostenemos, pues, la regla en los términos absolutos del art. 1,421; a título oneroso, el marido puede enajenar como quiera y bajo las condiciones que guste. Puede, pues, vender la nuda propiedad; y ninguna disposición de la ley prohíbe al marido enajenar la nuda propiedad a título oneroso. El art. 1,422, que permite al marido

1 París, 29 de Marzo de 1873 (Dalloz, 1874, 2, 129).

disponer a título gratuito de los objetos muebles de la comunidad, agrega esta restricción: "Siempre que no se reserve el usufructo." Esta restricción es ajena a los actos a título oneroso; en el caso, el marido no da, vende la nuda propiedad. Ante la Corte de Orleáns se ha invocado contra el marido el artículo 918 que considera como una donación la venta con reserva de usufructo hecha a un sucesible en línea recta. Este es un ejemplo curioso de lo que se ve demasiado frecuentemente en la práctica. Se mezclan y confunden todas las disposiciones, todos los principios, sin tener en cuenta el texto ni el espíritu de la ley. Basta leer el art. 918 para convencerse de que nada tiene de común con el art. 1,422. La Corte hizo justicia con esta extraña confusión (1).

Se pregunta cuál será el efecto de la reserva de usufructo que el marido habrá hecho en su provecho. Es seguro que este usufructo no será una propiedad para el marido, pues éste no puede servirse de los bienes de la comunidad en su interés, para constituirse propiedades. Todo cuanto adquiere se vuelve ganancial; el usufructo pertenecerá, pues, a la comunidad, es decir, a ambos esposos, y sólo se extinguirá con la muerte del último (2).

4. Asimismo podrá el marido enajenar mediante una renta vitalicia; esto ha sido discutido, pero la jurisprudencia se ha declarado en favor del marido. Su derecho no es dudoso; tiene poder absoluto para vender y enajenar; luego lo puede hacer bajo las condiciones que le parezcan; es verdad que esto es una venta en que se pierde el capital, pero el marido tiene el derecho de perder los bienes comunes. En el caso hay más bien contrato

1 Orleáns, 14 de Mayo de 1864 (Dalloz, 1864, 2, 172).

2 Compárese Colmet de Santerre, t. VI, pág. 145, núm. 66 bis VI.

8

CONTRATO DE MATRIMONIO

aleatorio que pérdida, la fortuna puede estar de parte de la comunidad, como puede ponerse en su contra. (1)

¿Cuál será el efecto de la constitución de renta? Según el art. 1,971, la renta vitalicia puede ser constituida en la persona del que ministra su precio o en la persona de un tercero que no tiene ningún derecho para gozar de ella. Puede, dice el art. 1,972, estar constituida en una o varias personas. Si la renta fué constituida en las personas de ambos esposos, pasa, en caso de muerte de uno de ellos, al supérstite; en totalidad, si fué estipulada reversible por el todo, y, en el caso contrario, por mitad. Si la renta sólo fué constituida en la persona del marido, se extingue con él cuando llega a morir. Si sobrevive ¿tendrá sólo derecho a los réditos? No, pues el marido no tiene derecho para crearse propiedades a expensas de la comunidad; éste es, pues, el caso de aplicar la restricción de Pothier: el marido no puede nunca mejorarse a expensas de la comunidad; la renta vitalicia forma el precio de ganancial; pertenece, pues, a la comunidad y debe ser dividida como todos los demás bienes comunes. (2).

Puede, además, presentarse otra hipótesis: ambos esposos venden conjuntamente por una renta vitalicia con cláusula de reversibilidad en provecho del supérstite. Hemos dicho en otro lugar cuál es el efecto de esta cláusula (t.XXI, número 219).

5. Puesto que el marido puede enajenar, resulta que es propietario y que puede ejecutar todos los actos para los que la ley exige la capacidad para enajenar. El ar-

1 Reims, 16 de Junio de 1841 (Dalloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 1,129).

2 Aubry y Rau, t. V, pág. 283, nota 9, pfo. 507. Rodière y Pont, t. II, página 158, núm. 871. Orléans, 28 de Diciembre de 1843, y París, 19 de Diciembre de 1819 (Dalloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 1,131). Consúltese t. XXI, núm. 218, pág. 258.

título 1,421 aplica el principio a la hipoteca. El marido puede hipotecar porque es propietario. Lo mismo sucede con todos los demás fraccionamientos de la propiedad, servidumbres, enfiteusis, superficie. Según el art. 2,172 (ley hipotecaria, art. 100), el abandono por hipoteca puede ser hecho por los terceros detentadores que tienen capacidad para enajenar; fué sentenciado, en consecuencia, que el marido puede abandonar; el abandono conduce a la enajenación; y el marido tiene poder para enajenar. (1). Con más razón puede el marido encarecer (2).

6. Si el marido tiene derecho para enajenar sin el concurso de la mujer, con mayor razón tendrá el de administrar *solo*, como lo dice el art. 1,421. Hay que cuidarse de deducir que el marido es un simple administrador. Los que administran el patrimonio ajeno deben gestionar como buenos padres de familia, según lo dice del tutor el Código (art. 450). Ninguna disposición declara al marido responsable de su administración; debe, pues, decirse bajo el imperio del nuevo derecho, lo que Pothier decía bajo el antiguo: "El marido puede a su gusto *perder* los bienes de la comunidad sin responder de ello; puede dejar perecer por prescripción los derechos que dependen de la comunidad, destruirse las casas, romperse los muebles, matar por brutalidad caballos u otros animales que dependan de la comunidad sin responder ante la mujer por todas estas cosas". (1). Diremos más adelante cuáles son los derechos de la mujer cuando el marido abusa de su poder absoluto.

1 Bruselas, 9 floreal, año XIII (Daloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 1,128).

2 París, 4 de Marzo de 1815 (Daloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 1,134).

3 Pothier, **De la comunidad**, núm. 470.

Pothier dice que el marido no es responsable; cree por esto que la mujer no tiene acción contra él, como el menor no la tiene contra su tutor; usa y abusa en calidad de señor y dueño. Pero la jurisprudencia admite que el marido debe dar cuenta de sus gastos si la mujer tiene interés en exigirlo. La mujer pide la separación de cuerpos y abandona el domicilio conyugal; pronunciada la separación se liquida la comunidad; la mujer pretende que el marido ha malgastado efectos de la comunidad. Califica estos gastos no justificados de hurtos y ocultaciones. El marido contesta que como dueño de la comunidad no tenía que dar cuenta alguna a su mujer durante todo el tiempo que duró la comunidad. Fué sentenciado por la Corte de París que si el marido no es responsable, estaba, sin embargo, en obligación de dar cuenta en este sentido: que debe, cuando la disolución de la comunidad, justificar si no la utilidad o legitimidad, cuando menos la realidad e importancia de los gastos que ha hecho. Condenó, en consecuencia, al marido, a la compensación de 16,000 francos cuyo empleo no justificaba. (1).

Esta decisión nos parece discutible. Es muy difícil admitir que el marido tenga que dar cuenta cuando la teoría tradicional, consagrada por el Código, le da el derecho de perder los bienes de la comunidad. Es verdad que este poder absoluto tiene restricciones: el marido debe compensación cuando sacó un provecho personal de los bienes de la comunidad (art. 1,437). ¿Quiere esto decir que el marido deba dar cuenta para probar que no se ha mejorado en perjuicio de su mujer? La ley no dice esto; a la mujer que pretende que el marido le debe compensación, toca probar que sacó provecho de la comunidad. El marido no está obligado a justificar sus gastos, es

1 París, 19 de Mayo de 1870 (Dalloz, 1871, 2, 40).

DE LA COMUNIDAD LEGAL.

II

demandado, y como tal nada tiene que probar. Hay una sentencia de la Corte de Lieja en este sentido. (1).

7. El poder absoluto que tiene el marido en los bienes de la comunidad ¿es de orden público? Según el artículo 1,388 los esposos no pueden por sus convenciones matrimoniales, derogar el derecho del marido como jefe. Hemos dicho cual es el sentido de esta disposición (núms. 123-125). No impide que el marido dé mandato a la mujer para administrar la comunidad; sólo que este mandato no implica que el marido delegue sus poderes. Los poderes del marido como jefe de la comunidad se relacionan con el orden público, puesto que proceden del poder marital, y estos poderes no se delegan. El mandato que el marido confiere a su mujer da lugar a otras dificultades; volveremos a tratar de ellas.

II.—El poder absoluto del marido y la personificación de la comunidad.

8. Hemos examinado la cuestión de la personificación de la comunidad bajo el punto de vista del pasivo (núms. 392-394). Réstanos saber si la comunidad debe ser considerada como una persona moral en lo que se refiere a la administración de los bienes comunes. El poder absoluto del marido absorbe los derechos de la mujer, su socio; cuando un solo socio, el marido, es señor y dueño de los bienes comunes, no se ve por qué el legislador había de crear un sér ficticio que se distinguiera de ambos esposos; no hay lugar para la ficción en presencia del poder absoluto del marido. El art. 1,421 dice que el marido tiene poder ilimitado para disponer a título one-

1 Lieja, 19 de Diciembre de 1866 (*Pasicrisia*, 1867, 2, 78).

roso; esta es la antigua máxima de costumbre: disponiendo el marido como señor y dueño, es más que inútil imaginar una persona moral en nombre de la cual obraría el marido. Tal cosa sería quitar a éste un poder que la ley le concede por razón del poder marital; ya no sería dueño y señor, sería un simple administrador, un gerente. La ley no dice esto y en la doctrina tradicional no podía decirlo; donde hay un amo absoluto, la ficción no tiene razón de ser; y es de principio que la ley no crea personas civiles sino por causa de utilidad, lo más frecuentemente por necesidades públicas. Desde el punto de vista práctico, la cuestión es ociosa: ¿qué importa que el marido obre como gerente de una persona moral, o como jefe de la comunidad? Nada hay cambiado en la naturaleza ni en los efectos de los actos de disposición y de administración que tiene el derecho de ejecutar.

9. La cuestión de la personificación de la comunidad sólo presenta algún interés práctico cuando se trata de actos a título gratuito. Según el art. 1,422 el marido no puede disponer de un bien ganancial a título gratuito. Si da un inmueble y por efecto de la partición este inmueble es puesto en su lote, ¿será válida la donación? Sí, cuando los esposos son copropietarios por indiviso, pues en este supuesto la partición retrotrae al día de la adquisición, puesto que desde aquel día ha comenzado la indivisión. Nó, si el inmueble perteneciera a un ser moral; en este supuesto, el marido habría dispuesto de un bien perteneciente a un tercero, lo que haría el acta nula. El texto del Código no decide directamente la cuestión, pero el art. 1,423 lo hace implícitamente en materia de legados. El marido lega un bien ganancial; si el inmueble entra en el lote de sus herederos, el legado es válido. Esto implica que la partición retrotrae al día de la adquisi-

ción; luego el inmueble nunca perteneció a un ser moral independiente de ambos esposos.

La misma cuestión se presenta cuando el marido y la mujer hacen donación de un bien ganancial. Diremos más adelante que la jurisprudencia admite generalmente la validez de esta donación; esto supone que ambos esposos son copropietarios por indiviso, y el art. 1,423 que acabamos de citar, prueba que tal es la teoría del Código (1).

Núm. 2.—De los actos a título gratuito

I.—Donaciones entre vivos.

1.—Lo que puede dar el marido.

10.—El art. 1,422 somete a restricciones importantes el derecho del marido para disponer a título gratuito. Resulta que, en regla general, el marido no puede disponer a título gratuito de los efectos de la comunidad, que sólo lo puede hacer por excepción. Así, no puede dar inmuebles de la comunidad, ni la universalidad o una parte de los muebles. Sólo puede dar efectos muebles a título particular. El Código Civil deroga, en este punto, al derecho antiguo. Según la Costumbre de París (art. 225), el marido podía disponer, sin el concurso de la mujer, de los inmuebles comunes, “por donación u otra disposición entre vivos, a su placer y voluntad, a persona capaz y sin fraude.” Esto era el derecho común de los países de costumbres. Había excepciones; algunas costumbres sólo consideraban al marido como simple administrador y no le permitían, en consecuencia, dar entre vi-

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 44, núm. 18 bis VII, IX y X.

vos. (1) El Código hace de esta excepción una regla. Ya en el derecho antiguo, el poder del marido para disponer a título gratuito había sido criticado como contrario a la esencia de la sociedad que existe entre los esposos, sea por costumbre, sea por convención de las partes. El marido, dice Ferrière, puede ser el dueño de los bienes de la comunidad, como jefe, para administrar estos bienes y no para perderlos con premeditación, pues *dar es perder*. La administración hace algunas veces necesarias las enajenaciones, pero las donaciones entre vivos sin causa no debieran ser permitidas en perjuicio del derecho que la mujer pueda tener sobre los bienes de la comunidad por la aceptación que hará de ella. (2) La crítica era justa; los autores del Código la tuvieron en cuenta. Se lee en el discurso de Simeón, orador del Tribunado: "Cuando el marido hipoteca o enajena, se presume que es por necesidad. Recibe un préstamo o un precio de venta; se cree que hará de él un empleo útil. Hipotecar, vender, es administrar (en el sentido más lato de la palabra); pero dar, bajo cierto aspecto, es perder. La disposición a título gratuito excede los poderes de administración, pues *administración y conservación* son términos correlativos, y si la administración exige sacrificios, deben tener una indemnización que la disposición a título gratuito no les puede dar" (3).

11. El sistema del Código se presta también a críticas; ha innovado, pero se le reprocha que la innovación no es bastante radical. Permite al marido dar efec-

1 Pothier, *De la comunidad*, núms. 471 y 472.

2 Ferrière, *Costumbres de París*, t. III, pág. 223, núm. 1 (glosa 2ª de l'artículo 225).

3 Simeón, *Discurso* núm. 29 (Loaré, t. VI, pág. 463). Véase Troplong, t. I, pág. 277, núm. 885.

DE LA COMUNIDAD LEGAL.

15

tos muebles, lo que comprende al dinero; (1) le prohíbe dar un inmueble; puede dar 100,000 francos y no puede dar una casucha de 100 francos. ¿Es esto racional? Al apartarse de la tradición los autores del Código han quedado bajo el influjo de las ideas tradicionales. No puede explicarse de otro modo la diferencia que hacen entre los inmuebles y los muebles. Seguramente que nadie dirá hoy, con d'Argentré, que un valor mueble de 100,000 francos sea una cosa vil, y que la posesión de un inmueble, por módico que este sea, es cosa más preciosa.

El art. 1,422 prohíbe al marido dar la universalidad o cuotidad de los muebles, y habla de las disposiciones entre vivos. Esto es desde luego contradictorio. No se puede dar entre vivos la universalidad del mobiliar; aunque el donante diera todos los muebles que posee, esto sería sólo una donación de bienes particulares que el marido es libre de hacer, según el art. 1,422. (2) Para que haya donación universal o a título universal, es necesario suponer que el marido ha hecho una institución contractual, es decir, una donación de bienes futuros. (3) Esta interpretación, única admisible, conduce a una nueva anomalía. El marido que da todo o parte del mobiliar que dejará a su muerte no se despoja actualmente, la comunidad queda propietaria; sin embargo, es nula la disposición. Mientras que la donación entre vivos despoja al donante actual e irrevocablemente. Así el marido puede dar valores en dinero o en obligaciones y acciones por

1 Paris, 23 de Noviembre de 1861 (Dalloz, 1862, 2, 206).

2 Hay una sentencia en sentido contrario de la Corte de Gand, 24 de Marzo de 1836 (*Pasicrisia*, 1836, 2, 73). La Corte ha sentenciado mal. Véase la requisitoria del Procurador General De Bavay (*ibid*, página 74).

3 Colmet de Santorre, t. VI, pág. 143, núm. 66 bis II.

100,000 francos; puede debilitar a la comunidad con donativos particulares, y no se le permite dar una débil parte del mobiliar por una institución contractual; le es permitido despojarse y a la comunidad de paso, y no se le permite hacer una liberalidad que no despoja a la comunidad. Puede contestarse que el marido estaría mejor dispuesto a hacer una liberalidad que no le quita ni el goce de la cosa ni el derecho de enajenarla, que una liberalidad por la que se priva actualmente de la cosa que da. Esto es verdad, pero dudamos que los autores del Código lo hayan entendido así; han hablado sólo de las donaciones entre vivos y entienden por esto una donación actual de bienes presentes. Si hubieran pensado en la institución contractual, habrían tomado del art. 1,083 una disposición más racional que la del art. 1,422, permitiendo sólo al marido disponer a título gratuito, “para las sumas módicas a título de recompensa o de otra manera” (1).

12. El art. 1,422 que permite al marido disponer a título gratuito de los efectos mobiliarios, agrega una restricción: “Siempre que no se reserve el usufructo”. A primera vista, parece singular permitir al marido dar efectos muebles en toda propiedad, y prohibirle dar la nuda propiedad; esto prueba que no siempre puede decirse: quien puede lo más puede lo menos. La anomalía, por lo demás, sólo es aparente; dar es despojarse a sí mismo; en este sentido, los jurisconsultos romanos decían: *dar es perder*. Si, pues, el marido quiere dar efectos de la comunidad, es necesario que lo haga de manera que se despoje; es decir, que haga una donación de toda la propiedad. Si diera reservándose el usufructo no se qui-

1 Consúltase Moulón, t. III, pág. 51, núms. 126-128. Toullier, t. VI, 2, pág. 275, núm. 311.

DE LA COMUNIDAD LEGAL.

17

taría nada y despojaría a su mujer; la ley no lo pudo autorizar para semejante liberalidad, cuando es un socio el que la hace a expensas de su consocio..

13. El art. 1,422 establece una excepción a la regla que prohíbe al marido disponer a título gratuito de los inmuebles y de la universalidad del mobiliar; puede dar los bienes de la comunidad a los hijos comunes para su *establecimiento*; ¿qué se entiende por *establecimiento*? Esta palabra tiene un sentido técnico en derecho; se trata no sólo de un establecimiento por matrimonio, sino también de un establecimiento industrial o mercantil. En este sentido es como el art. 204 dice que el hijo no tiene acción contra sus padres para un *establecimiento por casamiento u otro*. Pero si los padres no están civilmente obligados a establecer a sus hijos, sí están obligados a ello en virtud de un deber natural (t. XVII, número 18). El padre, al establecer a un hijo nacido del matrimonio, paga, pues, una deuda que le es común con la mujer; y es justo que una deuda común a ambos esposos sea soportada por la comunidad, puesto que la sociedad de bienes que forman los esposos tiene por objeto subvenir a los gastos comunes. En el mismo sentido es como la ley se sirve de la palabra *establecimiento* en el art. 1,427, y por un motivo idéntico es por lo que permite a la mujer obligar a la comunidad en caso de ausencia del marido cuando se trata de establecer a un hijo común (1).

14. La excepción ha dado lugar a dificultades. Se pregunta primero si el marido pudiera disponer de todos los bienes de la comunidad para el establecimiento de un hijo común. La Corte de Casación ha decidido la cuestión afirmativamente. Creemos que sentenció bien.

1 Troplong, t. I, pág. 280, núms. 896 y 897, y todos los autores.

En nuestro concepto, el texto no deja ninguna duda, lo que es decisivo. El art. 1,422 comienza por decir que el marido no puede disponer a título gratuito de los *inmuebles de la comunidad* ni de la *universalidad de los muebles*. Tal es la regla: ¿cuál es su alcance? No hay duda en cuanto al mobiliar; en lo que concierne a los inmuebles, la prohibición es absoluta, alcanza no sólo a la universalidad de los inmuebles, sino también a los muebles particulares; por esto la ley dice en términos generales que el marido no puede disponer de los *inmuebles de la comunidad*. A esta prohibición la ley fija una excepción: siendo absoluta la prohibición, la excepción también lo es; es decir, que el marido puede dar a los hijos comunes todo cuanto le está prohibido dar en general; por consiguiente, puede dar toda la comunidad. La Corte de Casación invoca también el art. 1,423, según el cual la donación testamentaria hecha por el marido no puede exceder de *su parte* en la comunidad; de donde se deduce que las donaciones entre vivos pueden comprender toda la comunidad en provecho de los hijos comunes, se entiende. Esto, en verdad, es un argumento sacado del silencio de la ley, pero está en armonía con la disposición del art. 1,422; ambos artículos, que se siguen, sólo forman una misma disposición que tiene por objeto determinar lo que el marido puede dar a título gratuito. La ley distingue: por testamento el marido sólo puede dar lo que le pertenece después de su muerte; es decir, la mitad de la comunidad; entre vivos, puede dar a los hijos comunes los inmuebles y la universalidad de los muebles, por lo mismo, toda la comunidad (1).

1 Denegada, 2 de Enero de 1844 (Dalloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 1,174). En sentido contrario, Duranton, t. XI, número 281 de la edición de 1844.

15. Los autores aprueban, en general, la decisión que acabamos de analizar, pero le agregan restricciones que dan lugar a nuevas dificultades. Troplong dice que está enteramente de acuerdo con la opinión de la Corte de Casación: el marido puede dar toda la comunidad a un hijo a título de dote. Pero si la mujer no tiene patrimonio personal, y si el marido la deja injustamente sin recursos y la coloca en una dependencia degradante para con sus hijos, entonces es *equitativo* auxiliarla y *reducir* una donación que tiene los caracteres de mala voluntad y de *fraude*. Troplong deduce que la mujer tendrá derecho a una *compensación* y podrá exigir una *partición*. Transcribimos esta extraña opinión para dar una idea del modo de ver de un autor que no tiene ningún principio seguro y que en una misma cuestión dice las cosas más contradictorias. Apartamos desde luego la *equidad* que Troplong invoca; él mismo se funda en un principio jurídico, el que prohíbe al marido defraudar a los derechos de la mujer. Volveremos a hablar de esta restricción que tiene el poder del marido. Hay que escoger entre el derecho y la equidad. La equidad no da ninguna acción; debe, pues, verse si el derecho permite que la mujer promueva. ¿A qué tiende su acción? No se sabe. Troplong dice que la mujer puede pedir la *reducción* de la donación excesiva hecha por el marido: ¿cuál es el texto, cuál es el principio que autoriza al juez a reducir una donación hecha por el marido dentro de los límites de su poder? Troplong dice después que la mujer puede pedir un reparto: ¿qué quiere decir? ¿Pedirá la mujer la partición de toda la comunidad? No hay otra partición; tomará, pues la mitad de los bienes. ¿Y qué sucedería con la donación hecha al hijo? ¿Por qué

sólo se le dará la mitad cuando es donatario de todo? Pudiéramos multiplicar estas preguntas y la contestación sería siempre la misma: el derecho de Troplong es un derecho imaginario. ¿Se quiere la prueba? Troplong dice también que la mujer puede pedir una *compensación* y que puede promover por causa de *fraude*. La *compensación* no es una *reducción*, y la acción por fraude tiende a la nulificación del acto fraudulento. Hé aquí, pues, tres principios diferentes que Troplong invoca: ¿a cuál debe uno atenerse? No puede tratarse de *recompensa* debida por el marido; basta leer el art. 1,437 para convencerse de ello: ¿en dónde está el provecho personal que saca el marido de los bienes de la comunidad dando todos sus bienes a un hijo común? La cuestión no tiene sentido. Queda el fraude. Si el marido hizo la donación en fraude de su mujer, éste puede pedir la anulación; puede, pues, haber lugar a nulidad, pero no puede tratarse de compensación ni de reducción.

16. La Corte de Casación, en una sentencia que dió lugar a estos debates, decide que el marido puede dar toda la comunidad por institución contractual. Este es el punto que ataca Marcadé. Según él, el marido sólo tiene derecho a disponer de la comunidad por donación entre vivos; en cuanto a los bienes futuros, se debe asimilar la donación a un legado, sólo tiene efecto a la muerte del disponente. Zachariæ enseña igualmente que debe aplicarse a la institución contractual no el art. 1,422 relativo a las donaciones, sino el art. 1,423 relativo a los legados. (1) Creemos que el texto de la ley resiste a esta interpretación. ¿Puede el marido disponer a título gratuito de los bienes de la comunidad? Tal es la cuestión

1 Marcadé, t. V, pág. 530, núm. 3 del art. 1,423. Zachariæ, edición de Massé y Vergé, t. IV, pág. 90, nota 9, y pág. 92, nota 12.

DE LA COMUNIDAD LEGAL.

21

a la que el Código contesta en los arts. 1,422 y 1,423. Distingue las donaciones entre vivos y las testamentarias. ¿En qué categoría debe colocarse la institución contractual? No es un legado, por lo mismo, el art. 1,423 no es aplicable. Es una donación entre vivos, en el sentido de que la donación inviste actual e irrevocablemente al donatario con la calidad de heredero. Esto decide ya la cuestión. Aun hay más: el art. 1,422 comprende implícitamente la donación de bienes futuros. Lo hemos ya hecho notar (núm. 11). La ley prohíbe al marido disponer de la universalidad del mobiliar; y es imposible hacer semejante disposición si no es por una institución contractual; no se puede dar a título universal por una donación ordinaria. Esto es lo que hemos demostrado en el título *De las Donaciones* (t. XII, núm. 399). El texto de la ley decide, pues, la cuestión. Se pretende que la donación de la comunidad hecha por institución contractual es inejecutable. Supongamos que la comunidad se disuelve y que el marido sobrevive; ¿a quién pasarán los bienes? El donatario no los puede recoger, puesto que sólo los toma a la muerte del donante. En cuanto al marido sólo le es posible recoger la mitad de los bienes, y la mujer nada puede reclamar, puesto que toda la comunidad fué dada al hijo. La objeción no nos parece seria. La institución contractual no está abierta, por lo mismo los bienes dados se dividirán según el derecho común. Si el marido puede tomar la mitad como donante, la mujer también puede tomar la mitad con igual título, pues aceptando ésta como si hubiese concurrido a todos los actos del marido está, como si hubiese donado él.

17. Según nuestra opinión, el marido goza de una libertad absoluta para disponer de los bienes de la comu-

nidad para el establecimiento de los hijos comunes. ¿Debe deducirse que el marido puede dispensar al hijo donatario del reporte eventual de los bienes dados a la sucesión de la madre? Hemos dicho más atrás que los bienes dados por el marido, como jefe de la comunidad, deben ser reportados a la sucesión de la madre por mitad, cuando la madre acepta. En efecto, aceptando se hace donante; hay, pues, lugar a aplicar el principio en virtud del cual el reporte se hace a la sucesión del donante ¿Se dirá que la mujer, al aceptar, se apropia la donación tal como fué hecha, es decir, con dispensa de reporte? Esto es un motivo de duda. En principio, la mujer que acepta está como si hubiese contraído obligación con el marido y, por consiguiente, como si hubiese consentido en todas las cláusulas del contrato. ¿Se aplica este principio al reporte? La Corte de Douai sentenció la cuestión negativamente, y creemos que sentenció bien. (1) Dispensar del reporte es donar de lo disponible; es, pues, privarse de la facultad de hacer liberaciones hasta concurrencia de los bienes dados; se necesita para esto la voluntad del donante; el marido puede dispensar del reporte en lo que le concierne, pero no puede renunciar a un derecho que pertenece a la mujer. En cuanto a la aceptación de ésta, sólo versa sobre la donación que se apropia por mitad, no se apropia una dispensa de reporte que es enteramente personal al marido. Este ha dispensado del reporte como donante, y por efecto de la aceptación de la mujer sólo es donante por la mitad; la dispensa de reporte sólo, pues, ha de tener valor por la mitad.

18. Hemos expuesto la teoría del Código según el texto y el espíritu de la ley. Pero si la ley es mala, no co-

1 Douai, 26 de Enero de 1861 (Dalloz, 1861, 2, 235).

DE LA COMUNIDAD LEGAL

23

responde al intérprete corregirla. La jurisprudencia, sin embargo, ha seguido este camino. El marido da efectos muebles de la comunidad a título gratuito: se ha sentenciado que la donación es nula si comprende a la mujer parte de la comunidad; en un caso el donativo manual llegaba a la nueve dieciseisava parte del activo mueble de la comunidad. La Corte de Rouen la anuló. Se fundó en el espíritu de la ley ¿Por qué no permite el Código que disponga el marido a título universal? ¿Por qué cuando dispone a título particular se le prohíbe que reserve el usufructo? La ley quiere limitar y poner trabas a la facultad de disponer por atender al interés de la mujer. Luego no puede permitirse al marido disponer de una masa de efectos muebles bajo la apariencia de una disposición particular. La ley prohíbe al marido disponer de una décima parte de los muebles a título universal; y se le permite disponer de las nueve décimas a título particular. ¡Esto es absurdo! La Corte deduce que el marido no puede dar más de la mitad de los bienes (1). Preguntamos a la Corte en virtud de qué ley o de qué principio limita el derecho de disponer a título particular, a la mitad más bien que a la tercera o cuarta parte? ¿Pertenece al juez fijar un límite arbitrario fuera del cual la donación es nula? El reproche de absurdo se dirige al legislador; no a nosotros. ¿Cómo no vió la Corte que su resolución se presta a igual reproche? ¡El marido no puede dar una décima parte a título universal y puede dar una mitad a título particular! Sólo hay una vía legal para atacar las donaciones excesivas, probar que las hizo el marido en fraude de los derechos

1 Rouen, 25 de Enero de 1860 (Dalloz, 1861, 5, 86). En el mismo sentido, Tolosa, 22 de Julio de 1865 (Dalloz, 1865, 2, 162).

de la mujer. Hé aquí un principio, pero este principio nada tiene de común con el valor de los bienes dados; volveremos a tratar este punto.

Núm. 2.—De las donaciones que pasan del límite legal.

19. El art. 1,422 prohíbe al marido dar inmuebles de la comunidad, o una universalidad de muebles; le prohíbe disponer de los efectos muebles a título particular reservándose el usufructo. La ley no declara la nulidad de las donaciones que pasan estos límites. Sin embargo, la jurisprudencia y la doctrina admiten que hay nulidad. La suposición está concebida en términos prohibitivos: tiene por objeto resguardar los intereses de la mujer contra el abuso del poder del marido. Este es el caso de aplicar el principio según el cual la prohibición implica nulidad y hay nulidad virtual cuando una disposición esencial de la ley ha sido violada (t. I, núms. 67 y 68).

20. ¿Cuál es el carácter de esta nulidad? Acerca de este punto no puede haber duda. La disposición que limita el derecho del marido para disponer a título gratuito, no está fundada en una incapacidad del marido, ni en la indisponibilidad de bienes; el único objeto de la ley es resguardar los derechos de la mujer; por lo tanto la nulidad sólo se establece por interés suyo, es relativa a su naturaleza. Así sucedía en el derecho antiguo; abundan los testimonios, nos limitaremos a citar el de Renusón: "La donación no podrá valer en perjuicio de la mujer; en contra de su interés, la donación no dejará de valer y tener efecto". (1) Pero la donación es nula

1 Renusón, *De la comunidad*, I, 6 8, pág. 87.

DE LA COMUNIDAD LEGAL.

25

de derecho, en el sentido de que el juez debe pronunciar su nulidad desde que la pide la mujer por el solo hecho de que el marido ha traspasado los límites de la ley, pues la donación es nula por violación de ella (1).

21. Hasta aquí todos están de acuerdo. ¿Debe deducirse de los principios que acabamos de formular que la mujer puede renunciar al derecho que la ley sólo establece en su favor, concurriendo con el marido en el acta de donación? Esta cuestión es muy discutida y hay motivos serios para dudar. La mayor parte de los autores se han declarado por la validez de la donación hecha con el concurso de la mujer, y la jurisprudencia ha consagrado esta opinión. Nosotros preferimos la opinión contraria, sin aceptar, sin embargo, todos los motivos que se hacen valer para sostener la nulidad de la donación.

Concurrir a ésta, es dar; poco importa que la mujer se limite a consentir la donación renunciando de antemano el derecho que tuviere en pedir la nulidad, o que figure en el acta como donante. La cuestión está, pues, en saber si la mujer puede disponer de un bien de la comunidad a título gratuito con el concurso de su marido. Creemos que la cuestión, presentada así, debe decidirse negativamente. Recordemos la palabra célebre de Dumoulin: "La mujer no es asociado, sólo espera llegar a serlo", y sólo lo llega a ser definitivamente cuando acepta la comunidad. Es asociada en teoría, pero durante la comunidad no tiene ningún derecho de socio. Especialmente no es copropietaria; no puede disponer a título oneroso de los bienes comunes; ni siquiera puede intervenir en la administración; la ley dice que *sólo* el marido administra, que *sólo* él vende, enajena e hipote-

1 Moulón, **Repeticiones**, t. III, pág. 52, núm. 129.

ca. Con mayor razón no puede disponer a título gratuito. La mujer no puede oponerse a lo que el marido hace, aunque éste diera todos los inmuebles de la comunidad y todos sus muebles. Su derecho comienza sólo cuando se disuelve la comunidad. ¿Se concibe que la mujer, que durante el matrimonio es ajena a la comunidad, excluida de la administración, pueda aprobar lo que el marido hace concurriendo a una donación de los bienes comunes? Si tuviera el derecho de aprobar, debería poseer, por consiguiente, el derecho de oposición a lo que hace su marido; lo cual destruye el régimen de la comunidad en su esencia. Deducimos que el consentimiento de la mujer es ineficaz.

A primera vista parece muy natural que la mujer y el marido, copropietarios, tengan el derecho de disponer de los bienes que les pertenecen en común. Es, sin embargo, fácil de convencerse de que esto es legalmente imposible. Durante la comunidad, la mujer no es copropietaria, sólo lo es en teoría, no puede ejercer ningún acto de propiedad. Y dar es ejecutar un acto de propiedad; ¿la mujer puede dar lo que es del marido? Dar es transmitir la propiedad actual e irrevocablemente; ¿puede la mujer transmitir la propiedad actualmente, cuando sólo será propietaria si acepta la comunidad? No puede aceptar mientras dura la comunidad; no es, pues, propietaria, y, por lo tanto, no puede dar. ¿Qué se dirá de la irrevocabilidad de la donación que haga la mujer de su parte en la comunidad? La mujer concurre hoy a la donación, mañana la comunidad se disuelve y la mujer renuncia; al renunciar pierde todo derecho a la comunidad, está como si nunca hubiese sido asociada y copropietaria. ¿Qué es entonces su concurso para la donación? Un acto ineficaz, pues no se sabe si la mu-

DE LA COMUNIDAD LEGAL.

27

jer tiene derecho para concurrir. ¿Se dirá que el concurso es condicional? Esto sería una condición potestativa; y no se puede dar bajo condición potestativa. ¿No tiene la mujer el poder absoluto de renunciar? Un derecho que depende de su aceptación o de su renuncia, depende de su voluntad, lo que es contrario a la esencia de la donación (1).

22. No faltan las objeciones y son graves. Pothier está de acuerdo con Lebrún para decir que la donación de los bienes comunes es válida cuando la mujer concurre. La donación es nula por interés de la mujer; la ley no quiere que el marido, por su liberalidad, quite a la mujer el derecho que tiene en la comunidad, si acepta; y no se puede decir que la mujer esté despojada cuando consiente en la liberalidad, y sobre todo cuando da juntamente con su marido: *Nemo volens fraudatur*. (1) Hay muchas respuestas que dar a esta argumentación. Se supone que la mujer puede renunciar al derecho que la ley establece en su favor. Creemos que esta renuncia estaría viciada en su esencia. En efecto, las trabas y los límites que la ley pone al derecho de disponer a título gratuito, son una protección que concede a la mujer contra los abusos de poder del marido; es una garantía dada a un incapaz. ¿Pueden acaso los incapaces renunciar garantías que la ley establece en su favor por razón de su incapacidad? No, seguramente. La mujer no puede renunciar a su hipoteca legal, la ley sólo le permite renunciar al beneficio de su inscripción en provecho de un tercero; y aun para esto ha sido precisa una dispo-

2 Rodière y Pont, t. II, pág. 166, núm. 879. Odier, t. I, pág. 216, número 225. Marcadé, t. V, pág. 528, núm. II del art. 1,423. Massé y Vergé sobre Zachariæ, t. IV, pág. 90, nota 11.

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 494. Lebrún, *De la comunidad*, páginas 182 y 183.

sición expresa de la ley a fin de que la mujer tuviera este derecho. La ley no concede a la mujer el derecho de renunciar a la garantía del art. 1,422, luego su renuncia es ineficaz. Es nula por esto sólo: porque tiende a quitar a la mujer el derecho eventual que posee sobre todos los bienes dados, cuando el objeto de la ley fué precisamente asegurar este derecho. En vano dice Pothier: *volens non fraudatur*. Esto es muy verdadero cuando el que consiente es capaz para consentir, pero ya no lo es cuando un incapaz es el que renuncia un derecho que la ley le concede a fin de protegerlo contra su incapacidad. Si se admite que el consentimiento de la mujer basta para hacer válida la donación, la garantía del art. 1,422 se convierte en decisoria. En efecto, si la mujer puede consentir figurando en el acta, puede también consentir aceptando la comunidad, porque la aceptación significa consentimiento, quedando la mujer que acepta como si hubiera concurrido a todos los actas del marido. He aquí, pues, cuál será la situación de la mujer. Ordinariamente acepta, puesto que en general tiene interés en aceptar; y si acepta no podrá pedir la nulidad de la donación, porque aceptar es consentir en la donación. Que si renuncia pierde todo derecho sobre los bienes de la comunidad, y, por consiguiente, no podrá promover la nulidad de la donación. Luego, acepte o renuncie, no podrá en ninguna hipótesis pedir la nulidad de la donación. Esto es borrar el art. 1,422 del Código.

Se preguntará cómo debe explicarse la opinión de Pothier. La costumbre de París daba al marido derecho para disponer a título gratuito de los bienes comunes, pero agregaba una restricción al poder absoluto que le reconocía: es que debía obrar sin fraude. Así, en el derecho antiguo, las donaciones eran válidas, mientras que,

según el derecho moderno, son nulas. La mujer no podía pedir la nulidad de las donaciones, según la costumbre de París, sino cuando la donación era hecha en fraude de sus derechos; se concibe, pues, que no era de admitirse cuando hubiese figurado en el acta; era el caso de decir: *Volens non fraudatur*. Bajo el imperio del Código, al contrario, la mujer puede pedir la nulidad de la donación por esto sólo; por comprender inmuebles o una universalidad de muebles o efectos muebles con reserva de usufructo. La situación es enteramente distinta. Hay una nueva garantía en provecho de la mujer, es la prohibición de disponer a título gratuito; esta garantía le está concedida para resguardar sus derechos, y no la puede renunciar. Según la costumbre de París, la mujer no tenía garantía; el marido podía dar, sólo que la mujer tenía una acción por fraude; desde luego no podía invocarse, en favor de la mujer, el principio que prohíbe a un incapaz renunciar una garantía que la ley le concede por razón de su incapacidad.

23. Sin embargo, nos oponen la costumbre de París combinada con los arts. 1,421 y 1,422. La objeción sería decisiva, puesto que tendría por fundamento el texto de la ley. Hela aquí en toda su fuerza: La costumbre de París, después de haber dicho que el marido es señor y dueño de la comunidad, sacaba esta consecuencia: "El marido puede vender los bienes de la comunidad, enajenarlos o hipotecarlos y disponer de ellos por donación a su gusto y voluntad, *sin el consentimiento de su mujer*." Los arts. 1,421 y 1,422 reproducen este principio, pero restringiéndolo. Según el art. 1,421, "el marido administra *solo* los bienes de la comunidad. Puede vender, enajenar, hipotecar *sin el concurso de la mujer*." Hasta aquí el Código reproduce la costumbre de París. El artí-

culo 1,422 contiene la modificación: "El marido no puede disponer de los inmuebles a título gratuito." Es evidente, se dice, que esta disposición se refiere al principio establecido en el art. 1,421 que no es más que una *modificación* al poder del marido en virtud del art. 1,421 para enajenar solo y sin el concurso de la mujer. Se deduce que el art. 1,422 no tiene otro objeto que el de quitar al marido el derecho de hacer *solo y sin consentimiento de la mujer*, donación de los inmuebles, de la universalidad de los muebles o de los efectos muebles con reserva de usufructo. Luego con el concurso de la mujer el marido puede hacer estas liberalidades (1).

Creemos que se hace decir a los arts. 1,421 y 1,422 una cosa distinta de lo que dicen. La costumbre de París afirmaba en principio que el marido es señor y dueño de la comunidad; en este sentido es como dice que el marido puede disponer de los bienes de la comunidad *sin el consentimiento de su mujer*. ¿Conserva este principio el Código Civil? Sí, para las actas a título oneroso; por esto el art. 1,421 dice que el marido administra *solo* y que puede enajenar *sin el concurso de su mujer*. No, para los actos a título gratuito; el Código, al contrario, establece en principio que el marido no puede dar los bienes de la comunidad. Este nuevo principio nada tiene de común con la costumbre de París, puesto que deroga dicha costumbre; no se puede, pues, invocarla ni el art. 1,422 que dice lo contrario de lo que decía la costumbre de París. De lo que el Código afirma al decir que el marido puede disponer a título oneroso sin el concurso de su mujer, no se puede deducir que al

1 Moulón, t. II, pág. 53, nota (edición de Demangeat). Aubry y Rau, tomo V, pág. 328, nota 14, pfo. 509. Colmet de Santerre, t. VI, pág. 150, número 66 bis XIII.

DISPOSICIONES GENERALES

31

prohibirle disponer a título gratuito, cree decir que al marido le es permitido disponer con el concurso de la mujer, pues cuando el Código dice que el marido puede vender sin el concurso de la mujer, esto significa únicamente que el marido es señor y dueño en lo que se refiere a los actos a título oneroso; y de que es dueño y señor para vender, no se puede concluir que le es permitido disponer a título gratuito con el concurso de la mujer; la consecuencia nada tiene de común con el principio de donde se pretende deducirla. Todo cuanto dice la ley puede resumirse en dos proposiciones: el marido es señor y dueño en lo que toca a los actos a título oneroso, no lo es para los actos a título gratuito. En cuanto a la cuestión de saber si el marido puede disponer a título gratuito con el concurso de la mujer, el Código no la decide, por la excelente razón de que no la previó.

24. A los serios motivos que acabamos de combatir se han agregado otros que no son muy a propósito para acreeditar la opinión que ha triunfado (1). Hemos dicho que la mujer no puede dar directa ni indirectamente, porque no es propietaria. ¿Qué responde Troplong? La mujer puede obligarse y obligar a la comunidad cuando obra con autorización de su marido; y obligar a la comunidad, es indirectamente disponer de ella. Hay en este asunto completa confusión de los más diversos principios, porque son contradictorios. Discutimos la cuestión de saber si la mujer puede *disponer a título gratuito* de los bienes de la comunidad, y se nos contesta: sí, porque puede hacerlo *a título oneroso* con el consentimiento de su marido; la ley declara que el marido y la mujer autorizada por el marido, no pueden

1 Troplong, t. I, pág. 282, núms. 905 y 906.

disponer a título gratuito; y en cuanto a la mujer ni siquiera la menciona la ley. Argüir de lo que la mujer tiene derecho de hacer para deducir que puede dar validez con su consentimiento a lo que la ley prohíbe al marido, es seguramente un singular raciocinio.

Troplong agrega que declarar que el marido no puede dar los bienes de la comunidad con el concurso de su mujer, es afectar estos bienes con una indisponibilidad parcial. Este argumento es tan extraño como el que acabamos de contestar. Dos personas se asocian y ponen ciertos bienes en común; su objeto es subvenir a las necesidades de la asociación conyugal y aumentar su fortuna para establecer mejor a sus hijos. Tal es, en derecho y de hecho, la comunidad: ¿que hay de común entre esta sociedad de bienes y el derecho de disponer de ella a título gratuito? ¿Se asocian los esposos para hacer donaciones? ¿Y de que no puedan hacerla, se desprenderá que sus bienes están tachados de indisponibilidad? ¿Se asocian para *ganar*, y se deduce de esto que también se asocian para *perder*! Dejemos ya estas malas razones y escuchemos lo que dice la Corte de Casación.

25. La sentencia de 1850 fué la que fijó la jurisprudencia. La Corte de Casación decide que la donación de inmuebles de la comunidad, hecha por el marido con el concurso de la mujer, es válida. Decide que la mujer puede con autorización de su marido disponer a título gratuito de los bienes comunes. Creemos que esta sentencia es una de los que, en lugar de interpretar la ley, la hacen; esto es un nuevo Código Civil; es posible que sea mejor que el Código Napoleón; poco importa, la Corte de Casación hace lo que no tiene el derecho de

1 Denegada, 5 de febrero de 1850 (Dalloz, 1F850, 1, 97).

hacer: guardadora de la ley, debe mantenerla, sea buena o mala.

La Corte comienza por decir que resulta de la combinación de los arts. 1,421 y 1,422 que la prohibición de disponer a título gratuito no se aplica al caso en que el marido da con el concurso de su mujer. Hemos ya contestado este argumento. La Corte agrega que la mujer puede renunciar el beneficio de la prohibición que la ley sólo establece en su favor; aquí la Corte no argumenta; afirma; en nuestro concepto la mujer no puede remunerar una garantía que la ley le concede por razón de su incapacidad, y creemos haber demostrado esta proposición.

Viene en seguida la nueva teoría de la comunidad que la Corte de Casación pone en lugar de la teoría legal y tradicional. La comunidad es una sociedad, pero es una sociedad enteramente excepcional; el marido es señor y dueño de los bienes de la comunidad a título oneroso; el único derecho que la ley concede a la mujer contra este poder absoluto, es que prohíbe al marido disponer de los bienes a título gratuito; por lo demás la mujer no tiene ningún derecho de socio, ningún derecho de copropietario. He aquí la teoría tradicional. Dumoulin la resumió en estas dos proposiciones: la mujer no es socio, espera serlo, y sólo lo es cuando acepta; el marido es el amo mientras vive y sólo se vuelve socio cuando muere. Por tanto, durante la comunidad, el poder del marido, sobre los bienes comunes absorbe los derechos de la mujer. Veamos lo que sucede con esta doctrina, según la sentencia de la Suprema Corte.

La Corte comienza por decir todo lo contrario de lo que decían Dumoulin y Pothier. Según el art. 1,389, la comunidad comienza el día del matrimonio; la Corte

deduce de esto que desde ese día nacen los derechos en la comunidad de los esposos. Sin duda, en teoría; pero en realidad, ¿cuáles son los derechos del marido y cuáles los de la mujer? La tradición y el Código contesta: El marido tiene todos los derechos, a tal punto que es señor y dueño, y la mujer no tiene ninguno. La Corte afirma que si los derechos son desiguales, no por eso deja de ser verdad que el *marido y la mujer representan* solos a la comunidad. ¿Es esto lo que dice el art. 1,421? El *marido solo* administra, el *marido* dispone de los bienes comunes, *sin el consentimiento de la mujer*. Luego es el *marido solo* quien *representa* a la comunidad, para usar del lenguaje de la Corte, lenguaje que no es el de la ley. La comunidad, dice la sentencia, *se resume en ellos solos*. Otra vez una expresión que la ley ignora y que implica una nueva idea; debe al contrario, decirse con la tradición y con el Código, que la comunidad *se reúne en el marido solo*; la mujer no figura en el art. 1,421 sino para ser excluida de toda gestión en los intereses comunes. El principio de donde parte la Corte de Casación, por ser el contrapunto del sistema de la ley, debe conducir a un sistema enteramente diferente del del Código. Nada pone obstáculo, dice la Corte, a que de *común acuerdo* usen del modo más absoluto de los bienes que son su *propiedad colectiva*. La tradición dice: sólo el marido es señor y dueño: en este sentido la mujer no es socio. ¿A qué viene hablar de *intereses comunes*, de *propiedad colectiva* y de poder *absoluto* de *ambos* esposos para disponer? No hay en el Código una sola palabra que no esté en abierta oposición con esta nueva doctrina. Donde existe comunidad hay sin duda intereses comunes; ¿pero quién los gestiona? ¿Se hace esto de *común acuerdo*, es decir, por concurso de voluntades?

El Código contesta que el marido *solo* administra y dispone a título oneroso. Luego ninguna intervención tiene la mujer durante la comunidad. La Corte no puede negar los textos, pero saca de ellos una extraña consecuencia; a saber, que el marido, en virtud de su mismo derecho soberano, puede autorizar a su mujer en la medida de sus *necesidades* para disponer, a reserva de compensación, de los bienes comunes. La Corte habla de *necesidades* de la mujer, por consiguiente, se trata de actos a título oneroso. El marido puede, según el art. 1,419, autorizar a la mujer para obligarse, y en este caso, la mujer obliga a la comunidad; si la mujer saca provecho personal de los bienes de la comunidad, debe recompensar por esto (art. 1,437). ¿Quiere esto decir como lo asienta la Corte, que el marido puede autorizar a la mujer para disponer de los bienes comunes en la medida de sus necesidades? El art. 1,419 hace entrar en la comunidad las deudas que la mujer contrae con autorización del marido, porque la ley supone que estas deudas conciernen a la comunidad o al marido, lo que es lo mismo. Si la ley supusiera, como la Corte, que las obligaciones de la mujer están contraídas para sus necesidades, en lugar de ponerlas a cargo de la comunidad las dejaría a cargo de la mujer; esto es lo que sucede cuando el marido rehusa su autorización y la mujer se hace autorizar por la justicia; entonces obra en interés de sus necesidades, pero sólo obliga a sus propios. En cuanto a las compensaciones de que habla la Corte Suprema, nada tienen de

común con nuestro debate. Lo más a menudo la mujer las debe sin haber contraído personalmente, a consecuencia de actos del marido que, éste hace como administrador de sus bienes. Hay que hacerlas a un lado y volver a nuestra cuestión.

Hasta aquí la Corte nada dice de las donaciones que la mujer puede hacer según su sistema de bienes comunes. Siempre se trata de las actas a título oneroso. La mujer, continúa la Corte, puede contratar, “y no se puede admitir que se le impida pedir, con consentimiento marital *al fondo común* formado en parte con lo que aportó y con el producto de su colaboración, *recursos* que siempre le está permitido tomar de sus *propios bienes*.” ¡No se puede admitir!... Se trata de saber lo que la ley admite. ¿Y dónde se dice que la mujer pueda *pedir al fondo común* los *recursos* que tiene derecho de tomar de sus *propios bienes*? El lenguaje es oscuro y la forma no es muy francesa. ¿Qué significan estas expresiones: *tomar recursos de sus bienes propios*, y *pedir recursos al fondo común*? Se pudiera creer que la mujer puede disponer del patrimonio de la comunidad tanto como de su propio patrimonio, porque el patrimonio común está formado en parte con lo que aportó y con su colaboración. La asimilación que hace la Corte entre los *fondos comunes* y los *bienes propios* de la mujer es una vez más al contrapunto de la ley, pues ésta dice que la mujer puede disponer de sus propios y que *sólo* el marido dispone de los bienes comunes. La Corte continúa haciendo teoría: “No es posible admitir que la ley que deja a la mujer la disposición absoluta de su fortuna personal, se haya preocupado de la conservación de los bienes de la comunidad, hasta el punto de marcarlos para con la mujer de una especie de inenajenabilidad.” Si la mujer puede disponer

de sus bienes con autorización de su marido, la razón es sencilla, es que es propietaria; y una de las grandes ventajas del régimen de la comunidad es que la mujer puede disponer de sus bienes propios en interés de la sociedad que existe entre ella y su marido. Pero de que pueda disponer de sus bienes propios ¿se deducirá que debe tener el derecho de disponer de los bienes comunes que durante la comunidad son el patrimonio del marido? En cuanto a la supuesta inenajenabilidad de los bienes de la comunidad hemos dicho ya que es imaginaria; el artículo 1,421 dice que el marido puede vender, enajenar e hipotecarlos. La ley le prohíbe darlos, porque las sociedades no se organizan para perder; se asocia uno para ganar. La Corte no se atreve a afirmar que los bienes de la comunidad están tachados de no enajenabilidad para con la mujer; dice de una *especie de no enajenabilidad*. ¿Si se preguntara a la Corte lo que es una *especie de no enajenabilidad*? Para con la mujer, hay mucho más que una *especie de no enajenabilidad*; hay que decirlo redondamente, hay inenajenabilidad absoluta en el sentido de que la mujer no puede enajenar los bienes comunes, por la poderosa razón de que no es propietaria de ellos.

Llegamos por fin a las donaciones de las cuales la sentencia sólo dice una palabra, aunque sean el único objeto de los debates. La mujer puede, dice la Corte, obligar por sus actos a la comunidad, con consentimiento de su marido. Sí, la ley es la que lo dice: “La mujer puede también tomar de los fondos comunes hasta con intención de donación y bajo la única condición de pagar a la comunidad una compensación igual al provecho personal que de ella ha sacado.” Nosotros decimos: No, pues la ley prohíbe al marido dar bienes de la comunidad, y no permite a la mujer dar lo que no le pertenece, aun-

que sea con consentimiento del que es propietario durante el matrimonio. Si la ley permite a los esposos usar de los bienes comunes en interés propio, a reserva de recompensa, es para sus necesidades, para utilizarlos y no para hacer liberalidades; basta leer el art. 1,437 para convencerse de ello (1).

La Corte de Casación ha persistido en su jurisprudencia. Una sentencia reciente agrega una consideración relativa al punto capital de la dificultad: ¿Puede la mujer dar lo que no le pertenece? De dos cosas una, dice la Corte: o se considera a la mujer como copropietaria de los gananciales durante la comunidad, o sólo se le reconoce una simple esperanza de llegar a serlo por su aceptación, después de la disolución de la comunidad. Si es copropietaria, nada se opone a que pueda enajenar un derecho que ya tiene adquirido: esta es la teoría de la sentencia de 1850. Si sólo tiene esperanza de llegar a ser copropietaria, es el sistema tradicional, ningún principio de derecho se opone a que renuncie a una esperanza que no se relaciona con ninguna regla de orden público (1). Esto es decir en otros términos, que estando establecida sólo por interés de la mujer la prohibición de dar, ésta puede renunciarla, porque la prohibición no es de orden público. Esto es lo que discutimos. Si la ley prohíbe dar al marido, es para garantizar los intereses de la mujer contra el poder absoluto de éste. Este poder, que procede del poder marital, ¿no es de orden público? ¿Y la mujer no se halla colocada en un estado de dependencia a consecuencia del poder marital? Esto es tan cierto, que los esposos no pueden, por sus convenciones matrimoniales, derogar el derecho del marido como jefe (art. 1,388). El poder del marido y la dependencia de la mujer se li-

1 Denegada, 5 de Febrero de 1850 (Dalloz, 1850, 1, 97).

2 Denegada, 31 de Julio de 1867 (Dalloz, 1868, 1, 209).

gan, pues, al orden público; lo que decide la cuestión.

Una sentencia más reciente ha aplicado la doctrina que llamamos nueva a la donación que el marido hace de un crédito con reserva de usufructo en su provecho. La ley prohíbe esta reserva (art. 1,422); pero como tal cosa es únicamente por interés de la mujer, la jurisprudencia admite que la mujer pueda renunciar a un derecho creado en su favor (1).

La decisión es lógica, una vez admitido el principio, por lo tanto desechamos la consecuencia. Debe agregarse que las cortes de apelación se han adherido a la doctrina de la Suprema Corte (2). Tal es también la jurisprudencia de la Corte de Bruselas (3). Las sentencias favorables a nuestra opinión son anteriores a la jurisprudencia de la Corte de Casación (4).

26. Volvemos al art. 1,422, suponiendo una donación hecha por el marido sin el concurso de su mujer. La donación es nula en el sentido de que no puede ser opuesta a la mujer. Se pregunta cuando podrá ésta prevalecerse de la nulidad. ¿Puede promover durante la comunidad? En nuestra opinión, la negativa es evidente. La mujer no tiene ningún derecho mientras dura la comunidad, no es asociada en el sentido de que el poder absoluto del marido absorbe los derechos de la mujer; ésta, aunque asociada en teoría, no lo es en realidad, sino cuando acepta la comunidad, si renuncia es considerada como si nunca hubiese sido mujer común. De aquí resulta como consecuencia que la mujer no puede invocar la nulidad de

1 Casación, 23 de Junio de 1869 (Dalloz, 1870, 1, 5).

2 Véanse las citaciones en Rodière y Pont, t. II, pág. 168, nota 2, y en Aubry y Rau, t. V, pág. 328, nota 14. pfo. 509.

3 Bruselas, 9 de Abril de 1852 y 9 de Marzo de 1853 (Pasicrisia, 1852, 2, 273, y 1853, 2, 186).

4 Dalloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 1,176.

las donaciones hechas por el marido fuera de los límites del art. 1,422 hasta que acepte; sólo entonces es cuando tiene interés en promover, porque el patrimonio común, del cual tenía la mitad, se encuentra disminuido por las liberalidades legales de su marido.

Todos están acordes en este punto (1). Sin embargo, en la opinión general hay un motivo de duda. Se permite a la mujer dar validez a la donación con su consentimiento; lógicamente se debiera permitirle atacarlo cuando no ha consentido. Quien puede aprobar puede también desaprobar. Se ha fallado que la mujer puede pedir la nulidad de la donación a la cual no ha concurrido, cuando el acta está viciada por una causa cualquiera; (2) esto es de derecho común. Si puede promover durante el matrimonio para atacar una donación en la que es parte, aunque no se sepa si aceptará o renunciará, no hay ya razón para rehusar el derecho de promover cuando no ha sido parte. Esta es una dificultad en la opinión general; la hacemos constar porque es un argumento contra esta opinión.

27. Los derechos de la mujer asociada se abren sólo a la disolución del matrimonio. Puede aceptar o renunciar. Si renuncia, pierde toda clase de derecho sobre los bienes de la comunidad (art. 1,452), luego no puede ya quejarse de que la comunidad se halle disminuida por la donación de su marido; extraña a la comunidad la mujer no puede ya promover como mujer común. Mejor dicho, la renuncia de la mujer tiene este efecto, que la comunidad se halla como si nunca hubiere existido; todos los bienes que la componen quedan como propiedad del marido; por consiguiente, las donaciones que hi-

1 Durantón, t. XIV, pág. 379, núm. 275 y todos los autores.

2 C'aeu, 18 de Febrero de 1850 (Dalloz, 1850, 2, 162).

zo de los bienes comunes son plenamente válidas, como lo serían las donaciones de bienes personales (1). Así sucederá aunque los bienes provengan de la mujer, ya sea a título propio, ya de la colaboración. Tan es así que la mujer no es asociada durante la comunidad. Sólo llega a serlo cuando acepta.

28. Si hace esto, tiene interés en promover, y se le reconoce este derecho en todas las operaciones. Esto no ofrece ninguna duda cuando se admite, como lo hemos enseñado, que el consentimiento de la mujer no valida la donación: su aceptación no la puede validar más que su concurso en el acta. En la opinión general, al contrario, hay una dificultad muy seria. Aceptando, la mujer hace suyos todos los actos ejecutados por el marido, luego está como si hubiera concurrido a la donación; y habiéndola consentido ¿cómo podía atacarla? Este es, en nuestro concepto, un argumento decisivo contra la opinión general. Los autores no lo discuten porque no prevén la dificultad.

Cuál es el objeto de la acción que la mujer tiene derecho de intentar? En realidad es una acción de nulidad; la Corte de Casación la califica de acción revocatoria (2). No nos gusta el término, porque sirve para designar la acción pauliana, y esta última acción difiere grandemente de la acción que pertenece a la mujer. La primera está fundada en el fraude, el demandante debe probar que el acta ha sido hecha con fraude de su derecho; mientras que la mujer que pide la nulidad de una donación hecha por el marido, nada tiene que probar sino que su marido ha dado lo que no tenía derecho para dar.

El objeto de la acción es que se devuelvan a la masa

1 Rollière y Pont, t. II, pág. 177, núm. 889.

2 Casación, 14 de Abril de 1855 (Dalloz, 1855, 1, 373).

los bienes salidos de ella; en este sentido se dice que la acción de la mujer es una acción de reporte. ¿Cómo se hace esto? Racionalmente esto se entiende, puesto que el reporte es la continuación de la anulación de la donación; el bien dado está considerado en cuanto a la mujer como si no hubiera salido nunca de la comunidad. Si la donación no estuviera aún ejecutada cuando la disolución de la comunidad, se comprende en la masa repartible; es inútil, en este caso, promover por vía de acción de nulidad. Si el donatario reclamara la cosa, la mujer le opondría la acción por excepción de nulidad. Si la donación hubiese sido ejecutada, lo cual es el caso más ordinario, la mujer deberá pedir la nulidad del acta; la liberalidad será anulada en interés de la mujer, y la cosa volverá a la masa repartible.

Que la cosa dada se encuentre aún en la masa, o que vuelva a ella, el resultado es el mismo; la cosa está comprendida en la partición, y naturalmente por entero. Para justificar esta decisión se ha invocado el interés de la mujer; esto no basta para promover, se necesita ante todo tener derecho para ello. Y el derecho de la mujer es incontestable, porque se funda en la violación de la ley; el reporte es una consecuencia de la nulidad y el acta es nula por el todo, puesto que el marido hizo lo que no tenía derecho de hacer; no puede dar la mitad, así como no puede dar el todo (1). Queda por saber lo que sucede con la donación.

29. Si la cosa dada es puesta en el lote del marido, la donación es válida y naturalmente por entero. En efecto, el marido ha dado todo y en ese caso tenía el derecho de

1 Moulón, t. III, pág. 52, núm. 130. Rodière y Pont, t. II, pág. 177, número 889. Colmet de Santerre, t. VI, pág. 146, núms. 66 bis VII y VIII.

darlo, puesto que por efecto retroactivo de la partición, está como si hubiese sido siempre propietario de la cosa; por lo tanto, la donación es válida.

Si la cosa se halla puesto en el lote de la mujer, la donación cae, puesto que la mujer queda como si siempre hubiese sido propietaria, y el marido como si nunca tuviese la propiedad. Por consiguiente, la donación es nula, hasta para con el marido. Este punto está, no obstante, controvertido. Hay autores que aplican por analogía el art. 1,423; cuando el marido lega una cosa que entra en el lote de la mujer, el legatario tiene compensación por el valor total del efecto dado, en la parte de los herederos del marido, en la comunidad y en los bienes personales de este último. Que la cosa sea dada o legada poco importa, se dice, el fundamento para decidir es el mismo; el marido en uno y otra hipótesis ha dispuesto de lo que no le pertenecía; si la ley mantiene la liberalidad, debe también sostenerla en caso de donación (1). En teoría esto es verdad, no hay ninguna razón para distinguir entre la donación y el legado, pero desde el punto de vista de los textos y de los principios, queda una duda. La donación de cosa ajena es nula, lo mismo que el legado o la venta de cosa ajena (art. 1,599); por excepción al derecho común es como la ley da efecto al legado que el marido hace de una cosa de la que se halla como si nunca hubiese sido propietario. ¿Puede extenderse una excepción por vía de analogía? Esto equivaldría a crear una excepción, y el legislador sólo tiene este derecho, porque crear una excepción es hacer la ley. También se ha presentado otra objeción a la opinión general. La donación es anulada, o no puede tener su ejecución. Si el donata-

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 330 y nota 16, pfo. 50º, y los autores que citan.

rio no tiene acción en virtud del art. 1,423 ¿en virtud de qué derecho promoverá contra los herederos del donante? Esto sería una acción de garantía, y el donante no está obligado a garantizar al donatario contra la evicción. Si el donatario no puede promover en virtud del art. 1,423, ni en virtud de la garantía, no tiene ninguna acción y, por consiguiente, la donación cesa (1).

Se dice, en favor del donatario, que la nulidad de la donación es relativa; la mujer sola puede prevalecerse de ella, el marido no tiene este derecho. Siendo válida la donación para con el marido, debe ejecutarla, si fuese preciso, en sus bienes propios (2). Creemos que esto es hacer una falsa aplicación del principio que se invoca. No es el marido el que ha pedido la nulidad, es la mujer, a consecuencia de la anulación, la cosa ha vuelto a la masa repartible, y habiendo caído en el lote de la mujer resulta que el marido ha dado la cosa ajena; a consecuencia de la retroacción de la partición es como cae la donación. Sólo habría un modo de sostenerla: diciendo que el principio de la partición declarativa no tiene aplicación al caso. El art. 883 consagra, en efecto, una ficción; esta ficción es extraña al caso; no está establecida por interés del donante, sino en favor de los terceros, a los cuales, durante la indivisión, uno de los propietarios por indiviso ha concedido derechos reales sobre la cosa. Nos parece que formulando la objeción la hemos contestado. Ambos esposos son copropietarios, puesto que suponemos que la mujer ha aceptado. Durante la indivisión, uno de los copropietarios, el marido, da un bien común, un bien ganancial; por lo mismo, por efecto de la partición, el inmueble entra en el lote de la mujer.

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 148, núm. 66 bis IX.

2 Marcadé, t. V, pág. 532, núm. V del art. 1,423.

DE LA COMUNIDAD LEGAL.

45

¿No es éste precisamente el caso del art. 883? ¿Qué importa que uno de los copropietarios dé, venda o hipoteque? El principio es idéntico y se aplica a todas las concesiones de derechos reales, por consiguiente, a la enajenación a título gratuito, siendo también la propiedad un derecho real, el más considerable, aquel que los comprende a todos. En definitiva, la donación cae y el donatario no tiene ninguna acción contra el donante o sus herederos, a no ser que pueda prevaleerse del art. 1,423, lo que es muy dudoso (1).

30. ¿Podría el marido pedir la nulidad de la donación ilegal que ha hecho? No hay que decir que no puede promover en calidad de marido, pues la nulidad no es absoluta, es relativa, y sólo la mujer puede prevaleerse de ella. Pero se pretende que puede promover como jefe de la comunidad. Se le compara a un tutor que puede, en nombre de su pupilo, atacar los actos ejecutados por él irregularmente (2). Esto nos parece inadmisibile. El marido no es el tutor de la mujer, no la representa en todos los actos civiles; administra sus bienes durante la comunidad, y acabamos de decir que la mujer no puede promover durante el matrimonio, sólo tiene derecho de promover cuando acepta. En este momento el marido ya no conserva ningún derecho; en cuanto a la comunidad, en nombre de la cual se quiere conceder acción al marido, está fuera de causa; en efecto, la comunidad no es otra cosa que el marido y la mujer asociados; sólo la mujer puede promover la nulidad; el marido, como tal, no tiene derecho de promover. Esto es decisivo.

31. La donación es nula cuando comprende un in-

1 Hay además, otra opinión acerca de esta difícil cuestión, la de Troplong, t. I, pág. 279, núm. 89; ha sido refutada por Rodière y Pont, t. II, pág. 178, núm. 889, y por Aubry y Rau, t. V, pág. 330, nota 16, pfo. 509.

2 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 148, núm. 66 bis X.

mueble de la comunidad; es nula cuando el marido ha dado la universalidad o una cuotidad de los muebles; en fin, es nula también cuando el marido ha dispuesto de efectos muebles a título particular, reservándose el usufructo. Aunque haya nulidad en todos estos casos, los efectos difieren según que la donación es inmueble o mobiliar. Cuando la donación tiene por objeto un bien ganancial, la acción de la mujer es inmobiliar y puede ejercerla contra terceros, no por causa del principio del art. 2,279—la máxima que *para los muebles la posesión vale título*, está fuera de lugar—sino porque los objetos muebles no se encuentran en manos del donatario, ni de un tercero. Si se trata de una universalidad de mobiliar, la donación versa sobre los bienes futuros; por consiguiente, no produce efecto más que a la muerte del donante, es decir, en el momento en que la mujer puede oponer la nulidad al donatario que rindiera la ejecución de la institución contractual; y si la donación de efectos muebles fué hecha con reserva de usufructo, el donante se encontrará igualmente en posesión de la cosa dada (1). Esto es una garantía para la mujer, porque si debiera promover su reivindicación contra tercero, se le podría oponer la máxima del art. 2,279.

El principio que establece que la acción de la mujer es inmobiliar cuando el objeto de la donación es un bien ganancial, tiene una consecuencia importante en el caso en que hay un legatario del mobiliar. No se necesita decir que este legatario no tiene la acción inmobiliar que pertenece a la mujer. La Corte de Casación sentenció que tampoco tenía derecho a los valores muebles que hubiesen sido entregados a la mujer en pago del inmueble dado; en efecto, el pago no cambia la naturaleza del

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 148, núm. 66 bis IX.

derecho: por ser éste inmobiliario, el legatario del mobiliario no puede ya aprovecharlo (1).

32. ¿Es nula la donación cuando el marido da un inmueble a un hijo del primer matrimonio? Según el art. 1,422, la nulidad no es dudosa; la ley dice terminantemente que el marido no puede disponer de los inmuebles de la comunidad si no es para el establecimiento de hijos comunes. Pero el art. 1,469 parece decir lo contrario. Según los términos de esta disposición, el esposo reporta las sumas que han sido sacadas de la comunidad, o el valor de los *bienes* que el esposo ha tomado para dotar a un hijo de primer matrimonio. Si el esposo reporta los *bienes*, resulta que la donación es válida, y la ley no distingue entre los bienes inmuebles y los muebles. La Corte de Amiéns dedujo de esto que el art. 1,469 derogaba al 1,422. La sentencia fué casada. Es difícil admitir que en un mismo Código, un artículo derogue a otro; cuando menos debe tratarse de conciliarlos antes de admitir que existe derogación. Y la conciliación es posible en el caso. El art. 1,422 es el que determina lo que el marido puede y no puede dar; el art. 1,469 tiene únicamente por objeto reglamentar el reporte de lo que ha sido legalmente dado; en consecuencia, debe decidirse la cuestión por el art. 1,422 y, por consiguiente, admitir con la Corte de Casación que la palabra *bienes* en el art. 1,469 designa no a los inmuebles que no está permitido dar al marido, sino a los bienes muebles, distintos las sumas de que la ley acaba de hablar, tales como valores mobiliarios, tan numerosos y tan importantes en nuestro estado social (2).

1 Denegada, 16 de Febrero de 1852 (Dalloz, 1852, 1, 294).

2 Casación, 14 de Agosto de 1855 (Dalloz, 1855, 1, 372).

II.—De los legados.

33. El art. 1,423 dice que “la donación testamentaria hecha por el marido no puede exceder su parte en la comunidad.” Esta es la aplicación de la máxima de las costumbres que decía que el marido vive como dueño y muere como socio. El legado sólo tiene efecto a la muerte del testador; en este momento el marido no es ya sino un socio, únicamente puede disponer de su parte en los fondos sociales. La mayor parte de las costumbres lo explicaban así en términos formales (1). Si el marido dispusiera de más que de su parte, de toda la comunidad, o de una cantidad mayor que la mitad, la disposición sería nula; sería válida si la mujer renunciase y reducible si la mujer aceptara (2).

La ley no habla de la mujer; durante la comunidad, la mujer no tiene ningún derecho, pero a la disolución de la comunidad se vuelve socio; puede, por consiguiente, disponer de su parte. A diferencia del marido, nunca puede disponer de más; porque el marido, al no poder renunciar, es necesariamente aceptante y toma siempre la mitad, y toda la comunidad en el caso de renuncia de la mujer.

34. ¿Puede el marido disponer por testamento de un objeto particular de la comunidad? Según el art. 1,423 el legado es válido, pues produce siempre su efecto, Si la cosa legada entra en el lote de los herederos del marido por motivo de la partición, el legatario puede reclamarlo en naturaleza. Esta es una consecuencia de los principios que rigen la indivisión y la partición: el marido es copropietario por indiviso de los bienes de la co-

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 475.

2 Rodière y Pont, t. II, pág. 180, núm. 891.

munidad, puede disponer con este título de un bien común, pero la validez de la disposición depende del resultado de la partición. Si la cosa legada entra en el lote de los herederos, el legado es perfectamente válido, porque el marido se halla como si siempre hubiera sido propietario. Por lo contrario, si el efecto entra en el lote de la mujer, ella es quien estará como si siempre hubiese sido propietaria: ¿qué sucede entonces con el legado? El artículo 1,423 dice: "El legatario tiene compensación por el valor total de lefecto dado, en la parte de los herederos del marido en la comunidad y en los bienes personales de este último." Esta disposición es muy difícil de aplicar. Una cosa segura, es que deroga al art. 1,021, según el cual el legado de la cosa ajena es nulo, sea que el testador haya conocido o no que no le pertenecía. Y el marido lega la cosa ajena cuando el efecto entra en el lote de la mujer; nunca fué propietario, mientras la mujer siempre lo fué; lega, pues, una cosa que pertenecía a la mujer. Este legado debiera ser nulo, según el art. 1,021. ¿Por qué la ley le concede efecto? Los autores del Código no nos han dado la razón; de aquí han nacido incertidumbre y controversias. Unos dicen que el art. 1,423 reproduce el derecho antiguo que declaraba válido el legado de la cosa ajena cuando el testador sabía que no era propietario y el marido sabe que lega un bien de la comunidad, sabe que la cosa legada puede entrar en el lote de la mujer y que, en este caso, dispone de una cosa que no le pertenece; si a pesar de esto da, ¿cuál puede ser su intención? ¿Es seguro que el legatario tiene derecho al valor del legado (1).

Esta explicación supone que el legislador, al escribir el art. 1,423, olvidó el art. 1,021, lo que no puede ad-

1 Dalloz, *Repertorio periódico*, 1862, 2, 161, nota.

mitirse; debe, pues, decirse que el art. 1,423 contiene una excepción al principio del art. 1,021; en cuanto al fundamento de esta excepción, puede adivinarse. El marido es señor y dueño de la comunidad, parece que dispone de una cosa suya, se le debe suponer la intención de haber hecho una liberalidad que produjera su efecto, cualquiera que fuese el resultado de la partición. Y seguramente que pudiera decirse, que en el caso en que entrara la cosa en el lote de la mujer, cree que el legatario tiene derecho al valor de la cosa legada; el artículo 1,424 interpreta la voluntad del marido en este sentido. Siempre es una derogación del art. 1,021, pero se funda en la probable intención del disponente, y es esta intención, después de todo, la que es decisiva en materia de legado (1).

Decimos que puede adivinarse la razón del art. 1,423, pero no debe irse demasiado lejos en este camino. Alguién se prevaleció del art. 1,423 para indicar que el legado de la cosa ajena es siempre válido cuando el testador debió necesariamente saber que la cosa era ajena (2). Esta doctrina nos parece contraria al texto y al espíritu del art. 1,021; el texto rechaza la distinción que se quiere introducir en él, y el espíritu de la ley se opone a que se resucite una inquisición de intención que el legislador quiso prescribir. Hay un motivo terminante para desechar esta interpretación; es que hace descansar en una base de lo mas frágil, el sentido del art. 1,423 que se fija por vía de adivinación. Muy bien se puede decir que el sentido de una ley parece ser el que se supone que fué la intención del legislador, pero esto sería siempre

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 153, núm. 67 bis IV.

2 Moulón, t. III, pág. 56, nota. En sentido contrario, Colmet de Santerre, t. VI, pág. 152, núm. 67 bis IV.

una interpretación incierta; hay, pues, que cuidarse de sacar de ella consecuencias.

35. La discusión a la que nos acabamos de entregar es ociosa. Si es verdad que el art. 1,423 es una derogación del principio del art. 1,021, debe deducirse que esta es una disposición excepcional y, por tanto, de rigurosa interpretación. De aquí resulta que no se debe extenderla a la mujer; la ley nada dice de esto; queda, pues bajo el imperio del derecho común. Cuando lega un afecto de la comunidad, el legado será válido si la cosa legada entra en el lote de sus herederos, y será nulo si la cosa queda puesta en el lote del marido (1).

36. No debe confundirse esta cuestión con la de saber si el legado de un efecto de la comunidad hecho por el marido a la mujer se rige por el art. 1,423. La afirmativa fué sentenciada y es segura. No se trata, en este caso, del derecho de la mujer, se trata del derecho del marido, y la ley da a éste último, el poder de disponer de los efectos de la comunidad, sin distinguir en provecho de quien dispone; puede, pues, hacerlo en provecho de su mujer. En un caso juzgado por la Corte de Bastia, la mujer era legataria del usufructo de un bien ganancial; este inmueble, en su lote, tenía derecho a una compensación por el valor del usufructo hasta concurrencia de la porción perteneciente al testador (2).

Sin embargo, el marido al testar en provecho de su mujer, o en provecho de un tercero, puede declarar que su voluntad es disponer sólo de su parte en los objetos

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 330, nota 17, pfo. 509. Colmet de Santerre, tomo VI, pág. 153, nm. 67 bis V. En sentido contrario, Durantón, t. IX, número 250.

2 Bastia, 26 de Febrero de 1840 (Dalloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 1,189).

legados. ¿Cuál será en este caso el derecho de la mujer? Se ha fallado que la mujer debía tomar el legado antes de toda partición; de esta manera toma de los objetos legados la parte que el marido tenía en ella. Mientras que si el marido le legara la totalidad del efecto, como el art. 1,423 lo supone, la mujer legataria podría primero pedir la partición, y después reclamar contra los herederos del marido, ya sea los objetos legados si han caído en ella en su naturaleza, ya sea su valor total si fueren puestos en su lote (1).

37. El art. 1,423 supone que el marido lega un efecto de la comunidad durante la sociedad conyugal. Una vez disuelta la comunidad se está bajo el imperio del derecho común. El marido ya no puede disponer sino a título de copropietario por indiviso de los bienes comprendidos en la masa; queda, pues, sometido a la regla de la partición declarativa: la disposición será válida o nula, según que la cosa entre en el lote de sus herederos o en el de la mujer. Esta es la aplicación literal del art. 1,021 combinado con el art. 1,423 (2). Aquí vuelve el debate acerca del espíritu de la ley. Si el art. 1,423 fuera una disposición de principio, como se pretende, se debería aplicársele por vía de interpretación extensiva, mientras que semejante interpretación es imposible cuando se considera al art. 1,423 como una excepción; acabamos de decir (núm. 34) que, en nuestro concepto, el carácter excepcional de esta disposición no es dudoso.

Núm. 3.—Restricciones que tiene el poder del marido.

38. El poder del marido era más extenso bajo el de-

1 Denegada, 18 de Marzo de 1862 (Dalloz, 1862, 1,285). Rodière y Pont, t. II, pág. 181, núm. 893.

2 París, 6 de Mayo de 1861 (Dalloz, 1862, 2, 161).

recho antiguo que bajo el imperio del Código Civil: era a la letra el señor y dueño. Sin embargo, las costumbres ponían una restricción a esta autoridad absoluta. Después de haber dicho que el marido es señor y dueño, la costumbre de París agrega (art. 225): “De tal manera que puede vender los bienes de la comunidad, enajenarlos o hipotecarlos y disponer, por donación u otra disposición entre vivos, a su gusto y voluntad, sin el consentimiento de su mujer, a persona capaz y *sin fraude*.” ¡*Sin fraude*! Estas palabras no quedan reproducidas en el artículo 1,421 ni en el art. 1,422. ¿Quiere esto decir que el poder del marido llegue hasta disponer de los bienes comunes con fraude de los derechos de la mujer? El derecho y la moral protestan contra semejante interpretación. Es verdad que el marido es *señor*, pero lo era mucho más en el derecho antiguo que en el moderno; sin embargo, se establecía una excepción para el fraude. Es porque es imposible admitir que el marido pueda comprometer o destruir los derechos de la mujer por actos fraudulentos. La comunidad es una sociedad; cualquiera que sea la autoridad del marido, la mujer siempre tiene un derecho de copropiedad, que se realizan con su aceptación. Y no se concibe que el marido tenga derecho de despojar a su mujer de este derecho por actos fraudulentos. No es para arruinar a la mujer por lo que las costumbres lo declaraban señor y dueño, es para hacer prosperar a la sociedad de bienes de que es el jefe. Por otra parte, el fraude constituye una excepción de todas las reglas: los acreedores pueden atacar los actos hechos por su deudor en fraude de sus derechos; con mayor razón debe esta facultad pertenecer a la mujer que es más que acreedora, es copropietaria.

39. El principio no es dudoso. Queda por saber el

sentido de estas palabras de la costumbre: *sin fraude*. Pothier la explica como sigue: “El marido, señor de los bienes de la comunidad, puede disponer de ellos a su gusto sin el consentimiento de su mujer. Sin embargo, estas disposiciones sólo son válidas cuando parecen ser hechas en fraude de la parte que la mujer tiene en los bienes a la disolución de la sociedad. Así, hay *fraude* cuando el marido, disponiendo, quiere despojar a la mujer de la parte que tiene en el bien de que él dispone. Hay fraude, sobre todo, cuando el marido, despojando a su mujer, tiene por objeto enriquecerse. Lo principal del fraude, continúa Pothier, es cuando la disposición de los bienes de la comunidad tiende a mejorar al marido en perjuicio de su mujer privándola de la parte que debe tener un día en los bienes de su comunidad.” Esta era la interpretación de Dumoulin: “Sin fraude, es decir sin enriquecerse él o sus herederos en disminución de la comunidad.” (1).

Hay, pues, dos casos de fraude: primero cuando el marido disminuye la comunidad para enriquecerse; éste es el fraude ordinario. No debe confundirse este caso con el de la compensación prevista por el art. 1,437. Ambos esposos deben compensación cuando sacan un provecho personal de los bienes de la comunidad; deben indemnizar a ésta. La ley no supone el fraude. Por parte de la mujer, esto es imposible; no puede sacar un provecho de la comunidad sin el concurso de su marido; y no se dirá que el marido se pone de acuerdo con ella para defraudar a la comunidad. La diferencia es grande entre el provecho hecho sin fraude por el marido y la expoliación de la mujer por actos fraudulentos; en el primer caso, el acto que proporcionó un provecho al marido es

1 Pothier, **De la comunidad**, nms. 467 y 481.

válido, sólo le obliga a indemnizar a la comunidad. En el segundo caso el acto fraudulento será anulado a pedimento de la mujer.

Hay un segundo caso de fraude: el marido disminuye la comunidad, no para mejorarse a sí mismo, sino para frustrar a la mujer en provecho de terceros. Será por odio a la mujer (1). Estas malas pasiones son raras; los hombres obran más por avidez que por odio.

40. Cualquiera que sea, el fraude da lugar a una acción de nulidad. Esto es el derecho común establecido por el art. 1,167. No se trata de una simple acción por indemnización. La mujer sólo puede promover cuando hubo fraude, pues el marido tiene el derecho del propietario; puede usar y abusar, puede disipar y perder la comunidad sin que la mujer tenga derecho para atacar sus actos. Sólo cuando el marido disminuye la comunidad por actos fraudulentos es cuando la mujer tiene derecho para promover (2).

Se le ha discutido este derecho con razones bastante malas. Se dice que para que haya lugar a la acción pauliana, es necesario que exista un derecho lesionado. Y la mujer no tiene derecho durante la comunidad, por consiguiente, no puede tratarse de un acto hecho en fraude de sus derechos (3). Hay algo de verdadero en esta objeción y es que la mujer no puede promover durante la comunidad; su derecho de socio sólo se abre al ocurrir la disolución. Y como asociada es como puede quejarse; la consecuencia es que la mujer no puede promover sino cuando la comunidad se halla disuelta si ella acepta (4).

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 326, pfo. 509.

2 Rodière y Pont, t. II, pág. 163, núm. 876.

3 Colmar, 25 de Febrero de 1857 (Dalloz, 1857, 2, 88).

4 Bruselas, 25 de Julio de 1864 (*Pasicrista*, 1864, 2, 423).

La aceptación de la mujer da lugar a una objeción en su contra. Aceptando, hace suyo todos los actos del marido, como si hubiese sido parte en ellos; y habiendo consentido el acto, no puede sostener que fué hecho en fraude de sus derechos: ¿no es este el caso del adagio *volens non fraudatur*? Ya hemos encontrado esta argumentación: es muy justa cuando los actos del marido son de buena fe, pero es falsa cuando se trata de actos fraudulentos. Sucede con la mujer lo que con los herederos; éstos continúan la personalidad del difunto, y, sin embargo, pueden atacar los actos fraudulentos por los que atacó sus reservas. Asimismo, la mujer, aunque acepte, no está ligada por los actos ejecutados en fraude de sus derechos; sería absurdo pretender que la mujer sólo puede aceptar aprobando el fraude, pues resultaría que nunca podría promover y sí el marido defraudarla a sus anchas; si renuncia, queda sin derecho y sin interés; si acepta, aprueba al fraude (1).

Se ha encontrado otra objeción en el art. 271: esta es una disposición especial para el divorcio, que no impide la aplicación del derecho común. Transladamos a lo que fué dicho en el título del *Divorcio* (t. III, número 253) y a una excelente sentencia de la Corte de Colmar que establece muy bien la diferencia entre la disposición excepcional del art. 271 y la regla general del art. 1,167 (3).

41. Puesto que la mujer promueve por acción pauliana, es necesario aplicar los principios que rigen a esta acción. Se pregunta si la mujer puede promover contra los terceros que han tratado con su marido, y aun con-

1 Denegada, 31 de Julio de 1872 (Dalloz, 1873, 1, 340).

2 Colmar, 25 de Febrero de 1857 (Dalloz, 1857, 2, 89).

tra los terceros detentadores que han figurado en el contrato (1). Hemos examinado la cuestión, así como todas las que se refieren a esta difícil materia, en el título de las *Obligaciones*, que es su lugar.

42. En el derecho antiguo, el marido podía disponer a título gratuito tanto como a título oneroso. Sobre todo, en vista de estas liberalidades es como disponían las costumbres que el marido debe obrar sin fraude. Según el Código Civil, las liberalidades están prohibidas por regla general. Esto restringe el círculo de los actos que el marido puede hacer en fraude de los derechos de la mujer. Las actas a título oneroso pueden ser fraudulentas, lo cual sucede ordinariamente cuando ocultan una liberalidad. Si el acta es onerosa sólo en apariencia, la mujer puede pedir la nulidad probando que es una liberalidad disfrazada que no tenía derecho de hacer el marido; es seguro que el marido no puede dar un inmueble bajo forma de venta como no lo puede hacer por donación directa. En este caso la mujer promueve por nulidad, no en virtud del art. 1,167, sino del 1,492. Para que haya lugar a intentar la acción pauliana el acto debe ser a título oneroso, y es necesario que disminuya la comunidad por fraude, ya sea que el marido se aproveche, ya sea que los que se aprovechan sean terceros. No basta que la comunidad quede disminuida, es preciso que sea por fraude. Toca naturalmente a la mujer probar el fraude. La prueba puede ser difícil, pero esta es una dificultad de hecho. Sólo citamos un caso juzgado por la Corte de Bruselas. El marido había vendido, por acta de 29 de Enero de 1857, varios inmuebles dependientes de la comunidad universal que existía entre él y su mujer; el precio consistía en una renta vitalicia de 500 francos. Mu-

1 Rodière y Pont, t. II, pág. 164, núm. 876.

rió el 3 de Marzo siguiente de una hidropesía que padecía desde antes de la venta. Había circunstancias que hacían el fraude evidente. Los bienes vendidos valían 5,000 francos; los compradores eran presuntos herederos del vendedor. Este vivía separado de su mujer. He aquí un ejemplo de disposición que el marido hace por odio a su mujer y para despojarla: no es para enriquecerse a sí mismo, pues estaba próximo a morir: quizo disminuir la comunidad para defraudar los derechos de su mujer (1).

43. El marido puede dar efectos muebles a título particular; la ley sólo establece la restricción, de que no se reserve el usufructo (art. 1,423). ¿Cuándo puede la mujer atacar estas liberalidades? La condición esencial es que hayan sido hechas en fraude de sus derechos. No basta, pues, que sean excesivas, porque el marido puede disipar y perder los bienes de la comunidad tanto por sus liberalidades como por sus actos a título oneroso; la circunstancia de sus excesos no constituye por sí sola el fraude. No se debe, pues, afirmar en principio, como lo hace Troplong, que la profusión hacia los extraños es un dolo hacia la mujer (2). Se debe, al contrario, mantener el principio que el marido es señor y dueño, que puede perder la comunidad por sus excesos; sólo una cosa le está prohibida, el fraude: la mujer se hallará, pues, obligada a probar que el marido obró en fraude de sus derechos. Hay fraude cuando la liberalidad disfraza un provecho que resulta para el marido por intermedio de una tercera persona, pues no hay en esta materia personas a las que se supone interpuestas, como las hay en los casos de los arts. 911 y 1,100. También hay fraude cuando el ma-

1 Bruselas, 28 de Enero de 1859 (*Pasicrisia*, 1859, 2, 235). Consúltase Bruselas, 25 de Febrero de 1859 (*ibid.*, 1859, 2, 299).

2 Troplong, t. I, pág. 278, núm. 837.

rido dió por odio a su mujer, aunque no sacara ningún provecho personal de la donación (1).

44. No deben confundirse las donaciones que el marido hace en fraude de su mujer y las donaciones por las cuales el marido debe compensación. Esta no implica ningún fraude, no da derecho a una acción de nulidad, todo cuanto resulta es que el esposo que debe compensación está obligado a reportar a la comunidad el provecho que ha sacado de los bienes comunes. El art. 1,469 ofrece un ejemplo de ello: "Cada esposo o su heredero reporta las sumas que han sido sacadas de la comunidad o el valor de los bienes que ha tomado en ella para dotar a un hijo de otro matrimonio o para dotar personalmente al hijo común." Estas liberalidades son válidas; esto no es dudoso cuando el marido dota a un hijo común, puede darle inmuebles, la universalidad de los inmuebles y hasta toda la comunidad; el marido sólo está obligado a compensación cuando se ha constituido deudor personal del dote y paga con efectos de la comunidad; salda en este caso, una deuda que le es personal, a expensas de la comunidad, por lo mismo, debe compensación en virtud del art. 1,437. Igual cosa sucede cuando el marido dota a un hijo de otro matrimonio en efectos muebles, pues si lo dota en inmuebles o en universalidad de muebles, la donación es nula (núm. 32).

La donación de efectos muebles que hace el marido a título de dote a un hijo del primer matrimonio, presenta dificultades. Se pregunta desde luego por qué está obligado a compensación. En lo general no debe indemnización por las liberalidades que hace a extraños, ni tampoco por los bienes de la comunidad que disipa; dar es perder, decían los jurisconsultos romanos; y el mari-

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 145, núm. 66 bis VI.

do tiene el derecho de perder los bienes comunes. Sin embargo, no debe establecerse como principio absoluto, que el marido no debe recompensa por las donaciones que hace; debe compensación por los actos a título gratuito tanto como por los a título oneroso, primero cuando saca un provecho personal sin ningún pensamiento de fraude, luego cuando obra en fraude de los derechos de su mujer. No hay a este respecto ninguna diferencia entre las convenciones interesadas y las donaciones. Sin embargo, los autores (1) y la jurisprudencia parecen admitir como regla que el marido no debe compensación por las liberalidades que ha hecho. Se invoca el artículo 1,469 según el cual el esposo reporta las sumas y los bienes que ha sacado de la comunidad para dotar a un hijo de otro matrimonio. El argumento supone que el art. 1,469 consagra una excepción de derecho común; se puede interpretar también la ley en este sentido: que aplica el principio de las compensaciones a un caso particular. Lo que da gran peso a esta última interpretación, es que la disposición está tomada de Pothier, quien la considera como una aplicación de la regla de las compensaciones (2). Esta interpretación está también fundada en principio y en razón. El marido debe compensación cuando obtiene provecho personalmente de la venta de un bien ganancial; ¿por qué no había de deber compensación cuando mejora personalmente por una donación? El motivo para decidir la equidad, es el mismo en ambas hipótesis.

La Corte de Casación objeta que el marido que da, sólo usa de un derecho que procede de la ley, y deduce

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 328, nota 11, pfo. 509. Rodière y Pont, t. II, pág. 174, núm. 885. Mourlón, t. III, pág. 51, núm. 125.

2 Pothier, **De la comunidad**, núm. 641.

de esto que no está obligado a compensación alguna por este capítulo; la Corte agrega que en la sentencia atacada consta que la donación que en el caso el marido había hecho a su sobrina no era excesiva (1). ¿No confunde la Corte la donación por la cual el marido debe compensación con la donación hecha en fraude de la mujer? Cuando se trata de compensación, el motivo de la donación es indiferente; se trata de hacer constar que el marido sacó un provecho personal y que debe indemnización por tal provecho. Decir que hace lo que tiene derecho de hacer, es probar demasiado; el marido tiene también el derecho de hacer cualquier acto oneroso, lo que no impide que deba compensación, si de él saca alguna ventaja.

Esta misma confusión se encuentra en una sentencia de la Suprema Corte. El marido había hecho una donación de efectos muebles a sus hermanas, las cuales eran sus herederas presuntivas. ¿Debía compensación? La Corte comienza por citar el art. 1,422 que permite al marido dar sin someterlo a compensación. Esto ya era presentar indebidamente la cuestión y raciocinar mal. El objeto del art. 1,422 no es decidir si el marido debe o no compensación, el único objeto de la ley es determinar lo que puede dar el marido. Después la Corte descarta el artículo 1,469 que invocaba el recurso para deducir que esta disposición debía ser aplicada por analogía; la sentencia contesta que el art. 1,469 es *absolutamente limitativo* y sólo se aplica a los hijos dotados por el marido; que las donaciones hechas a todas las demás personas están regidas por el art. 1,422. Esto es decir que sólo se debe compensación en el caso del art. 1,422; no en las donaciones en general.

1 Denegada, 18 de Marzo de 1862 (Dalloz, 1862, 1, 285).

Acabamos de probar que esto no es exacto. Después de haber dicho que no se debía compensación, la Corte, fundándose en la sentencia atacada, dice que el marido no había sacado ningún provecho personal de las donaciones hechas a sus hermanas. Este considerando es inútil si es verdad que no debía compensación. Supone, pues, que hay casos en que la compensación es debida. ¿Cuáles son estos casos? La Corte nada dice, se limita a combatir un argumento que hacía valer el recurso. La donación hecha a sucesibles es reportable, aprovecha a la sucesión, por tanto al difunto; extraño argumento que rechaza la Corte con el texto del art. 1,437; la ley no somete al marido a una compensación más que cuando saca un provecho *personal* de la comunidad. ¿Será que el reporte hecho a la sucesión del donante puede ser calificado de provecho *personal* para el donante? (1).

Lo que confirma nuestra opinión de que la Corte confunde las donaciones sujetas a compensaciones y las hechas en fraude de la mujer, es que la misma Corte no titubeó en aplicar el principio de las compensaciones a las donaciones hechas por los esposos cuando sacan un provecho personal. Este es el caso de una donación hecha con cargo cuando el cargo aprovecha al donante; relataremos el caso más adelante. Lo mismo sucede con una donación remuneratoria; aprovecha siempre al donante cuando paga una deuda civil o natural; desde luego, debe compensación.

45. Volvamos a las donaciones que hace el marido a un hijo de otro matrimonio; el art. 1,469 decide que el marido debe compensación por este punto. En nuestra opinión esta disposición sólo aplica el principio de las compensaciones (art. 1,437); la disposición es inútil. Hay

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

algo especial en el caso previsto por el art. 1,469. Cuando en el momento de la liquidación se sostiene que el marido debe compensación, ya sea por una liberalidad, ya por una acta a título oneroso, toca al que reclama probar que el marido sacó un provecho personal de los bienes de la comunidad; cuestión de hecho que el juez decide. En el caso del art. 1,469, la ley es la que resuelve; ella es la que sujeta al marido a la compensación por cuanto toma de la comunidad para dotar a su hijo; el demandante no tiene ninguna prueba que dar, sino demostrar la existencia de la donación hecha a título de dote al hijo del primer matrimonio; no necesita probar que el marido ha sacado provecho de la liberalidad. El padre está naturalmente obligado a dotar a sus hijos; y nada es más personal que una obligación natural; el deudor reconoce, pagando, que está obligado. Es, pues, de sus bienes de donde debe pagar su deuda; no se puede decir que esto sea una deuda de la comunidad, porque no puede ser seguida contra ésta. Hay, además, otra razón por la cual la ley creyó deber decidir por sí misma la cuestión de compensación para las donaciones hechas a un hijo del primer matrimonio. Siendo la compensación una cuestión de hecho, los tribunales podían haber juzgado que no había lugar a compensación; esto hubiera sido facilitar a los padres el hacer liberalidades a sus hijos de otro matrimonio, a expensas de la comunidad. En otros términos, el legislador no ha creído deber hablar de las liberalidades ordinarias que el marido puede hacer. No está muy inclinado a despojarse en provecho de un extraño, ni siquiera de un pariente;

mientras que la voz de la naturaleza le manda dotar a sus hijos; y lo haría con demasiada liberalidad, si pudiese efectuarlo a expensas de la comunidad (1).

46. El art. 1,469 no supone que haya fraude, puesto que admite la donación a una compensación, lo que implica que es válida y que se la mantiene. Si la donación fuese hecha en fraude de los derechos de la mujer, ésta podría pedir su nulidad. ¿Cuándo hay fraude? Lo hemos dicho más atrás (núm. 39). En el caso del artículo 1,469, el fraude será más difícil de probar, porque la liberalidad reconoce una causa legítima, puesto que tiene por objeto saldar una deuda natural. Sin embargo, podrá haber fraude si el marido, bajo pretexto de pagar una deuda que le impone la naturaleza, trata de despojar a su mujer de los derechos que tiene como socio. No insistimos, porque la dificultad es de hecho; al juez toca decidirla según las circunstancias de la causa. Notemos sólo el interés que tiene la mujer en promover la nulidad más bien que en pedir una compensación. Esta se ejerce contra la comunidad y contra el marido, la comunidad puede encontrarse agotada y el marido puede ser insolvente. En este caso, la mujer tiene positivo interés en promover la nulidad de la donación, si realmente es fraudulenta, puesto que su acción reacciona contra los terceros (2).

47. El art. 1,469 originó recientemente otra dificultad. Habla de una liberalidad hecha a un hijo para *dotarlo*. ¿Debe deducirse de esto que el marido puede hacer una liberalidad a un hijo de otro matrimonio por otra causa, y que esta liberalidad no estará sujeta a re-

1 Consúltese Colmet de Santerre, t. VI, pág. 145, núm. 66 bis VI. Denegada, 21 de Noviembre de 1871 (Dalloz, 1872, 1, 189).

2 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 146, núm. 166 bis XI.

porte? La Corte de Casación ha resuelto que la disposición del art. 1,469 es restrictiva en el sentido de que sólo por las donaciones dotales debe el marido recompensar. Así formulada la resolución, sería demasiado absoluta e inexacta. El art. 1,469 no es una excepción a la regla de las compensaciones, es más bien una aplicación de esta regla (núm. 45). Toda liberalidad, lo mismo que todo acto del marido, está sujeta a compensación cuando éste ha sacado un provecho personal; por consiguiente, también la donación hecha al hijo de primer matrimonio, aunque esta donación no haya sido hecha a título de dote; sólo que si se trata de una liberalidad ordinaria, a la mujer toca probar que el marido sacó provecho, pues ya no es una donación hecha en cumplimiento de una obligación natural.

En realidad, la resolución de la Corte de Casación no tiene el alcance que se le quiere dar⁽¹⁾. Si hay que hacerle un reproche, es el de haber confundido la compensación con el fraude. El recurso contribuye a inducir a error a la Corte. Pretendía que se debía aplicar el art. 911 a la liberalidad que hace el marido a un hijo de primer matrimonio y que, por consiguiente, debía ser anulada por suponerse hecha en favor del marido. Esto era un error palpable, aunque lo profesen Merlin y Toullier. El art. 911 nada tiene de común con la donación que el marido hace a un hijo de primer matrimonio; anula la liberalidad hecha a un incapaz por persona interpuesta; es decir, a una de las personas que la ley declara incapaces para recibir. Y en el caso no se trata de una incapacidad para recibir, sino de saber si la donación está sujeta a compensación, o si es nula como hecha en fraude de los derechos de la mujer. Acerca de

1 Véase la nota de Beulant acerca de la sentencia, en Dalloz, 1870, 1, 5.

este punto es donde hubo confusión en la sentencia. Toda disposición, dice la Corte, aunque hecha en apariencia en provecho de personas capaces para recibir, es susceptible de ser *anulada* cuando en realidad *está destinada a enriquecer al marido* a expensas de la comunidad (1). He aquí la donación hecha en fraude de la mujer; la Corte dice muy bien que para que una donación pueda ser anulada es preciso que el objeto fraudulento esté probado; y en el caso el fraude no constaba en la sentencia atacada. Pero la donación, aunque no fraudulenta, podía dar lugar a compensación si se hubiese probado que el marido había sacado una ventaja a expensas de la comunidad. Este es el punto que la Corte parece confundir con la donación fraudulenta. La diferencia es grande; la compensación supone una donación válida, mientras que en caso de fraude la donación es nula. En uno y otro caso, el marido mejora a expensas de la comunidad; pero en el caso de compensación, lo hace sin intención de fraude; no debe, pues, decirse que toda donación destinada a enriquecer al marido a expensas de la comunidad es fraudulenta y nula por este título.

48. La jurisprudencia admite la validez de una donación inmobiliaria cuando la mujer concurre al acta. Se ha pretendido que estas donaciones daban lugar a compensación por sí mismas. Esta pretensión no podía ser aceptada, pues no descansa sobre nada. ¿Cómo puede haber compensación cuando ninguno de los esposos se enriquece a expensas de la comunidad? En el primer caso sentenciado por la Corte de Casación, la donación estaba hecha con cargo, y el cargo consistía en una renta vitalicia estipulada en interés de los donantes. La sentencia

1 Casación, 23 de Junio de 1869 (Dalloz, 1870, 1, 5).

atacada, de la Corte de Limoges, distinguía muy bien la liberalidad hecha como testimonio de afecto o de gratitud y el cargo: la liberalidad no podía dar lugar a compensación, pero no pasaba así con el cargo, puesto que procuraba un provecho personal a los donantes. Este último punto fué igualmente discutido; la renta vitalicia estaba estipulada en provecho de ambos esposos; luego, se decía, no había ventaja personal para ninguna. Esto era argüir mal. La Corte de Casación restablece las cosas a la realidad: el provecho era aleatorio, pero no por esto resultaba menos de la donación; luego había lugar a aplicar el principio de las compensaciones (1). Si la ventaja sólo existe en provecho de uno de los esposos, éste sólo deberá compensación; como en el caso de una donación en provecho de un hijo de primer matrimonio por el marido con el concurso de la mujer: la mujer no saca ningún provecho de la donación, por lo mismo, no debe ninguna compensación; su concurso en el acta no impide que el marido saque un provecho, lo que lo obliga a indemnizar a la comunidad (2).

§ II.—DE LAS ACCIONES.

49. La costumbre de París decía (art. 233): “El marido es señor de las acciones mobiliarias y posesorias, visto que proceden del lado de la mujer; y puede el marido promover y deducir dichos derechos y acciones en juicio sin dicha mujer.” Pothier da el fundamento de esta disposición: “Estando la comunidad compuesta de to-

1 Dos sentencias de denegada, 29 de Abril de 1851 (Dalloz, 1852, 1, 25 y 26).

2 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 146, núm. 166 bis VI.

dos los bienes muebles de cada uno de los cónyuges y siendo el marido, en su calidad de jefe de la comunidad, único señor de los bienes de la misma mientras dura, la costumbre saca muy bien la consecuencia de que es señor por el total de las acciones muebles de su mujer y que él sólo puede deducirlas en juicio.” Esto es tan evidente que era inútil haberlo dicho. El que es señor y dueño y que tiene el derecho absoluto de disponer de los bienes, puede naturalmente promover en justicia para reclamar sus derechos y para defenderlos, porque este es el derecho de todo propietario. Y el marido es propietario de los bienes comunes. Por esto el Código nada dice de las acciones concernientes a los bienes comunes; no hay que decir que pertenecen todas al marido sin distinguir entre las acciones muebles e inmuebles. El art. 1,428 no habla más que de las acciones concernientes a los propios de la mujer; volveremos a ello.

La costumbre de París nada dice de las acciones mobiliarias y posesorias que procedan de parte del marido, porque la comunidad no trae ningún cambio al derecho que el marido tiene en su patrimonio; sigue siendo propietario, y como tal continúa ejerciendo las acciones relativas a sus bienes; poco importa en cuanto a él, que entren o no en la comunidad. Tiene igualmente el poder de promover en cuanto a los bienes gananciales, siempre porque es dueño de ellas. En fin, el régimen de la comunidad le da este derecho sobre los bienes de la mujer que entran en ella, porque se hace señor y dueño de dichos bienes. La mujer, al casarse, pone en la sociedad de bienes que forma, sus bienes muebles presentes y futuros y, por consiguiente, las acciones mobiliarias. A partir del matrimonio, el marido es quien promueve, ya sea demandado, ya sea defendiendo. Pothier deduce de

ello esta consecuencia que es segura: Aunque estas acciones hubiesen sido intentadas por la mujer antes de su matrimonio, no pueden ya, después del matrimonio, ser continuadas por ella ni contra ella, es necesario que la instancia vuelva a ser tomada por el marido o contra él (1). Nos limitamos a sentar el principio, los pormenores pertenecen a los procedimientos.

Lo que decimos de las acciones muebles se aplica a las acciones posesorias. La costumbre de París las da al marido; supone que se trata de los bienes propios, pues en cuanto a los gananciales, siendo el marido propietario de ellos, tiene todas las acciones muebles o petitorias, tanto como las posesorias. Si tiene las acciones posesorias que se refieren a los propios de la mujer, es porque la comunidad tiene el goce de ellos; debe, pues, tener las acciones que protegen el goce. Esta es la explicación dada por Pothier.

50. La costumbre no habla de las acciones petitorias concernientes a los propios de la mujer, puesto que ella es quien es propietaria de éstos, que, en principio, sólo pertenecen a la mujer. El marido no los tiene como jefe de la comunidad, porque los propios quedan fuera de la sociedad que los esposos forman al casarse. El marido no los tiene como administrador de los bienes de la mujer, en virtud de que el derecho de intentar acciones inmobiliarias no es un derecho de administración; sólo el que puede disponer de los inmuebles tiene derecho de promover en justicia. El marido no tiene, pues, ninguna calidad para intentar estas acciones ni para defenderlas.

La cuestión se halla, sin embargo, discutida; reina una gran incertidumbre, en esta materia, en la doctrina tanto

1 Pothier, **De la comunidad**, núm. 473.

como en la jurisprudencia. El Código no decide la dificultad en términos formales; dice que “el marido puede ejercer solo todas las acciones muebles y posesorias que pertenecen a la mujer.” (Art. 1,428.) ¿Debe deducirse de esto que no tiene derecho para intentar las acciones inmobiliarias? Esto sería, dice Toullier, aplicar desgraciadamente el *Inclusio unius est exclusio alterius* de los glosistas; esto es un argumento mal conceptuado que se funda en el silencio del legislador. Es verdad que el argumento llamado *a contraria* tiene poco valor; pero en la presente cuestión se apoya en principios lo que cambia la tesis. Ya en el derecho antiguo, Lebrún decía que la mujer debe ser parte en todas las acciones que intenta el marido por sus inmuebles, pues no teniendo facultad para enajenarlos sin su mujer, no tenía tampoco derecho de intentar acciones sin ella; es absurdo, dicen las leyes romanas, que el que no puede enajenar pueda promover en justicia (1). Toullier invoca, por su lado, los principios. El art. 1,428, dice, declara al marido responsable por todo desmejoramiento de los bienes personales de su mujer, por consiguiente, debe tener el derecho de promover. El final del artículo contesta a la objeción: el marido sólo es responsable cuando el desmejoramiento acontece por falta de actos conservatorios, y nada impide que el marido interrumpa la prescripción, pero esto no le da derecho al petitorio. En fin, Toullier se prevale del derecho antiguo (2). Acerca de este punto se le llenó de testimonios (3.) Nos conformaremos con el de Ferrière; se sabe que en su comentario acerca de la costumbre de París sólo recogió, como dice, las opiniones

1 Lebrún, *De la comunidad*, pág. 204, núm. 28 (II, 2, 4).

2 Toullier, t. VI, 2, pág. 338, núms. 384-391.

3 Odier, t. I, págs. 259 y siguientes, núm. 274. Rodière y Pont, t. II, pág. 198, núm. 907.

de los autores y las decisiones de los parlamentos; pero lo hizo con inteligencia. ¿Qué dice el art. 239, cuyo texto tenemos transcrito? “La costumbre limita y restringe el poder del marido para intentar y deducir solo las acciones mobiliarias y posesorias de la mujer sin su consentimiento, y no las que conciernen el fondo, la propiedad y el dominio de sus bienes... Nada le es posible hacer sin el consentimiento de la mujer, que pueda implicar la enajenación de sus bienes, y por lo tanto, no puede deducir ni intentar acciones reales que se refieran a la propiedad de las cosas, lo cual pertenece a la mujer.” La tradición ha sido consagrada por el art. 1,428, lo que es decisivo (4).

51. Aquí no está la verdadera dificultad. Toullier dice que el marido tiene los frutos y los productos de los propios de la mujer, y que por este título debe tener el derecho de reivindicarlos. Si este goce fuera un verdadero usufructo, la cuestión se hallaría decidida; el marido tendría como usufructuario el derecho de intentar las acciones reales que interesan al usufructo. Pero hasta este punto es dudoso. Lo seguro es que dando al marido el goce de los propios de la mujer, la ley ha debido darle el derecho de resguardar este goce. El interés del marido es evidente; si la mujer no se defiende, o se defiende mal, la propiedad puede perecer, y con ella el usufructo. Viniendo en apoyo del derecho este interés, el marido debe tener la facultad de intentar las acciones reales en tanto que tiene interés por razón de su goce. Sin embargo, no representa a la mujer; no es propietario, no tiene derecho de promover en nombre de la mujer propietaria. Luego las sentencias que recaigan so-

4 Casación, 22 de Abril de 1873 (Dalloz, 1873, 1, 428). La Corte ni siquiera discute la cuestión, se limita a citar el art. 1,428.

bre él no ligarán a la mujer, porque no fué parte en el proceso ni estuvo representada (1). De esto se sigue que si a consecuencia de las convenciones matrimoniales, el marido no tenía el goce de un propio de la mujer, no tendría ya ni derecho ni interés en promover (2).

52. ¿Cuál es la jurisprudencia? Preguntamos el hecho, porque, cosa singular, se invoca la autoridad de la Corte de Casación en apoyo de las más contrarias opiniones. Troplong dice que ha consagrado la opinión que enseña y que distingue entre los derechos del marido como usufructuario y los derechos del marido como administrador; mientras que los editores de Zachariæ, que profesan la misma opinión, dicen que la Suprema Corte reconoce al marido el derecho de promover como administrador de los bienes de la mujer (3). Esto prueba que la jurisprudencia no está muy clara.

Una primera sentencia decide que el marido por ser *administrador de los bienes de la mujer*, responsable del desmejoramiento que dichos bienes sufren por falta de actos conservatorios, y dueño de los frutos que proceden de ellos durante el matrimonio, tiene un derecho que ejercer, por interés suyo y para la conservación de los derechos de la mujer, las acciones inmobiliarias de ésta. Esta es seguramente la doctrina que hemos combatido de acuerdo con Troplong y con Aubry y Rau; ésta da al marido el derecho de intentar acciones inmobiliarias en calidad de administrador, lo que consideramos como una herejía jurídica. La misma Corte retrocede ante las consecuencias de su doctrina. Si es verdad que el ma-

1 Troplong, t. I, pág. 305, núm. 1,006.

2 Aubry y Rau, t. V, pág. 334, núm. 29, y los autores que citan, en diverso sentido.

3 Troplong, t. I, pág. 306, núm. 1,008. Aubry y Rau, t. V, pág. 334, nota 20, pfo. 509.

rido tiene el derecho de promover como administrador legal, tiene, por esto mismo, calidad para representar a la mujer; luego ésta es parte en la causa, y, por consiguiente, se le puede oponer la sentencia. La Corte al contrario dice que si la mujer no interviene en la instancia, la sentencia pronunciada contra el marido no tendrá fuerza de cosa juzgada contra ella si le es contraria.

La segunda sentencia de la Corte confunde y embrolla todos los principios. Cita los arts. 1,428 y 1,549, el uno concerniente al régimen de la comunidad, el otro relativo al régimen dotal. Es verdad que el marido es administrador de los bienes dotales en ambos regímenes. Pero su poder de administración bajo el régimen dotal es mucho más extenso; la ley le da el derecho de perseguir a los detentadores de los bienes dotales, es decir, de intentar las acciones reales; lo que es una consecuencia de la ficción romana en virtud de la cual el marido estaba considerado como propietario del dote. El derecho de costumbre ignora esta ficción, el marido es un simple administrador, y el Código no da nunca a los administradores de los bienes ajenos, el derecho de intentar las acciones inmobiliarias; el tutor no tiene este derecho (artículo 464), los enviados en posesión de bienes de nu ausente no lo tienen (t. II, núm. 188). La Corte llega hasta permitir al marido intentar las acciones relativas a los bienes parafernales en los que el marido no tiene ningún derecho (1); la confusión es completa. Semejante jurisprudencia no tiene ninguna autoridad.

53. La ausencia de todo principio conduce a los procesos y a las decisiones más irracionales. Se ha senten-

1 Casación, 14 de Noviembre de 1831, y Denegada, 15 de Mayo de 1832 (Dalloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 1,336).

ciado que el padre supérstite representaba a los hijos en una acción en la que éstos tenían interés, como si bastara el interés común para dar calidad para promover. ¿Puede el marido representar a su mujer o a sus hijos cuando no haya comunidad? Sin embargo, la Corte de Limoges lo había así sentenciado. La sentencia fué casada (2). Creemos inútil reproducir los argumentos, basta presentar la cuestión para resolverla.

§ III.—DE LAS DEUDAS CONTRAÍDAS POR EL MARIDO.

Núm. 1.—Para con los acreedores.

54. Hemos dicho ya que para con los acreedores toda deuda del marido es una deuda de la comunidad, y hemos expuesto el fundamento de este principio (t. XXI, núm. 424-427). La ley aplica el principio a las multas en que incurre el marido por un delito criminal; permite perseguirlas en los bienes de la comunidad a reserva de compensación debida a la mujer (art. 1,424). Pothier lucha con bastantes dificultades para justificar esta disposición. La mujer está obligada a su aceptación, porque al aceptar hace suyos los actos del marido. Y no puede seguramente decirse que la mujer que no tiene ninguna parte en el delito, esté como si lo hubiese cometido con su marido. No por eso deja de ser considerada, dice Pothier, como si se hubiese obligado con él en su calidad de común, a la reparación del delito por su parte en la comunidad (2). Esta doctrina conduce lógicamente a cargar a la comunidad con las multas sin

1 Casación, 14 de Junio de 1840 (Dalloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 1,140).

2 Pothier, **De la comunidad**, núm. 248.

compensación. Pothier no retrocede ante esta consecuencia; nos parece que demuestra la falsedad del principio. ¿Se concibe que los delitos engendren una deuda social? En derecho hay un antiguo adagio que dice: *Nulla delictorum societas*. Y la razón, así como el sentido moral, se sublevaran contra la obligación impuesta a la mujer de pagar las multas por un delito que le es extraño. Es verdad que el Código le concede compensación, pero esta compensación puede ser decisoria si la comunidad es mala y si el marido es insolvente. El delito es un hecho esencialmente personal al culpable, luego las obligaciones que resultan de él deberían también ser personales.

El art. 1,424 da lugar a una ligera dificultad de texto. Habla de las multas en que incurre el marido por *crimen*. ¿Quiere esto decir que el principio no tiene aplicación a los *delitos* y a las *contravenciones*? La distinción que el Código Penal de 1816 establece entre las diversas infracciones no existía cuando el Código Civil fué discutido y publicado; la palabra *crimen* está, pues, tomada en su más lata acepción. Esto está también fundado en razón. ¿Se concibe que la comunidad esté obligada por las multas, por las infracciones más graves, y que no lo esté por las multas, por infracciones relativamente ligeras? Esto no tendría sentido (1).

55. El art. 1,424 agrega una restricción al principio que asienta; dice: "por crimen que no implique muerte civil." El art. 1,425 aplica esta restricción: "Las condenaciones pronunciadas contra uno de los esposos por crimen, que no impliquen muerte civil, sólo se dirigen contra su parte en la comunidad y sus bienes personales." Esta excepción ha sido tomada del derecho antiguo.

1 Rodière y Pont y todos los autores (t. II, pág. 133, núm. 837).

Fué introducida por odio al decomiso de bienes, pena soberanamente injusta que hubiera herido al esposo inocente y a los hijos. Se justifica la excepción en derecho, por la consideración de que la muerte civil estaba incurrida, en el derecho antiguo, por el solo hecho de la condena; por tanto, en el momento en que nacía la obligación de pagar la multa y los gastos, no había ya comunidad, puesto que la muerte civil la disolvía. Esto era una justificación tal cual: habiéndose cometido el crimen durante la comunidad, las obligaciones que nacían de él podían y debían alcanzar a la comunidad, cuando menos por los crímenes del marido, puesto que se le reconocía el poder exorbitante de obligar a la comunidad por sus delitos. En nuestro moderno derecho la muerte civil no está incurrida más que por la ejecución de la condena (arts. 26 y 27); en consecuencia, la razón o pretexto que se alegaba en el derecho antiguo deja de subsistir; por lo tanto, la excepción del art. 1,425 no tiene razón de ser. Ya no existe en Francia ni en Bélgica, puesto que la muerte civil está abolida en Bélgica por nuestra constitución, y en Francia por la ley de 1^o de Mayo de 1854 (1). Se puede, pues, asentar como regla absoluta que para los acreedores toda deuda del marido es deuda de la comunidad. Esto es lógico porque el marido es señor de los bienes comunes.

Núm. 2.—Entre esposos.

56. El art. 1,469, que dispone que las deudas contraídas por el marido durante la comunidad entren en el pasivo de ésta, agrega: “a reserva de compensación

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 332, nota 24. Denegada, 2 de Mayo de 1864 (Daloz, 1864, 1, 266).

cuando hay lugar.” Pothier explica lo que llama una excepción, por esta consideración: que el marido debe indemnizar a la comunidad cuando la deuda ha sido contraída para negocios que son relativos a su único interés y de los que sólo él aprovecha. A decir verdad, la excepción es una regla general del régimen de la comunidad; deriva de un principio que Pothier formula como sigue: “Aunque el marido sea durante la comunidad dueño absoluto de los bienes comunes y que pueda, en consecuencia, disponer de ellos a su gusto, no puede, sin embargo, mejorarse en perjuicio de la parte que debe tener en ella la mujer.” (1). El principio de las compensaciones no es especial al marido, es una regla general de nuestro régimen que el Código formula en el art. 1,437; volveremos a ocuparnos en él al tratar de la liquidación de la comunidad.

57. Para que el marido deba compensación, es menester, según la regla del art. 1,437, que haya sacado un provecho personal de los bienes de la comunidad. Y no es sacar un provecho personal de los bienes comunes, el obligarse en interés de un tercero a cuyo negocio se es ajeno. Pothier lo hace notar, y esto es evidente. El marido da caución por un amigo en cuyos negocios no tiene ningún interés, únicamente para prestarle servicio; la deuda está a cargo de la comunidad, sin que el marido deba por ella compensación, pues no ha sacado ningún provecho personal de ella. Esto es perder los bienes comunes, y el marido tiene derecho para perderlos (2).

La Corte de Casación ha hecho la aplicación de estos principios a los préstamos que el marido contrae du-

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 250.

2 Pothier, *De la comunidad*, núm. 248.

rante la comunidad. En cierto caso, la mujer reclamaba una compensación, porque no estaba comprobado que la mujer hubiera aprovechado algo de las sumas pedidas. La Corte sentenció que los préstamos hechos por el marido se presumía que habían sido contraídos en interés de la comunidad; de esto deducía que a aquel que reclama una compensación toca probar que el dinero tomado en préstamo sirvió para pagar deudas personales del marido o del que obtuvo un provecho cualquiera (1). Nos parece que la sentencia, justa en el fondo, está mal fundada. La ley no establece la presunción de que los préstamos contraídos por el marido se hacen por interés de la comunidad, esto implicaría que el marido sólo obligaría a la comunidad sin deber compensación, cuando la deuda es contraída en interés de la comunidad. Pues bien, Pothier acaba de decirnos lo contrario, y esto no es dudoso. El marido no tiene, pues, necesidad de esta supuesta presunción para rechazar el pedimento de una compensación. El que sostiene que el marido debe compensación es demandante, porque reclama una indemnización a cargo del marido, debe probar el fundamento de su demanda, es decir, que el marido ha sacado un provecho personal del dinero pedido prestado.

58. ¿Cuándo saca el marido un provecho personal de los bienes de la comunidad? Esta es una cuestión de hecho. El art. 1,437 cita ejemplos acerca de los cuales volveremos a hablar. Acabamos de decir que el marido debe compensación cuando dota a un hijo de primer matrimonio con dinero o con bienes tomados de la comunidad (art. 1,469). Esto es un provecho personal en el sentido de que el marido paga una deuda que le es personal (núm. 45).

1 Casación, 19 de Julio de 1864 (Dalloz, 1865, 1, 66).

Hay casos en los que el marido debe compensación por una deuda personal saldada por la comunidad, sin que se pueda decir que obtiene de ella un provecho personal en el sentido de que se haya enriquecido. Según el art. 1,424, el marido debe compensación por las multas que la comunidad ha pagado en su descargo. No se enriquece con ello, pero saca un provecho personal de la comunidad, puesto que la deuda personal por su naturaleza debería haberse pagado con los bienes que le son personales; la comunidad hace un anticipo que el marido debe recompensar. Importa precisar el verdadero motivo de esta decisión, porque nos servirá para decidir una cuestión muy discutida. Troplong dice que esto es una derogación de los verdaderos principios que rigen al poder del marido; sería más verdadero decir que esto es una derogación a la teoría nacional una innovación legislativa. Queda por saber cual de ambas doctrinas es la más jurídica. Hemos ya contestado esta pregunta. El marido es, sin duda, señor de la comunidad, dispone de ella a su gusto aun para negocios extraños a la sociedad conyugal. Esto es ir ya demasiado lejos el permitirle obligar a la comunidad sin compensación, cuando no obra en interés de la comunidad. El legislador francés ha pensado que sería ir demasiado lejos y violar el principio esencial de toda sociedad, declarar a la mujer común obligada por los delitos del marido. La mujer, al aceptar, hace suyos los actos del marido. Se concibe en rigor que esté como si hubiese concurrido a la caución que dió al marido por un amigo, aunque este acto sea extraño a la comunidad, pues nada de lo que interesa al marido es extraño a la mujer; pero no hay principio ni ficción que pueda explicar que la mujer sea cómplice de un delito del marido en el que

no ha tenido participación. El delito es el más personal de todos los actos; las obligaciones que engendra deben también ser personales al autor del delito.

59. Prejuzgamos en esto la decisión de una cuestión muy discutida: ¿debe el marido compensación por las reparaciones civiles que resultan del delito y que la comunidad estuvo obligada a pagar? Que la comunidad esté obligada para los terceros no es dudoso, puesto que está obligada hasta por las multas. ¿Pero tiene derecho a compensación por este punto? Esta es nuestra opinión. El Código Civil establece en dos artículos (1,049 y 1,424) el principio de que el marido debe compensación por las deudas que le son personales, y considera como deuda personal la multa en que incurrir el marido por un delito criminal. La multa es una consecuencia del delito. Si la multa es personal al marido porque el delito le es personal, lo mismo debe suceder con las reparaciones civiles por identidad de motivos, en virtud de que las reparaciones son una consecuencia del delito, así como lo son las multas.

Se objeta el texto de la ley; el art. 1,421 no obliga al marido a compensación más que para las multas, la ley no habla de reparaciones civiles; se deduce de esto que el marido no debe ninguna compensación por este punto. El argumento sería bueno si el art. 1,424 estableciera una excepción al derecho común; pero no es así; el Código deroga el derecho antiguo, pero al innovar vuelve a los verdaderos principios. El art 1,424 es, pues, la aplicación de un nuevo principio más racional que el antiguo: ¿No fuera contradictorio aplicar las doctrinas tradicionales a las reparaciones civiles, cuando el legislador las desechó para las multas? ¿Se concibe que haya dos reglas contrarias para dos consecuencias de

un mismo y solo hecho? Las multas son personales por estar incurridas por un hecho personal; y las reparaciones civiles igualmente incurridas por un hecho personal ¿no habían de ser personales?

Para admitir semejante anomalía sería preciso que la ley lo mandara. Y la ley sólo dice que las multas dan lugar a compensación, no dice que sólo las multas dan lugar a ella. El texto es, pues, restrictivo; esto basta para que el intérprete pueda y deba aplicar a las reparaciones civiles el principio que el art. 1,424 aplica a las multas. Se pretende que el sentido restrictivo del artículo 1,424 resulta de la combinación de este artículo con el art. 1,425. Cuando se trata de las consecuencias del delito que el Código pone a cargo del marido, en el sentido de que debe compensación, emplea la palabra *multas*. Cuando se trata de las consecuencias de un crimen implique muerte civil que el Código no permite perseguir contra la comunidad, emplea la expresión general de *condenaciones*, que comprende tanto las reparaciones civiles como las multas. Si la intención del legislador en el art. 1,424 hubiera sido poner las reparaciones civiles a cargo personal del marido, se habría valido de la expresión general *condenaciones*, empleando la expresión especial de *multas*; debe haberlo hecho en un sentido restrictivo. Creemos que se da a las expresiones de que se sirve la ley una significación que no tienen. El legislador francés no gusta de repetir las mismas expresiones. ¿Quién dice que no es esta la razón por la cual se sirve de la palabra *multas* en el art. 1,242 y de la palabra *condenaciones* en el 1,425?

Nada se dijo en los trabajos preparatorios acerca de los arts. 1,424 y 1,425; ambas interpretaciones son, pues, admisibles, la que limita el art. 1,424 a las multas y la

que permite aplicarlo a las reparaciones civiles. ¿Cuál debería escogerse? Nosotros damos la preferencia a la interpretación que es racional. Desde este punto de vista podemos invocar en nuestro favor el art. 1,425 del cual se sirven los contrarios a nuestra opinión; ponen en la misma línea las reparaciones civiles y las multas cuando se trata de un crimen que implica muerte civil, aunque las reparaciones civiles sean debidas desde el día en que el hecho perjudicial fué cometido, y no desde el día de la sentencia; no se puede dar otro fundamento a la disposición, si no sería irracional distinguir entre las varias obligaciones que resultan de un crimen. Si esto es irracional para los crímenes previstos por el artículo 1,425, lo es también para los delitos de que habla el art. 1,424.

Se hace también una objeción contra nuestra teoría de los hechos personales. Conduce lógicamente, se dice, a poner a cargo del marido, sin compensación, las obligaciones que nacen del delito civil y aun las que nacen de un cuasidelito, y si se quiesiera llevar el principio más allá, habría todavía que decir que siendo personal al marido el dolo, así como toda clase de falta, él solo debe responder por ellas. Contestamos que esto es dar a nuestra teoría un alcance que no tiene. Hay una línea de demarcación natural entre las infracciones penales y las obligaciones civiles. El delito es un hecho esencialmente personal al cual la mujer es ajena y por el que no debe sufrir. No pasa lo mismo con el dolo y la falta aquiliana, aquí se entra en el derecho común; el dolo es una especie de falta, y la falta aquiliana no difiere en esencia de la falta convencional. Desde luego los principios de derecho no se oponen a que se extienda a la mujer las obligaciones que contrae el marido por un de-

lito o un cuasidelito, mientras que el sentido moral se subleva al pensar que un crimen imponga una obligación cualquiera a la mujer que es inocente (1).

ARTICULO 2.—Derechos de la mujer.

60. ¿Tiene la mujer derechos durante la comunidad? Es socio en virtud de la convención tácita que formó la comunidad legal, pero es un socio sin derechos actuales. En este sentido Dumoulin decía que no era socio, que sólo tenía esperanza de llegar a serlo. Pothier desarrolla esta idea diciendo: “El derecho de la mujer sobre los bienes de la comunidad no es, mientras dura, más que un derecho informe, puesto que no sólo no puede por sí disponer en nada de la parte que pone en la sociedad, sino es su marido quien, en calidad de jefe de la comunidad, tiene solo, mientras dura, el derecho de disponer como de su propia cosa, de todos los efectos que la componen, tanto por la parte de la mujer como por la suya. El derecho de la mujer se reduce, pues, mientras dura la comunidad, a una *simple esperanza* de dividir los bienes que se encontraran en la comunidad cuando se disuelva; sólo mediante la disolución es como el derecho de la mujer se abre y se hace un verdadero derecho efectivo de propiedad por la mitad de todos los bienes que la componen.” (2).

Pothier dice esto en el primer número de la rúbrica

1 Rodière y Pont, t. II, pág. 133, núm. 838, y los autores que citan. En sentido contrario, Aubry y Rau, t. V, pág. 333 y nota 27, pfo. 509, y los autores que citan. Debe agregarse Colmet de Santerre, t. VI, pág. 156, núm. 68 bis IV. Sólo conocemos una sentencia formal acerca de nuestra cuestión; es aplicable a la opinión que combatimos. Douai, 30 de Enero de 1840 (Dalloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 977).

2 Pothier, **De la comunidad**, núm. 497.

titulada: *Derecho de la mujer sobre los bienes de la comunidad*. ¿Cuál es este derecho? El relator del Tribunalado contesta: “que no lo tiene mientras existe la comunidad, ni en la administración ni en la disposición de los bienes que la componen.” (2).

El texto del Código está en armonía con la tradición. Según el art. 1,421, el marido administra *solo* los bienes de la comunidad; la mujer no concurre, pues, en la administración. No teniendo derecho para consentir, no tiene el de hacer oposición a los actos del marido. Lo mismo sucede con las enajenaciones: el marido puede disponer a título oneroso de los bienes de la comunidad sin el concurso de la mujer. El marido es señor y dueño, usa y abusa. La mujer no tiene otro medio de impedir las malas gestiones del marido que solicitar la disolución de la comunidad. Ni siquiera tiene derecho a una indemnización cuando el marido ha malgastado los bienes; esto es un derecho para el marido, el cual puede perder los bienes comunes: no es responsable por su gestión, ni por los abusos de poder; tiene derecho de abusar, puesto que es el señor y dueño (2).

61. ¿Tiene la mujer el derecho de obrar cuando el marido se encuentra en la imposibilidad de hacerlo? En regla general no. El marido es entredicho; ¿quién administrará la comunidad? El tutor; por tanto, la mujer, si es tutora, y con esa calidad; si no es tutora, se halla sin derecho. Cuando se trata de casar a un hijo común, nada más natural que transportar a la mujer el derecho de dotarlo, puesto que la obligación de dotar es común a ambos esposos en tanto que constituye una deuda natural. Sin embargo el Código dice que la do-

1 Duveyrier, *Informe* núm. 18 (Loché, t. VI, pág. 418).

2 Pothier, *De la comunidad*, núm. 470.

DE LA COMUNIDAD LEGAL.

85

te o el anticipo de herencia y las demás convenciones matrimoniales serán arregladas por un consejo de familia homologado por el tribunal (art. 511). Si el marido está ausente, en el sentido legal de la palabra, la administración de la comunidad no pasa a la mujer, a pesar de la probabilidad de muerte. Hemos expuesto en el título de la *Ausencia*, las medidas que el legislador ha prescripto para conciliar los derechos del ausente con los de la mujer (1).

62. Sin embargo la mujer no se halla absolutamente sin derecho, como parece decirlo Duveyrier. En caso de ausencia, la mujer puede comprometer los bienes de la comunidad para el establecimiento de sus hijos, después de haber sido autorizada por la justicia. Si puede obligar a la comunidad es que está asociada, por lo mismo, es copropietaria. Obliga también a la comunidad cuando trata con autorización marital. No es el marido el que obliga, puesto que no figura en el contrato, sólo interviene en él para autorizar a la mujer incapaz; es, pues, ésta quien contrata, en consecuencia, es asociada y propietaria. La mujer desempeña también un gran papel bajo nuestro régimen, como mandataria del marido: obliga al marido y, por consiguiente, a la comunidad. Por esto Pothier trata del derecho de la mujer sobre los bienes de la comunidad y acabamos de hacerlo como él.

§ I.—DE LAS DEUDAS CONTRAÍDAS POR LA MUJER SIN AUTORIZACIÓN.

63. El art. 1,426 dice que: “los actos hechos por la mujer sin el consentimiento de su marido y aun con auto-

1 Rodière y Pont, t. II, pág. 154, núm. 861.

rización de la justicia, no obligan a los bienes de la comunidad.” ¿Por qué no tiene la mujer el derecho de obligar a la comunidad? Es de principio que el que obliga a su persona obliga sus bienes (art. 1,092, ley hipotecaria art. 798). Si la mujer no obliga a los bienes de la comunidad, es porque no están bajo su dominio, pertenecen al marido, quien *solo* tiene derecho de administrarlos y disponer de ellos. Esto parece contradictorio con lo que acabamos de decir (núm. 62); pero en esta materia no hay verdad absoluta, y cuando los intérpretes dicen, unos que la mujer es socio, otros que no lo es, deben entenderse estas proposiciones con una reserva. La mujer es socio, pero sin derecho actual, excepto en raros casos en los que la ley le permite comprometer los bienes de la comunidad. Regularmente la mujer, al obligarse, no obliga a la comunidad aunque contrate con autorización judicial. La justicia sólo interviene para cubrir la incapacidad de la mujer; la mujer autorizada se convierte en capaz para obligarse, pero no puede obligar sino su patrimonio; es decir, la nuda propiedad de sus bienes propios; en cuanto al goce, pertenece al marido como jefe de la comunidad; y la justicia no puede autorizar a la mujer para que obligue los bienes de la comunidad; sólo el marido tiene el derecho de disponer de ella directa o indirectamente.

64. En principio, la mujer no tiene derecho de obligar a la comunidad más que con el conocimiento de su marido. Ya hemos dado las razones de ello en otro lugar (t. XXI, núm. 429). Por consiguiente, desde el momento en que la mujer se obliga sin consentimiento del marido, la comunidad no está obligada por sus compromisos. Y hay obligaciones que, por su naturaleza, son contraídas sin consentimiento del marido. Tales son los cuasi-

contratos, los delitos y los cuasidelitos; todos estos compromisos se constituyen sin convención; es decir, sin que haya concurso de consentimiento. Cuando la mujer se halla obligada en virtud de un cuasicontrato de gestión de negocios, lo está en virtud de la ley; con mayor razón el marido no está llamado a consentir ni a rehusar su consentimiento; desde luego, la comunidad no podía estar obligada.

65. En cuanto a los delitos criminales, el art. 1,424 dice que las multas incurridas por la mujer sólo pueden ejecutarse en la nuda propiedad de sus bienes personales mientras dura la comunidad. Para los delitos criminales, así como para los delitos civiles, no intervienen ningún concurso de consentimiento; la mujer autora del delito lo comete, es verdad, voluntariamente; en este sentido está obligada por su voluntad; pero por ser el marido extraño al delito resulta que la comunidad no podría estar obligada, puesto que solo puede estarlo por consentimiento del marido. La mujer sola queda obligada a todas las consecuencias de su delito, y esto en sus bienes como deudora; luego, como dice el art. 1,424, en la nuda propiedad de sus propios. Este es el efecto que producen las obligaciones de la mujer cuando el marido no consiente.

El art. 1,424 no habla de las reparaciones civiles. El mismo principio debe tener su aplicación a todas las consecuencias del delito; si las multas pueden perseguirse en los bienes de la mujer, lo mismo debe suceder con las reparaciones civiles. En la opinión que hemos profesado acerca del art. 1,424, esto no es dudoso, puesto que lo consideramos como una aplicación de un principio general. Los que, al contrario, sostienen que consagra una excepción, que es restrictivo, debieran para ser

consecuentes admitir que es restrictivo en lo que se refiere a la mujer, tanto como para con el marido, pues los términos no difieren (1). Pero la interpretación restrictiva conduciría a una consecuencia absurda: que la parte lesionada por el delito no tendría ninguna acción sobre los bienes de la mujer durante la comunidad.- Debe, pues, obligatoriamente reconocerse que el art. 1,424 tiene que ser interpretado por los principios generales del derecho.

66. Se supone que el marido autoriza a su mujer para defenderse en acción pública o en acción civil dirigida contra ella. ¿Tendrá esta autorización por efecto dar acción al acreedor contra el marido, es decir, contra la comunidad? La cuestión nos parece singular. En cuanto a la acción pública, la mujer no necesita estar autorizada, por tanto, la autorización que le fuera dada no tendría ningún objeto. Si la mujer es sólo perseguida en negocio civil por la parte lesionada, debe estar autorizada para litigar. Se dice que esta obligación obligó al marido y a la comunidad. Volveremos más tarde a ocuparnos en esta cuestión de principio, la de saber si el art. 1,419 se aplica a las condenas judiciales pronunciadas contra la mujer que litigó con autorización marital. La cuestión del delito criminal es especial, puesto que una disposición terminante declara que el acreedor no tiene ninguna acción contra la comunidad. Sin embargo, se enseña que la autorización del marido tiene por efecto obligarle así como a la comunidad; ¿por qué? Porque el hecho de autorizar a la mujer para defenderse implica la idea de que la comunidad ha sacado provecho del delito, provecho que el marido quiere conservar autorizando a su mujer para litigar en justicia. Supongamos que el marido tenga tal idea; sólo tendría que

1 Véase más atrás, núm. 59.

dejar litigar a su mujer con autorización del juez, lo que no lo expondría al mal éxito del proceso. Pero no entendemos que se presuma que el marido quiera tomar por su cuenta el mal éxito del proceso; aunque lo quisiera no lo podría hacer. ¿Puede obligar a la comunidad por un delito de la mujer? Se agrega: sin embargo la *presunción no es absoluta*, el marido podrá destruirla por la prueba contraria, en cuyo caso, aunque quede obligado para con los acreedores, tendrá derecho a compensación contra la mujer (1). Así se comienza por imaginar una presunción que la ley ignora, luego se reconoce que la tal presunción no es absoluta y permite al marido dar la prueba contraria. ¿Es el intérprete el que habla, o es el legislador? Es el intérprete el que se vuelve legislador, pues la ley sólo puede crear las presunciones, admitiendo o prohibiendo la prueba contraria. Si señalamos estos errores, es como excusa por escribir tantos volúmenes para establecer los principios; se ve que los principios más elementales se hallan desconocidos por los mejores autores.

67. En el título *De las obligaciones* hemos dicho que el marido es, en ciertos casos, civilmente responsable de los delitos cometidos por su mujer (t. XX, núm. 601). Esta es una responsabilidad enteramente excepcional que, por este motivo, no puede ser extendida fuera de los límites en los cuales leyes especiales la establecen. Hay tribunales de paz que han condenado al marido como civilmente responsable por toda clase de delitos cometidos por la mujer, asimilándola a un hijo menor. El error es evidente; una de estas decisiones deferida a la

1 Rodière y Pont, t. II, pág. 75, núm. 783, según Zachariæ, Massé y Vergé y Troplong.

Corte Suprema en interés de la ley, fué casada (2).

Cuando el marido es civilmente responsable, la deuda se vuelve deuda de la comunidad, en virtud del principio general que dice que toda deuda del marido lo es de la comunidad. Lo mismo sucedería si el marido fuera coautor o cómplice del delito o del hecho perjudicial. La Corte de Casación ha aplicado este principio al caso siguiente. Una persona dejó al morir un testamento en favor de su sobrino. Algunos meses antes de su muerte, la mujer del legatario se había trasladado cerca del enfermo para atenderlo. Después de su muerte, se encontró en su ropa papeles que dicha mujer rompió. Una sobrina del difunto pretendió que el escrito roto contenía una revocación del testamento y reclamó, por este punto, daños y perjuicios contra el legatario y su mujer. El marido declaró que no había autorizado a su mujer para destruir el escrito y que hasta ignoraba tal hecho. Sin embargo, la Corte de Rouen condenó a ambos esposos solidariamente a pagar una renta vitalicia de 1,500 francos. En el recurso recayó una sentencia de denegada. Ambas decisiones nos parecen muy mal fundadas en cuanto a la responsabilidad del marido. No estaba comprobado que fuese cómplice de la destrucción del documento. El único motivo que da la Corte, es que la mujer había sido enviada con consentimiento del marido, a la casa del difunto, y que había obrado en interés de su marido, legatario universal (1). Esto era una falsa aplicación del art. 1,384: la mujer encar-

1 Casación, sección criminal, 18 de Noviembre de 1824 (Dalloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 987). Consúltense las sentencias relatadas por Dalloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núms. 987, 989-991.

2 Denegada, 27 de Febrero de 1827 (Dalloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 991).

gada de cuidar al enfermo no era representante del marido, era dependiente de quien la había empleado en este cuidado, por lo tanto, del enfermo. En cuanto al interés del legatario no bastaba seguramente para hacerlo responsable.

68. Decimos que el interés del marido no basta para hacerlo responsable de un delito de su mujer. Diversa es la cuestión de saber si la comunidad está obligada cuando se aprovecha de una obligación contraída por la mujer, aunque no esté autorizada. Pothier establece como principio que cuando la mujer se obliga con autorización de justicia por haber rehusado su marido, la comunidad está obligada hasta concurrencia del provecho que ha sacado en el negocio. Cita como ejemplo la promoción de derchos sucesivos hecha por la mujer con autorización judicial; si el marido recoge los bienes, la comunidad estará obligada hasta concurrencia de lo que ha aprovechado. La costumbre de Orleáns contenía para esto una disposición expresa: “Sin embargo el marido se hallará obligado a reportar lo que había tomado o recibido a causa de dichos derechos y acciones perseguidos por su mujer.” (1). Esta doctrina ha sido implícitamente consagrada por el Código Civil (artículo 1,416); se halla fundada en una consideración de equidad que no permite mejorar a expensas ajenas. Esto es lo que los intérpretes llaman acción *de in rem verso*; la hemos tratado en el título de los *Quasicontratos* y volveremos a hablar de ella en el título de la *Sociedad*; es de principio, como lo diremos, que la sociedad está obligada por los compromisos que uno de los socios ha contraído sin mandato, cuando la obligación ha sido provechosa para él. Lo que es verdad para la

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 255.

sociedad ordinaria lo es también para la comunidad.

La Corte de Casación ha aplicado este principio al caso siguiente. Una sucesión mobiliar le ganó a una mujer casada. Estando abierta dicha sucesión en un lugar bastante lejano del domicilio de los esposos, la mujer mandó por su cuenta a un agente de negocios encargado de vigilar que los bienes no fuesen mal gastados. Cuando se procedió a la liquidación de la comunidad, la mujer pidió que se pusieran en el pasivo los 500 francos pedidos por el mandatario. Se discutió si la mujer había obrado sin autorización. La Corte de Apelación y la de Casación decidieron que la comunidad estaba obligada a pagar estos gastos puesto que se había aprovechado de ellos (1).

Si la comunidad no se aprovecha de las deudas que la mujer ha contraído sin autorización del marido, no está obligada a pagarlas. Así, es de doctrina y de jurisprudencia que la comunidad no está obligada cuando la mujer transmite por vía de endose, sin autorización de su marido, un vale a la orden perteneciente a la comunidad; la mujer no tiene derecho para obligar a la comunidad (2).

§ II.—DE LAS DEUDAS CONTRAÍDAS POR LA MUJER CON AUTORIZACIÓN DEL MARIDO.

Núm. I.—El Principio.

69. Las deudas contraídas por la mujer con consentimiento del marido entran en el pasivo de la comunidad (art. 1,409, 2º). De esto se sigue que los acree-

1 Casación, 3 de Febrero de 1830 (Dalloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 616).

2 Rodière y Pont, t. II, pág. 72, núm. 779. Véanse las sentencias en el **Repertorio** de Dalloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 985.

dores pueden perseguir el pago de las deudas que la mujer ha contraído con el consentimiento del marido, primero en los bienes de la mujer, y luego en los de la comunidad, finalmente, en los del marido (art. 1,409).

¿Qué es la autorización marital y cómo se dá? Hemos tratado esta materia en el libro primero, que es su lugar. Deben aplicarse a la comunidad los principios generales, puesto que la ley no deroga a ellos. El artículo 1,426, parece, sin embargo, derogarlos en lo que se refiere a la mujer comerciante. Después de haber dicho que los actos ejecutados por la mujer sin consentimiento del marido y hasta con autorización de justicia no comprometen a la comunidad, la ley agrega: "Si no es cuando contrata como comerciante y por acto de su comercio." Esto parece decir que la mujer comerciante obliga a la comunidad sin consentimiento del marido. La ley se explica mal; la misma inexactitud se encuentra en el art. 220 que dice todavía más terminantemente: "La mujer, si es comerciante, puede sin autorización de su marido, obligarse en lo que se refiere a su negocio; y en este caso, obliga también a su marido, si entre ellos hay comunidad." De manera que el marido está obligado, y por consiguiente también la comunidad, sin consentimiento de él. Es evidente que no puede éste ser el sentido de la ley. Lo que es verdad es que la mujer comerciante no tiene necesidad de una autorización especial para obligarse y obligar a la comunidad; la autorización general que le da el marido para que pueda ejercer el comercio, está considerada por la ley como suficiente. Traducimos a lo que fué dicho en el primer libro.

70. ¿En qué sentido la mujer autorizada obliga a su marido? En principio, el que autoriza no se obliga;

por consiguiente, el marido que autoriza a su mujer, no es deudor personal; no es él quien figura en el contrato, es la mujer quien ofrece, ella es, pues, la deudora. ¿Se dirá que hay excepción al principio cuando los esposos son comunes en bienes? Existe efectivamente una excepción, pero debe verse cuál es su significación y su alcance. Puesto que la excepción concierne a la comunidad, en el título del *Contrato de matrimonio* es donde debe buscarse la explicación. El art. 1,409, núm. 2, dice que la comunidad se compone pasivamente de las deudas *contraídas por la mujer* con consentimiento del marido. La mujer es quien contrae, ella es quien es deudora; sólo que por haber sido la deuda contraída con autorización marital, la ley la hace con el pasivo de la comunidad. El art. 1,409 no dice que el marido sea deudor; distingue, al contrario, las deudas que el marido contrae y las que contrae la mujer con consentimiento del marido. Sigue luego el art. 1,419 que permite a los acreedores perseguir el pago de las deudas que la mujer ha contraído con consentimiento del marido, tanto en los bienes de la comunidad como en los del marido y de la mujer. ¿Por qué tienen los acreedores acción sobre los bienes del marido, aunque el marido no haya figurado en el contrato? Esto es una consecuencia del principio establecido por el art. 1,409: las deudas de la mujer autorizada, entran en el pasivo de la comunidad; y toda deuda de la comunidad puede perseguirse en los bienes del marido, puesto que los bienes de éste sólo forman con el de la comunidad un sólo y mismo patrimonio por lo que se refiere a las actas a título oneroso; el acreedor que tiene acción en los bienes de la comunidad, la tiene, pues, necesariamente en el patrimonio del marido, lo mismo que el acreedor que tiene acción sobre los bienes

del marido la tiene sobre los de la comunidad. Es en este sentido que se dice que toda deuda del marido es de la comunidad, y que toda deuda de la comunidad es del marido. En definitiva, si el marido puede ser perseguido en sus bienes personales cuando autoriza a su mujer para contratar, no es porque sea deudor personal, es imposible ser deudor personal sin haber figurado en el contrato; y el marido que consiente a que su mujer se obligue, no se compromete, en consecuencia, no es deudor personal. Está obligado con sus bienes porque éstos se confunden con los de la comunidad y ésta se encuentra obligada por las deudas que la mujer ha contratado con autorización suya. Pero la confusión de ambos patrimonios cesa con la disolución de la comunidad, desde entonces el marido deja de estar obligado con sus bienes por las deudas que la mujer ha contraído con su autorización, en el sentido de que sólo está obligado a ello como esposo común en bienes, es decir, por nulidad. No está obligado como deudor personal, pues nunca lo ha sido. Volveremos a ocuparnos en este punto que es muy discutido (1).

71. La cuestión también se presenta durante la comunidad, en el caso de quiebra de la mujer. Se supone que obtiene un concordato que le hace remesa de la mitad de las deudas. ¿Pueden los acreedores perseguir a la comunidad y al marido por la otra mitad que se les debe? En nuestra opinión, los acreedores sólo tienen acción personal contra la mujer; en cuanto al marido, está obligado por las deudas de la mujer en los bienes de la comunidad y en sus bienes personales, pero no puede

1 La opinión contraria está generalmente enseñada. Demolombe dice que no es dudoso que el marido esté personalmente obligado (t. IV, página 408, núm. 310).

estar obligado a más de lo que debe la mujer; cuando, pues, la mujer es liberada, el marido deja de estar obligado, y la mujer queda liberada por el concordato. La Corte de París ha sentenciado que el marido quedaba obligado para con los acreedores; parte del principio que asienta que el marido está obligado personalmente por las deudas que la mujer contrae como comerciante (1). Si se admite el principio, la consecuencia es evidente. Pero la consecuencia testifica contra el principio. Sólo la mujer habló en el contrato, ella sola prometió, está liberada por el concordato; y el marido que sólo está obligado por razón del compromiso de la mujer sin haber hablado en el contrato; estaría obligado indefinidamente. El marido no se ha obligado personalmente, sólo lo está por la obligación de la mujer, desde que ésta deja de estarlo, no se concibe que él continúe siéndolo.

72. La cuestión inversa se ha presentado. El marido quiebra y obtiene un concordato que le hace entrega de 80%. Es seguro que los acreedores conservan su acción entera contra la mujer si ésta es deudora personal; no puede prevalecerse de una entrega que no le ha sido concedida. ¿Esta acción personal de los acreedores contra la mujer reacciona contra el marido como jefe de la comunidad? La jurisprudencia está dividida. Creemos, como la Corte de París, que la remesa hecha al marido libera necesariamente a la comunidad. El marido sólo está obligado con sus bienes; liberar al marido es liberar estos bienes, y sus bienes comprenden no sólo su patrimonio personal, sino también el de la comunidad; luego los acreedores no pueden ya promover contra los bienes de ésta. Ni siquiera se concibe la posibilidad de esta acción: los bienes del marido y los bienes comunes

1 París, 19 de Febrero de 1845 (Dalloz, 1845, 4, 89).

DE LA COMUNIDAD LEGAL.

97

sólo forman un solo y mismo patrimonio. Los que tienen acción sobre los unos lo tienen también sobre los otros, pero también si no tienen ya acción en los bienes del marido, no la tienen tampoco en los de la comunidad, puesto que los bienes de ésta son los bienes del marido (1). La Corte de Lyon se ha pronunciado por la opinión contraria; supone que la comunidad forma un ser moral distinto de ambos esposos. En esta opinión se concibe que el marido esté liberado y no lo esté la comunidad. Hemos desechado el principio y desechamos la consecuencia; y ésta testifica contra el principio. Si la comunidad es un ser ficticio distinto del marido y de la mujer, las deudas del marido no debieran volverse deudas de este ser moral, así como las deudas de la comunidad no debieran ser las del marido. La confusión de las deudas, cuando hay distintas personas que estén obligadas a ellas, sería una singular anomalía. Cuando se atiene uno al texto del Código, toda dificultad desaparece; sólo existe un solo patrimonio gravado con las deudas del marido y las deudas de la comunidad; el acreedor que no tiene acción sobre una fracción del patrimonio, no puede tenerla contra la otra (2).

73. El principio de que las deudas contraídas por la mujer con autorización marital obligan al marido, sólo tiene aplicación a la comunidad, y no a los demás regímenes. Este punto está, sin embargo discutido; volveremos a él al tratar de los diversos regímenes. Por ahora bástanos establecer el principio, lo cual es muy fácil. La regla es que el que autoriza no se obliga. Esta regla tiene excepción cuando los esposos son comunes en bie-

1 París, 24 de Enero de 1855 (Dalloz, 1856, 2, 110).

2 Lyon, 23 de Julio de 1858 (Sirey, 1859, 2, 615). En sentido contrario, Rodière y Pont, t. II, pág. 80, núm. 787, y Aubry y Rau, t. V, pág. 338, nota 42.

nes (art. 220, 1,409, 1,419, 1,426); la excepción se funda en la confusión de los bienes de la comunidad con los bienes personales del marido. No se concibe, cuando no hay comunidad. En derecho debe decidirse que se está bajo el dominio de una regla cuando se está en los términos de la excepción; y la regla es que el que autoriza no se obliga. Esto también está fundado en razón: ¿cómo se obliga el marido por una deuda que no ha contraído?

Núm. 2.—Las excepciones.

74. Cuando la mujer acepta una sucesión inmobiliar con consentimiento de su marido, se obliga al pago de las deudas con autorización marital; debería, pues, obligar a la comunidad en el sentido de que los acreedores debieran tener el derecho de perseguir su pago en los bienes comunes en virtud de la regla establecida por los arts. 1,409 y 1,419. El art. 1,413 deroga la regla dando acción sólo a los acreedores contra los bienes personales de la mujer. Hemos dicho en otro lugar cuál es el fundamento de esta excepción. Siendo puramente inmobiliar la sucesión, las deudas contraídas por el difunto pasan con los bienes de la mujer heredera: bienes y deudas son extrañas a la comunidad. Si el marido interviene autorizando a su mujer, no es para obligarse hacia los acreedores; nunca se obliga autorizando a su mujer. No había, pues, ningún motivo para obligar a la comunidad (t. XXI, núm. 453).

75. Se admite generalmente que el art. 1,432 contiene una segunda excepción. Dice: “El marido que garantiza solidariamente o de otra manera la venta que su mujer ha hecho de un inmueble personal, tiene igualmente un recurso contra ella, ya sea en su parte en la co-

DE LA COMUNIDAD LEGAL

99

munidad, ya en sus bienes personales si llega a ser perseguido.” ¿En qué sentido esta disposición deroga la regla de los arts. 1,409 y 1,419? La regla da al acreedor acción contra la comunidad; decide, pues, una cuestión de obligación. El art. 1,432 no habla de obligación de la comunidad; da al marido un recurso, una compensación; es decir, que decide una cuestión de contribución. Así, ambos artículos tienen un objeto diferente; desde luego se entiende difícilmente que el uno derogue al otro.

He aquí como se raciocina para llegar a una derogación. La mujer vende un inmueble personal; está obligada a garantizarlo. El marido concurre a la venta para autorizar a su mujer. ¿Estará obligado por los compromisos de la mujer, es decir, a la garantía? No, sólo lo estará si ofrece garantizarla; es decir, que si autoriza simplemente a su mujer, no está obligado a nada. Esto es, en nuestro concepto, raciocinar muy mal. Se hace decir a la ley lo que no dice; la ley dice que el marido que garantiza tiene derecho a una compensación, y se le hace decir que el marido *sólo* está obligado a la garantía cuando la tiene ofrecida. Esto es confundir dos órdenes de ideas, la cuestión de saber si el marido y la comunidad están *obligados* por la garantía, y la cuestión de saber si tienen un *recurso* en el caso en que se les persiga. De que la ley diga que el marido tiene un recurso en caso de garantía, se deduce, es verdad, que la comunidad está obligada, porque es evidente; pero de esto no se sigue que la comunidad está obligada sólo cuando el marido garantiza y que no lo esté cuando el marido se limita a autorizar. La consecuencia que se saca de la ley es forzada, es un argumento *a contrario* de la

P. de D. TOMO XXII.—7

peor especie, puesto que es prevalerse del silencio de la ley cuándo ésta tiene un objeto enteramente diferente de aquel de que se trata.

Se dirá que aceptando nuestra opinión, no se explica por qué la ley habla de la garantía, pues si la comunidad se halla obligada por la autorización con mayor razón lo estará por la garantía. En efecto, la disposición es inútil: la mujer que vende se obliga a dar garantía; el marido, autorizándola para vender, está obligado por este compromiso en los bienes de la comunidad y en sus bienes personales; y tiene una compensación, puesto que la obligación concierne a un bien personal de la mujer. Los principios generales bastan, pues, para decidir la cuestión en el sentido que damos al art. 1,432. ¿Pero qué importa? Hay muchas disposiciones en el Código que sólo aplican un principio y que en este sentido son inútiles: ¿es esta una razón para hacerles decir otra cosa distinta de la que afirman?

El art. 1,432 contiene una expresión que se concilia perfectamente con nuestra interpretación; dice que el marido que garantiza solidariamente o de *otra manera* la venta, tiene un recurso. ¿Qué significan estas palabras: o de *otra manera*? Se aplican a todos los casos en que el marido está obligado por el compromiso de garantizar; y según el derecho común, está obligado a ello cuando autoriza a su mujer para vender. Luego el caso que se supone excluido está comprendido en el texto.

En fin, no es exacto decir, como se hace, que la supuesta excepción del art. 1,432 tiene el mismo fundamento que la del art. 1,413; es decir, que la naturaleza misma del asunto prueba que es extraño a la comunidad; se dice, por lo tanto, que la presunción en que se funda la regla del art. 1,419 hace falta: no se puede pre-

sumir que el marido autorice a su mujer a vender por interés de la comunidad puesto que se trata de la venta de un bien propio de la mujer y el precio seguirá siéndole igualmente propio. Contestaremos que los hechos dan un mentís a este argumento: ¿Cuándo vende un propio la mujer? Lo más a menudo por interés del marido y, por lo tanto, de la comunidad; puesto que la venta se hace en provecho de la comunidad, es justo que ésta esté obligada por los compromisos que de ello resultan (1).

¿Cuál es, según la opinión general, el efecto de la autorización que el marido da a su mujer para enajenar sin que se obligue a la garantía? Se aplica por analogía la suposición del art. 1,413: el comprador no tendrá acción contra la comunidad, pero podrá perseguir sus daños y perjuicios en toda la propiedad de los bienes de la mujer (2). Así se aplica por analogía una disposición excepcional hasta arbitraria, pues si el marido no queda obligado por su autorización, el acreedor no debiera tener acción sobre el usufructo de los bienes de la mujer, por formar este usufructo parte de los bienes de la comunidad, es decir, de los bienes del marido. Si la ley da acción a los acreedores sobre el usufructo en el caso del art. 1,413, es porque presume que tal es la intención del marido; no pertenece al intérprete extender las presunciones. La consecuencia testimonia una vez más contra la doctrina de que procede.

76. En nuestra opinión, el principio del art. 1,419 sólo retiene una excepción, la que el legislador consagra

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 110, núm. 14 bis **XXIII**. Bellot des Minières, t. I, pág. 510. En sentido contrario, Rodière y Pont, t. II, pág. 77, núm. 785, y las autoridades que citan.

2 Aubry y Rau, t. V, pág. 338, pfo. 509.

en el art. 1,413. Admitiendo que exista una segunda en el caso del art. 1,432, surge la cuestión de saber si el intérprete puede admitir otras procediendo siempre por vía de analogía. Rodière y Pont contestan que esto sería hacer la ley y no interpretarla (1). Esta es la contestación que hemos dado muy frecuentemente cuando los intérpretes invocan razones de analogía para extender presunciones o disposiciones excepcionales, y, en el caso, se trata de una excepción a un principio fundamental del régimen de la comunidad. Troplong lo confiesa; pero toda regla, dice, tiene sus excepciones. Sin duda, ¿pero quién tiene derecho para establecer las excepciones? Sólo el legislador. Troplong parece también confesarlo: cuando la comunidad no saca ningún provecho del acta autorizada, dice, *la ley debió vigilar* que se aboliera, en los casos particulares, el principio del art. 1,419. *¡La ley debió vigilar!* En consecuencia, se necesita una ley. ¡Y sin embargo, en el mismo número y casi en la misma frase en que Troplong dice que la ley debía aceptar excepciones, admite una que la ley ignora! (2). Volveremos a hablar de ello.

Durantón se expresa siquiera más jurídicamente. El art. 1,419, dice, está fundado en la presunción de que la deuda fué contraída en interés de la comunidad; pero cuando esta presunción no puede tener aplicación porque el negocio interesa sólo a la mujer, la razón por la cual la comunidad está obligada cesa, y cesando la razón de la ley, ésta también debe dejar de producir su efecto (3). Colmet de Santerre ha contestado muy bien esta argumentación. El art. 1,419 así como el 1,409 que establece

1 Rodière y Pont, t. II, pág. 78, núm. 786.

2 Troplong, t. II, pág. 268, núm. 846.

3 Durantón, t. XIV, pág. 348, núm. 248.

la regla de que la mujer autorizada por el marido obliga a la comunidad, agrega: a reserva de recompensa debida a la comunidad; supone, pues, que la comunidad está obligada aunque la deuda haya sido contraída en interés personal de la mujer, pues es en este caso cuando hay lugar a compensación (art. 1,437). Luego, aunque una deuda sea contraída en interés de la mujer, queda uno dentro de la regla. ¿Cuándo se sale de ella? Sólo hay excepción en el caso en que la ley juzga conveniente hacerla. Esta interpretación, fundada en el texto y los principios, lo está también en la razón. Como acabamos de decirlo a propósito del art. 1,413, el interés de la comunidad y el del marido se ligan ordinariamente al de la mujer; la ley no podrá, pues, sentar en principio que la obligación contraída por la mujer autorizada por el marido, no queda a cargo de la comunidad, cuando se refiere a un negocio de la mujer, pues el negocio puede a la vez interesar al marido y a la comunidad. Habría resultado un gran peligro para los terceros: nunca hubieran sabido con certeza al contratar con la mujer autorizada si tenían por deudor a la mujer sola o si también tenían acción contra el marido y la comunidad. La teoría de la ley tal cual la interpretamos, evita estas incertidumbres y estos peligros. Hay una regla general y casi absoluta, puesto que sólo sufre dos excepciones; fuera de los casos del art. 1,413 y del art. 1,432 (en la opinión general) se entra en la regla; el acreedor tendrá siempre acción contra la comunidad a reserva de compensación si hay lugar (1).

77. La madre dota a un hijo con autorización del padre. ¿Entrará esta deuda en la comunidad, en el sentido de que el hijo tendrá acción contra ella y contra el

1 Colmet de Sauterre, t. VI, pág. 111, núm. 41 bis XXV.

padre? En nuestra opinión, el art. 1,419 es aplicable, por la razón decisiva de que la ley no hace ninguna excepción para la dote. Hay una sentencia en este sentido. El Tribunal de Primera Instancia había sentenciado que el principio establecido por los arts. 1,409 y 1,419 no era aplicable a la dote, porque este acto no puede ser para el marido ocasión de una utilidad fraudulenta. Esto era confundir todas las cosas: la cuestión de saber si el acta es hecha en fraude de la mujer y la cuestión de compensación, la cuestión de compensación y la cuestión de obligación. La decisión fué reformada por la Corte de Apelación: la Corte de Rouen se limita a decir que el art. 1,419 forma el derecho común, y éste debe tener aplicación en todos los casos en que no se le deroga por la ley o por las convenciones de las partes. Esto es decisivo (1).

Troplong profesa la opinión contraria. Gusta de prevalerse del derecho antiguo; la tradición tiene, en efecto, una gran autoridad, siempre que sea constante y que se interprete con inteligencia; si no, puede encontrarse en ella poco menos de cuanto se quiera, como en los trabajos preparatorios. En el caso, Troplong invoca la opinión de Lebrún y de Pothier. Y sucede, dicen los señores Aubry y Rau, que el eminente magistrado entendió mal los trozos que cita. Se trata de saber si la comunidad está obligada para con el hijo, mientras Lebrún y Pothier preguntan si el marido tiene derecho a una compensación; y preguntar si la comunidad tiene compensación, es suponer que está obligada a pagar. Nos limitaremos a relatar las palabras de Pothier, porque el pasaje es corto y claro. La madre dota a su hijo, habla sola en el contrato, el padre interviene únicamente para autorizar a su mujer. No se puede decir que en este caso el marido haya

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

dotado, es la mujer la deudora. He aquí las palabras que equivocaron a Troplong. Son muy jurídicas; el marido que sólo autoriza no es deudor. Distinta es la cuestión de saber si el hijo tiene acción contra la comunidad. Pothier agrega que lo que sacó la mujer de la comunidad por dote, debe tomarse de su parte en la comunidad, y en caso de renuncia, de sus bienes propios (1). Cuestión de contribución. Para que pueda presentarse, es necesario que la comunidad haya pagado una dote, lo que implica que el hijo tiene acción contra ésta.

78. Una mujer acepta con consentimiento de su marido, una donación inmobiliar con un cargo. ¿Está obligada la comunidad por este cargo? Es seguro que debe ser soportado por la mujer, puesto que sólo a ella aprovecha la donación; pero es diversa la cuestión de saber si la comunidad está obligada a pagarla. La afirmativa es segura, puesto que ninguna ley hace excepción a la regla del art. 1,419. Es verdad que si se trata de una donación universal sólo la mujer donataria puede ser demandada por las deudas que la gravan (arts. 1,418 y 1,413). Pero la excepción que la ley consagra en cuanto a las deudas no puede ser extendida a los cargos; luego se está bajo el imperio de la regla del art. 1,419. Hay una sentencia de casación en este sentido (2). En el caso se podía decir que era evidente que el cargo sólo era relativo a la mujer; puede también decirse que la analogía entre los cargos y las deudas es segura; pero estos motivos no prevalecen sobre una regla absoluta que no tiene otras excepciones que las que la ley establece.

79. Los autores discuten la cuestión de saber si la

1 Pothier, **De la comunidad**, núm. 659. Aubry y Rau, t. V, pág. 339, nota 46, pfo. 509. En sentido contrario, Troplong, t. I, pág. 362, núms. 1,229-1,231.

2 Casación, 24 de Enero de 1853 (Dalloz, 1853, 1, 29), después del informe de Renouard y bajo la presidencia de Troplong.

ejecución testamentaria aceptada por la mujer con autorización del marido está sometida a la regla del artículo 1,419, o si se debe aplicar por analogía la excepción del art. 1,413. En nuestra opinión basta presentar la cuestión para resolverla. Esta no es la opinión de Durantón; limita el texto del art. 1,419 por el espíritu de la ley. La ley, dice, quiso evitar el fraude que el marido hubiese fácilmente podido cometer en perjuicio de los terceros poniendo al frente a su mujer para pedir prestado o para comprar o celebrar otros contratos análogos de los que hubiera sacado todas las ventajas sin someterse a las obligaciones que resultaban. Y todo esto no puede suponerse en una ejecución testamentaria confiada a la mujer por elección del testador y que nunca debe aprovechar al marido (1). Esto es verdad, pero no impide que haya una regla absoluta a la que el intérprete no puede hacer excepción, y esta regla, al reservar compensación a la comunidad, significa que la comunidad está obligada aunque no tenga en ello ningún interés.

80. ¿La autorización para litigar coloca a cargo de la comunidad lo principal de la deuda? Hay que suponer, para que haya discusión, que la deuda por su naturaleza no entra en la comunidad. ¿Entra en ella si el marido autoriza a su mujer para litigar? La negativa es tan evidente que no se concibe como Zachariæ se haya equivocado en esto. No es la sentencia la que crea la deuda, sólo confirma su existencia; la deuda sigue siendo lo que era antes del juicio con todas sus consecuencias; entrará o no en la comunidad, según el derecho común. Pero el hecho de que la mujer litigue ante la justicia

2 Durantón, t. IX, pág. 378, núm. 394. En sentido contrario, Dalloz, en la palabra **Disposiciones** núm. 4,041.

da lugar a una nueva obligación que es extraña a la deuda: la de pagar las costas así como los daños y perjuicios causados por el proceso. Autorizando a la mujer para litigar, el marido la autoriza a contraer esta nueva deuda y, por consiguiente, debe aplicarse la regla del artículo 1,419. La doctrina y la jurisprudencia están en este sentido (1).

§ III.—DE LAS DEUDAS CONTRAÍDAS POR LA MUJER CON AUTORIZACIÓN DE LA JUSTICIA.

Núm. I.—El Principio.

81. Cuando la justicia autoriza a la mujer para contraer, es porque el marido rehusó hacerlo, o en el caso en el que el marido no puede dar la autorización. En ambas hipótesis la autorización judicial tiene por objeto la incapacidad de la mujer, haciéndola hábil para contraer. La obligación en que la mujer consiente queda, pues, bajo el imperio del derecho común, obliga a su persona y obliga a sus bienes. ¿Cuáles son estos bienes? Bajo el régimen de la comunidad la mujer sólo tiene la nuda propiedad de sus propios; es, en verdad, copropietaria de los bienes que componen la comunidad, pero esta copropiedad no le da la facultad de disponer de ellos, puesto que sólo el marido tiene el poder de enajenar los bienes comunes y de obligarlos por las deudas que contrae. De ahí la consecuencia que la autorización de la justicia no tiene ningún efecto para la comunidad.

Existe, pues, una diferencia capital entre la autoriza-

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 339, y notas 47 y 48, pfo. 509. Véanse las sentencias en el **Repertorio** de Dalloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 998.

ción del marido y la autorización de la justicia; una y otra habilitan a la mujer para contraer y, por consiguiente, para obligar sus bienes; pero el consentimiento del marido tiene, además, el efecto de obligar a la comunidad: mientras que la justicia no puede autorizar a la mujer a obligar los bienes comunes de los cuales el marido es señor y dueño durante la comunidad. Esta diferencia entre la autorización del marido y la de la justicia, resulta de los principios y está escrita en la ley. El art. 1,419 prevé el caso en el que la mujer se obliga con el consentimiento de su marido y decide que los acreedores pueden perseguir su pago tanto en los bienes de la mujer como en los de la comunidad y del marido. El art. 1,426 prevé el caso de que la mujer se obliga con autorización judicial, sin el consentimiento del marido; estos actos no obligan los bienes de la comunidad, por consiguiente el marido no está obligado; los acreedores no tienen, pues, acción más que sobre los bienes personales de la mujer, es decir sobre la nuda propiedad de sus propios, como lo dice el art. 1,410.

82. Este principio se aplica a todos los actos ejecutados por la mujer con autorización de la justicia, luego también a los procesos que sigue con dicha autorización judicial; las costas y los daños y perjuicios no pueden ser perseguidos más que en la nuda propiedad de sus bienes, el acreedor no tiene ninguna acción contra la comunidad. El art. 1,426 habla en términos generales de los *actos* celebrados por la mujer con autorización judicial, lo que comprende a las instancias judiciales. Hay, además, igual motivo para decidir. Esto es tan evidente que es inútil insistir (1).

1 Rodière y Pont, t. II, pág. 115, núm. 813. Véase la jurisprudencia en el **Repertorio** de Dalloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 1,069.

Sólo existe un caso en el que la cuestión pudiera parecer dudosa, cuando la autorización no puede ser concedida por la justicia: tales son las demandas por divorcio o por separación de cuerpos o de bienes. Se podría decir que la justicia reemplaza entonces al marido y que su autorización debe, en consecuencia, producir el mismo efecto. Sin embargo, debe decidirse, sin vacilación, que la justicia nunca puede autorizar a la mujer para obligar los bienes de la comunidad de los cuales el marido es señor y dueño. ¿Se dirá que esto es hacer estas acciones imposibles si la mujer no tiene bienes personales que sirvan de prenda a los oficiales ministeriales cuyo concurso es necesario para litigar? La ley ha previsto la dificultad permitiendo a la mujer pedir una provisión (Código de Procedimientos, art. 878) ; si el juez deja las costas a cargo de la mujer, el marido sólo se halla obligado a pagarlos en los límites de la provisión concedida a la mujer. Esto es lo que ha resuelto la Corte de Casación en una excelente sentencia.

La Corte toma como punto de partida el principio establecido por el art. 1,426: "Los actos ejecutados por la mujer sin consentimiento de su marido y hasta con consentimiento de la justicia, no comprometen los bienes de la comunidad." Esta regla es general, se aplica a las acciones judiciales tanto como a los contratos, sin que haya lugar a distinguir entre los procesos que la mujer intenta contra su marido y los que sostiene contra extraños. Si debe intervenir la justicia, es únicamente porque la mujer es incapaz, la autorización del juez la habilita para litigar como para contratar, obligando sus bienes; no puede, pues, tener ningún efecto sobre los bienes de la comunidad. Se invocaba en el caso el derecho que tiene la mujer para promover contra su marido; la Corte contesta

que la ley lo prevé al permitir a la mujer pedir una provisión aplicable a los gastos del proceso. La sentencia agrega que esta facultad, consagrada por el Código de Procedimientos, es ya una excepción al art. 1,426, puesto que la mujer obliga a la comunidad dentro de los límites de la provisión que el juez le concedió; como toda excepción, ésta debe restringirse en sus términos precisos; sería extenderla el deducir que el marido esté obligado a pagar los gastos del proceso, cualquiera que sea la suma a que llegaran. Todo lo que exige la justicia es que la mujer pueda reclamar una provisión suplementaria en el curso del proceso, si la provisión concedida al principio de la instancia se hace insuficiente. Fuera de la provisión que es la excepción, se entra en la regla general del artículo 1,426 y, por consiguiente, los oficiales ministeriales no pueden tener ninguna acción, por sus costas y anticipos, contra la comunidad (1).

Núm. 2.—De las excepciones.

83. La regla establecida por el art. 1,426 tiene excepciones; están previstas por el art. 1,427 que esá así concebido: "La mujer no puede obligarse ni obligar los bienes de la comunidad, ni siquiera para sacar a su marido de la cárcel o para establecer a sus hijos en caso de ausencia del marido, sino después de haber sido autorizada por la justicia." Esta disposición está muy mal redactada; importa hacerlo constar con el fin de no fundarse en una mala redacción para deducir consecuencias que

1 Casación, 30 de Abril de 1862 (Dalloz, 1862, 1, 210). Hay una sentencia en el mismo sentido pronunciada en favor del marido bajo el régimen dotal. Casación, 5 de Julio de 1865 (Dalloz, 1865, 1, 312).

estarían en oposición con los principios generales del derecho. El art. 1,427 parece sentar una regla general, que tiene por objeto determinar las obligaciones que la mujer que puede contraer. En efecto, comienza por decir: *la mujer no puede obligarse*. La regla se halla concebida en términos restrictivos; parece, pues, decir que la mujer no puede obligarse sino bajo la condición determinada por el art. 1,427, es decir, que la mujer sólo puede obligarse *después de haber sido autorizada por la justicia*; hasta, dice la ley, para sacar a su marido de la cárcel o para establecer a sus hijos en caso de ausencia del marido. Así, aun en el caso más favorable, la mujer no podría obligarse sin autorización de la justicia. El artículo entendido a la letra sería un contrasentido, puesto que es elemental que la mujer se obliga regularmente con el consentimiento del marido; el juez sólo interviene cuando el marido no quiere o no puede autorizar a su mujer. Por lo mismo, es imposible que el art. 1,427 sienta como regla que la mujer sólo puede obligarse después de haber sido autorizada por la justicia. Si la ley lo dice, esto es por error; la redacción del art. 1,427 es mala; debe, pues, buscarse lo que quiso decir el legislador.

Lo que el legislador quiso decir no es dudoso si se combina el art. 1,427 con el art. 1,246 del cual es continuación. ¿Qué dice el art. 1,426? Dice, en substancia, que la mujer autorizada por la justicia no obliga a la comunidad; decide, pues, la cuestión de saber cuál es el efecto de los actos que la mujer celebra con autorización judicial en lo que se refiere a la comunidad. ¿Qué dice el art. 1,427? Decide que, en los dos casos que prevé, la mujer obliga a la comunidad si ha sido autorizada por la justicia. El art. 1,427 es, pues, una excepción

a una regla consagrada por el art. 1,426 (1).

84. Se pregunta si la disposición del art. 1,427 es restrictiva, o si hay casos, no previstos por este artículo, en los cuales la autorización de justicia tiene por efecto obligar a la comunidad. La cuestión es discutida. Si se admite que el art. 1,427 es una excepción del artículo 1,426, la solución no es dudosa. Toda excepción es de rigurosa interpretación, por lo tanto, también la excepción del art. 1,426. Y es difícil no ver una excepción en el art. 1,427, cuando se le compara con el artículo que precede. Duveyrier, el Relator del Tribunado, lo dice terminantemente. La mujer no puede obligar a la comunidad más que con el consentimiento de su marido: tal es la regla. He aquí la excepción: "Para con los bienes de la comunidad *sólo hay dos casos* en los que la autorización del juez pueda reemplazar la autorización marital: para sacar a su marido de la cárcel y, si el marido está ausente, para establecer a sus hijos comunes (2).

La opinión contraria es la generalmente admitida. Se invoca el texto del art. 1,427: la misma palabra no tendría sentido, se dice, si la enumeración fuera limitativa; el legislador debería haber dicho simplemente que la mujer no puede obligar a la comunidad con la autorización de justicia, sino para sacar a su marido de la cárcel o para dotar a un hijo común; diciendo *aun* en estos dos casos debe la mujer estar autorizada por el juez, la ley dice implícitamente que en casos muy favorables la mujer, autorizada por la justicia, obliga a la comuni-

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 159, núm. 70 bis I. Denegada, 8 de Noviembre de 1814 (Dalloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, número 1,080).

2 Duveyrier, **Informe**, núm. 18 (Loeré, t. VI, pág. 419). Aubry y Rau, t. V, pág. 336, nota 38, pfo. 509.

dad; luego debe tener este derecho en casos tan favorables como los del art. 1,427 (1).

Apoyarse en una redacción que no tiene ningún sentido, para inducir otras excepciones que las que la ley prevé, es una interpretación inadmisibles. Basta que la disposición derogue al derecho común para que deba interpretarse estrictamente; si no, se permitiría al juez admitir tantas excepciones cuantas quisiera. ¿Es este el deber del intérprete? ¿Es este su derecho?

Troplong agrega razones poco sólidas a las que se dan en apoyo de nuestra opinión (1). Es necesario, dice, conciliar el art. 1,427 con el art. 222 y esta combinación prueba que el art. 1,427 es limitativo. "Si el marido se halla interdicto o ausente, el juez puede, con conocimiento de causa, autorizar a la mujer ya sea para litigar ya para contraer." Se trata de saber en qué casos la mujer autorizada por la justicia obliga a la comunidad, y se cita un artículo que dice sencillamente que el juez puede habilitar a la mujer para obligarse. Esto es confundir todo, al interpretar el art. 1,427 por el artículo 222, cuando ambos artículos tienen un objeto diferente. Troplong cita también el art. 112 que llama a los tribunales a estatuir acerca de las medidas de administración que deben tomarse relativamente a los bienes de una persona que se supone ausente. ¡Nueva confusión de ideas! ¿Es que en caso de presunción de ausencia puede la mujer obligar a la comunidad, haciéndose autorizar por el juez? Tal es la cuestión y seguramente el art. 112 no la contesta.

Existe una sentencia de la Corte de Lieja que parece

1 Durantón, t. XIV, pág. 415, núm. 305. Rodière y Pont, t. II, pág. 118, núm. 816.

2 Troplong, t. I, pág. 298, núm. 970.

estar concebida en este orden de ideas. Un marido vagamundo recorre el país; en el lugar de su domicilio no se sabe de él. ¿Qué hará la mujer? No puede pedir la autorización de su marido, puesto que no sabe donde se halla. Se dirige al juez, quien la autoriza. ¿Pero de qué le sirve esta autorización si la mujer no tiene bienes personales? Es, pues, necesario que la mujer tenga el derecho de obligar a los bienes de la comunidad. Contestamos que no hay fuerza mayor contra la ley. Si el marido se halla ausente en el sentido legal de la palabra, la mujer sólo tiene un derecho, el de hacer declarar la ausencia y pedir la administración provisional; pero ningún principio y ningún texto le permiten obligar a la comunidad con la autorización del juez (1).

85. ¿Cuáles son los dos casos en los que la mujer puede obligar a la comunidad con autorización de la justicia? Desde luego para sacar a su marido de la cárcel. Se supone que está arrestado por deudas, lo que, desde la abolición de la detención por deudas, sucederá pocas veces. A primera vista no se entiende por qué la mujer ocurre a la justicia cuando su marido está en el lugar y autorizada por él obliga regularmente a la comunidad. Esto da lugar a una duda acerca del sentido de la ley. ¿Quiere esto decir que cuando se trata de sacar a su marido de la cárcel la mujer debe dirigirse a la justicia y que el marido no la pueda autorizar? Esta interpretación es inadmisibles porque implica una derogación del derecho común que no se justificaría con nada. El marido es quien tiene misión de autorizar a la mujer, el juez sólo interviene cuando aquel se rehusa (art. 218). La mujer debe, pues, ante todo dirigirse a su marido; y sólo cuando se niegue, será cuando el juez

1 Lieja, 22 de Junio de 1860 (*Pascristia*, 1860, 2, 370).

intervenga. Esta negación debió ser prevista; el marido puede por delicadeza rehusar a autorizar a su mujer; en este caso, la justicia la autorizará. Y como la libertad del marido interesa en alto grado a la comunidad, la ley decide que la obligación de la mujer compromete a la comunidad (1).

86. En segundo lugar, la mujer obliga a la comunidad cuando dota o establece a sus hijos en caso de ausencia del marido y con autorización de la justicia. Cuando el marido está ausente en el sentido legal de la palabra, la mujer no puede pedir su autorización; el artículo 222 permite que la justicia la autorice, pero únicamente para suplir su incapacidad. Esto no basta en el caso, pues puede que la mujer no tenga bienes personales con los que pueda obligarse; si su fortuna es mobiliar, habrá entrado por entero en el activo de la comunidad; y la mujer no puede obligar a la comunidad, según el derecho común, aunque esté autorizada por la justicia. Se necesitaba, pues, hacer una excepción a esta regla; tal es el objeto del art. 1,427. La excepción se entiende. Se trata de una obligación natural que incumbe a ambos esposos; deben dotar a sus hijos y establecerlos; si el marido se encuentra en la imposibilidad de concurrir para esta obligación, la justicia debe reemplazarlo.

Esto supone que se trata de hijos comunes; sólo con ellos tiene el marido obligaciones que cumplir, sólo es, pues, para su establecimiento para lo que existe el motivo de la excepción. Es verdad que el art. 1,427 dice

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 159, núm. 70 bis II. Rodière y Pont, t. II, pág. 119, núm. 817. Denegada, 8 de Noviembre de 1814 (Dalloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 1,080).

de sus hijos; lo que comprende hasta a los del primer matrimonio. Pero el establecimiento de estos hijos, por ser ajeno a la comunidad, sería sobrepasar la excepción el permitir a la mujer obligar a la comunidad por este capítulo. Para que haya lugar a la excepción, es necesario que el interés del marido y de la comunidad sea evidente. Es lo que sucede con los hijos comunes; y basta esta consideración para legitimar la disposición excepcional del art. 1,427. Cuando la deuda no interesa a la comunidad, la excepción no tiene ya razón de ser; por tanto, se queda uno bajo el imperio de la regla.

87. El art. 1,427 permite a la mujer *comprometer los bienes de la comunidad* para el establecimiento de sus hijos. Esto supone que la mujer se obliga para dotarlos o establecerlos. ¿Quiere esto decir que no puede tomar de la comunidad las cantidades necesarias o los bienes para establecer a sus hijos? No, seguramente. El sentido de la excepción consagrada por el art. 1,427 es que la autorización de la justicia reemplaza a la autorización del marido; es decir, que la mujer autorizada por la justicia puede hacer lo que el marido tendría derecho de hacer. Y el marido puede emplear hasta los inmuebles de la comunidad para establecer a los hijos comunes, por consiguiente, la mujer tiene el mismo derecho.

Lo que decimos de la segunda excepción se aplica a la primera. La mujer puede enajenar un bien de la comunidad o servirse de su dinero para sacar a su marido de la cárcel. Sería absurdo obligarla a pedir prestado cuando hay dinero en la comunidad; y si no lo hay, y la comunidad posee bienes poco productivos, el interés del marido tanto como el de la mujer, exige que se vendan esos bienes más bien que hacer un préstamo oneroso.

La tradición confirma la interpretación que damos al art. 1,427. Esta disposición está tomada de la antigua jurisprudencia. Un decreto del Parlamento de 27 de Agosto de 1564 pronunciado *consultis classibus*, decidió que la mujer podía, sin ninguna autorización, otorgar y hasta hipotecar o vender fundos comunes para sacar de la cárcel a su marido (1). El Código no lleva las cosas tan lejos; exige la autorización de la justicia; pero con esta autorización, la mujer debe tener el derecho de disponer de los bienes comunes como tiene derecho para obligarlos; hay identidad de motivos.

88. Se presenta una última dificultad. La mujer obliga a la comunidad en los dos casos previstos por el art. 1,427. Se pregunta si el acreedor tendrá también acción contra el marido y sus bienes personales. Toullier parece vacilar, dice: aún parece que esta obligación podría ejecutarse en los bienes del marido. Duvergier dice que esta decisión tiene sus dificultades; la admite cuando se trata de sacar al marido de la cárcel, puesto que en este caso hay a cargo del marido una deuda civil que está obligado a pagar. Pero el marido no está obligado a dotar a sus hijos; en cuanto al art. 1,427 da el derecho a la mujer para comprometer los bienes de la comunidad, no le da el de comprometer los del marido (2). Nos parece que esto es presentar mal la cuestión. El principio general es que toda deuda de la comunidad es del marido; el art. 1,427, al disponer que la comunidad está obligada por las deudas que la mujer contrae con autorización de justicia, decide implícitamente que el marido también está obligado. No hay además ninguna

1 Rodière y Pout, t. II, pág. 120, núm. 818.

2 Toullier, t. VI, 2, pág. 527, núm. 289, y la nota de Duvergier.

razón para derogar el principio que identifica el patrimonio del marido con el de la comunidad.

§ IV.—DE LA CONTRIBUCIÓN A LAS DEUDAS CONTRAÍDAS POR LA MUJER.

89. El art. 1,419, después de haber establecido el principio de que la mujer autorizada por el marido obliga a la comunidad, agrega: “A reserva de compensación debida a la comunidad, o la indemnización debida al marido.” De esto se infiere que la mujer, por haberse comprometido sola, es en general, *como si* hubiese obrado por interés personal y debe, en consecuencia, recompensa o indemnización a la comunidad o al marido que hubiese pagado la deuda. Se agrega que esta *presunción* admite la prueba contraria; si resultare del objeto de la obligación o de otras circunstancias que la deuda fué contraída en interés de la comunidad o del marido, la mujer tendrá, según el caso, derecho a recompensa o indemnización. Se admite la misma *presunción* a reserva de prueba contraria, en el caso en que la mujer se ha obligado con autorización de justicia (1).

90. ¿En que está fundada la supuesta *presunción* que sirve de base a esta doctrina? Se trata de una *presunción legal*; y, según el art. 1,350, “la *presunción legal* es la que está ligada por una *ley especial a ciertos actos o a ciertos hechos*.” ¿En dónde está la *ley especial* que establece la *presunción* en virtud de la cual la mujer que se obliga sólo está como si se hubiese obligado por interés propio? Se cita el artículo 1,419. Pero este artículo no dice lo que se le hace decir; declara solamen-

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 350, pfo. 510 (4ª edición).

te que la obligación contraída con autorización marital puede perseguirse contra la comunidad; lo cual no es decir que la deuda se presume contraída en interés de la mujer. Si agrega “a reserva de compensación debida a la mujer o de la indemnización debida al marido”, esto tampoco significa que la presunción sea que la deuda es contraída en interés personal de la mujer. El art. 1,419 sólo repite lo que dijo ya el art. 1,409, núm. 2, el que al hacer entrar en la comunidad las deudas contraídas por la mujer con consentimiento del marido, agrega la reserva: “a reserva de compensación, *en el caso en que haya lugar.*” En definitiva, la ley no presume nada; en cuanto a las compensaciones, el objeto del art. 1,409 y del art. 1,419 es únicamente el de decidir que el acreedor, en virtud de una obligación contraída por la mujer autorizada por su marido, pueda perseguir a la comunidad: cuestión de *obligación*. En cuanto a la cuestión de *contribución* o de *compensación* está decidida por los artículos 1,433 y 1,437. Este es un punto de hecho; se trata de saber en interés de quién fué contraída la deuda; quién es el que la soporta. ¿A quién toca probar que la deuda contraída por la mujer con consentimiento del marido, lo fué por interés de la mujer? Al que reclama la indemnización, pues según el derecho común la prueba queda a cargo del demandante. Si hubiera una presunción dispensaría a éste de la prueba que le incumbe y pondría a cargo de la mujer el trabajo de la prueba contraria. Pero esta presunción no está escrita en ninguna parte, y no existe más presunción que la que está escrita en una ley para *ciertos* actos o *ciertos* hechos. Cuando menos debiera distinguirse entre el caso en que la mujer se obliga con consentimiento del marido y aquellos en los que se obliga con autorización de la justicia.

La experiencia diaria prueba que cuando el marido autoriza a su mujer para contratar, la obligación es la más de las veces consentida por interés de la comunidad, es decir, por interés del marido; el legislador tuvo este hecho en cuenta al escribir la regla general del art. 1,419. Cuando la mujer contrae con autorización judicial, debe verse si es por haber rehusado el marido; en este caso es probable que la deuda no interese a la comunidad; pero también la cuestión de compensación no se presentará, y regularmente el marido no pagará después de haber negado su consentimiento. Quedan los dos casos en los que la mujer, obligándose con autorización de justicia, obliga a la comunidad (art 1,427). Estas dos excepciones están precisamente fundadas en el interés que tiene la comunidad en la deuda que la mujer contrae; en consecuencia, la supuesta presunción lejos de estar fundada en una probabilidad sería contraria a la realidad de las cosas. Después de todo, por grande que sea una probabilidad no resulta de ella presunción legal, porque sólo el legislador tiene el derecho de crear presunciones. Esto es elemental. Si nos vemos obligados a repetirlo tantas veces es porque a cada paso los intérpretes olvidan que no les pertenece hacer la ley, imaginando presunciones que ésta ignora.

§ V.—DE LAS DEUDAS CONTRAÍDAS POR LA MUJER
CONJUNTAMENTE CON SU MARIDO.

91. El art. 1,431 dice: “La mujer que se obliga conjuntamente con su marido para los negocios de la comunidad o del marido, sólo está reputada para con éste como caucionante; debe ser indemnizada por la obligación que contrajo.” Aquí volvemos a encontrar una presunción ad-

mitida por la mayor parte de los autores, pero siquiera existe un texto en el que se pueden apoyar; se trata de interpretarlo y fijar su verdadero sentido.

La mujer se obliga solidariamente con su marido; sólo está reputada, para con éste, de haberse obligado como caucionante. Deben, pues, distinguirse las relaciones de la mujer deudora solidaria con el acreedor, y las relaciones de la mujer coobligada solidaria con su marido. Para con el acreedor, la mujer es deudora solidaria y obligada como tal por toda la deuda; conforme al derecho común, como si fuera sola y única deudora. La mujer no puede oponer al acreedor que está reputada como caucionante por la ley, pues el art. 1,431 dice terminantemente que es reputada caucionante *para con su marido*; no es, pues, sino respecto de las relaciones de ambos codeudores cuando la mujer está reputada caucionante; la mujer se ha obligado solidariamente, queda obligada como deudora solidaria. Así, la cuestión de obligación debe ser separada de la de contribución: una está regida por los principios de la obligación solidaria y la otra por los principios de la caución. Perseguida por el acreedor, la mujer debe pagar toda la deuda como deudora solidaria. Después de haber pagado tendrá un recurso contra su marido, como cualquier caucionante lo tiene contra el deudor principal.

92. Acerca de este punto no hay ninguna duda. La mujer perseguida por el acreedor ¿puede oponerle el beneficio de división? Si fuera caucionante para con el acreedor gozaría del beneficio de división (art. 2,026), pero no lo es respecto de éste, es deudora solidaria, debe, pues, aplicársele el art. 1,203 según el cual el deudor solidario perseguido por el acreedor no puede oponerle el beneficio de división. Lo mismo pasa con el be-

neficio de discusión, pertenece al caucionante (art. 2,021) ; al codeudor solidario no le es posible invocar, puesto que está considerado como solo y único deudor.

La jurisprudencia opina de esta manera. Se ha sentenciado que la mujer sólo está reputada caucionante para con su marido. En un caso la mujer se había obligado solidariamente con su marido al pago dotal por ellos constituido en favor de uno de sus hijos: la dote era de 8,000 francos, de los cuales 1,200 por derechos maternos y 6,000 por derechos paternos. El marido se había muerto y se trataba de saber en qué proporción estaba la mujer obligada por la dote; se pretendía que la donación debía ser reducida como excedente de lo disponible, y, por consiguiente, la mujer sostuvo que no podía estar obligada por más de lo que debía el deudor principal, del cual solo era caucionante. La Corte rechazó esta excepción. El art. 2,013 dice: es verdad que la caución no puede exceder lo que es debido por el deudor, pero la mujer estaba perseguida no como caucionante sino como deudora solidaria; debía, pues, pagar toda la dote a reserva de repetir contra la sucesión del marido por lo que hubiese pagado a más de su parte en esa dote (1).

Fué también sentenciado que la mujer coobligada solidaria no puede prevalerse, contra el acreedor, del artículo 2,037, según el cual el caucionante está descargado cuando la subrogación de los derechos del acreedor no puede, por el hecho del acreedor, operarse en favor del caucionante. En el caso el acreedor había hecho entrega de una parte de la deuda al marido quebrado; la mujer le opuso el art. 2,037; esta disposición, dijo la Corte, fué hecha en favor del caucionante, que sólo se obliga para hacer un favor al deudor y bajo la tácita condición

1 Limoges, 20 de Febrero de 1855 (Daloz, 1855, 2, 284).

de subrogación. No puede ser invocada por el deudor solidario. Hemos examinado esta cuestión en el título *De las obligaciones* (t. XVII, núm. 342). En cuanto a la mujer deudora solidaria, no podía prevaleerse del artículo 1,431 para deducir que era simple caucionante, el texto sólo la asimila a una caucionante para con el marido (1).

Hay, sin embargo, una sentencia de la Corte de París en sentido contrario. Se diría que nada existe seguro en derecho. El art. 1,431 distingue claramente las relaciones de la mujer con el acreedor, cuestión de *obligación*, y las relaciones de la mujer con su marido coobligado solidario, cuestión de *contribución* o de *compensación*. La distinción es elemental, y he aquí a una de las primeras cortes de Francia que desconoce el texto y los principios y decide que “toda obligación contratada solidariamente con su marido por una mujer, se presume de derecho, consentida en interés del marido cuando lo contrario no resulta expresamente del contrato, de manera que la mujer es reputada como simple caucionante.” (2).

Veremos más adelante si es verdad que el art. 1,431 establece una presunción; supongamos que la haya: ¿no es de principio elemental que las presunciones legales son de la más estricta interpretación? Y el artículo dice que la mujer es reputada caucionante para con su marido; luego la ley no la reputa tal para con el acreedor,

1 París, 11 de Abril de 1864 (Daloz, 1864, 2, 127).

2 Esta es la opinión de todos los autores. Aubry y Rau, t. V, pág. 351, nota 31, pfo. 510. Rodière y Pont, t. II, pág. 104, núm. 806; Colmet de Santerre, t. VI, pág. 178, núm. 76 bis I. La jurisprudencia está en el mismo sentido. Denegada, Sala Civil, 4 de Diciembre de 1855 (Daloz, 1856, 1, 58). Limoges, 20 de Febrero de 1855 (Daloz, 1855, 2, 284); París, 16 de Abril de 1864 (Daloz, 1864, 2, 127).

por lo tanto, la presunción no es absoluta como lo dice la Corte. La decisión es tan contraria a la razón como al derecho; el acreedor quiso la garantía de una obligación solidaria, la mujer la ofreció; después cuando el acreedor persigue a la mujer, ésta dice: no soy deudora solidaria, soy caucionante. Esto es nulificar los contratos. Creíamos que los jueces tenían por misión mantener y asegurar su ejecución (1).

93. El art. 1,431 dice que la mujer es reputada para con su marido como si se hubiese sólo obligado como caucionante; de esto la ley deduce que debe ser indemnizada por la obligación que contrajo. Tal es la cuestión de compensación. ¿Contra quién tiene derecho a una indemnización? Debe distinguirse. El negocio, como dice el texto, puede referirse a la comunidad o al marido. Si es en interés del marido como la mujer se obligó solidariamente, tendrá compensación contra su marido por toda la deuda; se aplican en este caso los principios que rigen a las compensaciones de los esposos entre sí. Si el negocio es de la comunidad, la mujer tendrá contra ésta una compensación que se ejerce según el derecho común, por vía de apelación; es decir, que la mujer no tiene compensación sino por la mitad de la deuda, si acepta, lo que es muy justo; pues si acepta, está obligada a las deudas de la comunidad por mitad, cuando menos hasta concurrencia de su emolumento. Si la mujer renuncia tendrá un recurso por el total contra su marido, pues por su renuncia se hace extraña a la comunidad: ésta pertenece al marido que es quien debe también soportar todas las deudas por entero; si la mujer ha pagado una de estas deudas, tiene, pues, recurso con-

1 París, 15 de Julio de 1854 (Dalloz, 1856, 2, 12).

tra el marido por todo cuanto estuvo obligada a pagar al acreedor (1).

94. La ley dice que la mujer debe ser indemnizada por la obligación que contrajo. Tiene una compensación contra el marido o contra la comunidad, según que se haya comprometido para negocios del marido o para los de la comunidad. Conforme el derecho común el que reclama una indemnización debe probar que tiene derecho a ella y establecer el monto de la compensación. Se aplica este principio a la obligación solidaria de la mujer? La opinión general es que la mujer nada tiene que probar, porque tiene una presunción legal en su favor. Se invocan los términos del art. 1,431: la mujer sólo está *reputada*, es decir, se le presume, como si se hubiera obligado como caucionante y el caucionante se obliga por interés del deudor principal, hay, pues, presunción de que la mujer se ha obligado para los negocios de su marido o de la comunidad. Esta presunción, se dice, está fundada en lo que sucede ordinariamente. Cuando la mujer se obliga solidariamente con su marido, es por pedirlo así el acreedor que exige esta garantía; el negocio se refiere casi siempre al marido o a la comunidad. La ley podrá, pues, conforme al buen derecho, presumir que la mujer sólo interviene como caucionante, salvo prueba contraria, que es en general admitida contra toda presunción legal. Al marido se le permite, pues, probar que la deuda fué contraída por interés personal de la mujer; en este caso no tendrá recurso contra el marido; al contrario, éste será quien lo tenga contra ella si está obligado a pagar como codeudor solidario (2).

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 179, núm. 76 bis I.

2 Aubry y Rau, t. V, pág. 350, nota 39, pfo. 510, y los autores que citan. Hay que agregar Demante, t. VI, pág. 178, núm. 76.

95. ¿Es verdad que el art. 1,431 establece en favor de la mujer una presunción que la dispensa de probar el fundamento de la compensación que reclama? Creemos con el señor Colmet de Santerre, que no hay tal presunción (1). No debe perderse de vista la definición que da el Código de la presunción legal, es la que una ley especial liga a ciertos actos o a ciertos hechos. ¿Cuál es en el caso el hecho al que, en opinión general, la hubiese unido una presunción? Es el de la obligación solidaria contraída por la mujer con su marido. ¿Liga a este hecho la ley la presunción de que la mujer se obliga por interés del marido o de la comunidad? Si tal hubiera sido la intención del legislador habría dicho: "La mujer que se obliga solidariamente con su marido está reputada como caucionante de éste y debe ser indemnizada por la obligación que contrajo." ¿Es esto lo que dice el artículo 1,431? No, asienta lo que sigue: "La mujer que se obliga solidariamente con su marido *para los negocios de la comunidad o del marido*, está reputada como caucionante." Se requiere, pues una condición para que la mujer sea reputada como caucionante, es la de que se haya obligado para los negocios del marido o de la comunidad; debe, por consecuencia, para gozar del beneficio de caucionante, probar que se ha obligado en interés de la comunidad o del marido; esto es decir que si reclama una compensación debe probar que la deuda fué contraída por interés de la comunidad o del marido.

Se objeta la palabra *reputada*. Decir que la mujer está *reputada como caucionante*, es afirmar que se le presume como si hubiese obligado como cuacionante; y toda presunción legal releva de la prueba a aquel en provecho del cual existe (art. 1,352). Contestamos que el ar-

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 279, núm. 76 bis II y III.

título 1,431 en lugar de derogar al derecho común sólo lo aplica. ¿Cual es el derecho común en lo que toca a las relaciones de los codeudores solidarios? La regla es que entre si sólo están obligados en la deuda cada uno por su porción y parte. Esto supone que la deuda ha sido contraída en un interés común. Puede suceder que la deuda sólo concierna a uno de los deudores solidarios; esto es hipótesis del art. 1,431; el art. 1,216 prevé el caso y decide en términos generales que “si el *negocio* por el que la deuda fué contraída solidariamente *sólo concernía a uno de los coobligados solidariamente*, éste estará obligado por toda la deuda para con los demás codeudores *que sólo están considerados para con él como caucionantes*”. Hay identidad de especies en ambas disposiciones e indentidad de expresiones. El art. 1,431 supone que la mujer se ha obligado solidariamente con su marido para los *negocios de la comunidad o del marido*, luego para un negocio que sólo concierna a uno de los codeudores solidarios, el marido; la consecuencia es que en la mujer *sólo se le reputa* obligada como caucionante, o como dice el art. 1,216, *sólo está considerada* con relación al marido *como caucionante*. No hay en esto presunción propiamente dicha; pues no hay ningún hecho desconocido; se supone que consta que uno de los codeudores solidarios es único deudor; los demás al no serlo, son necesariamente caucionantes; sólo que lo son únicamente para con el deudor, no para con el acreedor. Esto es también lo que dice el art. 1,431.

Se invoca el espíritu de la ley para explicar y justificar la presunción del art. 1,431. Es verdad que la ley tiene en cuenta los hechos cuando dispone que cualquiera deuda contraída por la mujer con consentimiento del marido se vuelve deuda de la comunidad, pero la ley agre-

ga (art. 1,409, 2º y 1,419) a reserva de compensación. En cuanto a la recompensa no establece ninguna presunción, e hizo bien, pues la presunción está fundada en una probabilidad; ¿donde está la probabilidad, cuando la mujer se obliga con el marido, de que esta deuda sea contraída por interés de este último? Esta es una cuestión de hecho que los jueces decidirán según el derecho común; el negocio puede interesar a la comunidad, al marido o a la mujer; que el que reclame una indemnización pruebe en interés de quien fué contraída la deuda. Los principios generales acerca de la prueba bastan y valen más que las presunciones, porque estas intervienen el orden regular de las pruebas. Cuando dos personas se obligan solidariamente, se debe seguramente creer que una y otra están interesadas en la deuda; por consiguiente; cada una por mitad. Esta es la regla y está fundada en razón. Si por excepción el negocio concierne exclusivamente a uno de los deudores solidarios a la parte interesada toca probarlo. No está bueno que el legislador ponga su voluntad en lugar del interés de las partes; esta decisión general pudiera ser injusta en su aplicación a casos particulares. La mujer se obliga solidariamente con su marido para trabajos que se ejecutarán en diversos fundos, perteneciendo uno a la comunidad, otro al marido y un tercero a la mujer. Si se admite la supuesta presunción del art. 1,431, la mujer tendrá una compensación por el todo contra su marido; así el marido deberá pagar lo que debe la mujer. ¿Se dirá que se le admite a la prueba contraria? Contestaremos que esta prueba es a menudo muy difícil de dar. ¿No será más equitativa la aplicación del derecho común? La mujer pretende que la deuda interesa exclusivamente a su marido o a la comunidad; ¡que lo pruebe! El deudor solidario,

en el caso del art. 1,216, debe también probar que el negocio concierne exclusivamente a uno de los codeudores. ¿Por qué la mujer había de encontrarse en una situación excepcional?

96. El art. 1,431 supone que sólo hay dos deudores solidarios, el marido y la mujer. Puede haber un tercero: ¿cuál será su recurso si está obligado a pagar toda la deuda? Nuestra respuesta es siempre la misma; se debe aplicar el derecho común, puesto que la ley no lo deroga; el recurso se dividirá, por lo mismo, conforme al art. 1,214. Hay una sentencia en sentido contrario de la Corte de Casación. Dice que cuando dos esposos comunes en bienes contraen solidariamente una obligación, el marido y la mujer no son cada uno deudores por mitad, la deuda es de la comunidad, de la cual es jefe el marido y la mujer, es caucionante solidaria. La sentencia establece que el tercer deudor solidario tendrá acción por el total, hasta contra la mujer, estando ésta obligada como caucionante por todo lo que debe el deudor principal (1). Esta es una nueva presunción imaginada por la Corte, mientras todos la ignoran. Si el art. 1,431 considera a la mujer como caucionante, esto es en sus relaciones con el acreedor; mientras que la Corte de Casación considera a la mujer como caucionante en las relaciones de los codeudores entre sí. ¿Y por qué establece la Corte esta presunción? Para dar al deudor que ha pagado un recurso por el todo contra la mujer; así se vuelve contra la mujer una disposición que tiene por objeto garantizar sus intereses. En fin, ¿dónde se dice que si una deuda es contraída solidariamente

1 Denegada, 29 de Noviembre de 1827 (Dalloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 1,059). Troplong, (t. I, pág. 365, núm. 1,046) y todos los autores aprueban. Aubry y Rau, t. V, pág. 351, nota 32, pfo. 510. Marcadé, t. V, pág. 548, núm. II del art. 1,431.

por ambos esposos y un tercero, el marido y la mujer sólo forman una sola y misma persona y que cada uno de ellos está obligado para con el tercer codeudor? He aquí a lo que conduce la doctrina de las presunciones que los intérpretes imaginan: ya no interpretan la ley, la hacen.

97. El art. 1,431 supone que la mujer está obligada solidariamente con su marido. ¿Qué debe decidirse si se ha obligado conjuntamente con su marido, pero sin solidaridad? Según la opinión general se contesta que la presunción de la ley es aplicable; no está ligada, se dice, al hecho al de que la mujer se obligó *solidariamente*, lo está al hecho que la mujer le obliga con consentimiento de marido, y sólo interviene realmente, como caucionante, en interés de este último (1). Si se admite que el art. 1,431 consagra una presunción legal, debe desecharse esta interpretación que extiende una presunción legal, porque no está permitido extenderla por vía de analogía. En nuestra opinión la decisión de la cuestión es muy sencilla. El marido y la mujer se obligan conjuntamente sin solidaridad; en consecuencia, cada uno está obligado por la mitad para con el acreedor. Si la mujer paga la mitad de la deuda ¿tendrá compensación contra su marido? La tendrá, según el derecho común, si puede probar que la deuda concierne a los negocios del marido o de la comunidad. Pero es necesario que ministre la prueba. No puede invocar ninguna presunción, no la hay. La ley ni siquiera prevé la hipótesis: ¡y se quiere que en una hipótesis no prevista, la ley establezca una presunción, cuando según el art. 1,350, se

1 Durantón, t. XIV, pág. 416, núm. 306. Rodière y Pont, t. II, pág. 107, núm. 809. Troplong, t. I, pág. 313, núm. 1,039. Consúltase Colmet de Santerre, t. VI, pág. 183, núm. 76 bis VII.

necesita una *ley especial* para que haya presunción! La supuesta presunción que se imagina presenta a cada paso nuevas dificultades, mientras que la aplicación de los principios generales no ofrece ninguna.

98. Hay todavía otro caso no previsto por la ley. Ambos esposos se obligan solidariamente en favor de un tercero. En nuestra opinión acerca del sentido del artículo 1,431, la solución no es dudosa. Se aplican los principios generales del derecho. Si el marido y la mujer se han obligado solidariamente, cada uno de ellos está obligado por el total para con el acreedor, y el que paga toda la deuda tendrá recurso contra el otro en virtud del art. 1,214. La mujer sólo puede reclamar a título de compensación, el marido la indemniza de lo que debió pagar, pues no se trata de compensación; en el caso por ser la deuda contraída en interés de un tercero, la comunidad se halla fuera de causa, así como el marido en su carácter de jefe de la comunidad. (1).

Según la opinión general la cuestión da lugar a dificultades, y sólo a cambio de una inconsecuencia es como se puede salir de la dificultad. La Corte de Casación ha establecido como principio que si ambos esposos contraen una obligación solidariamente, la comunidad es la deudora y la mujer sólo es caucionante solidaria (número 96). Si tal fuera el sentido del art. 1,431 habría que decidir que la mujer tiene siempre un recurso de derecho pleno contra su marido, y un recurso por el total, puesto que sólo sería caucionante. Esto equivaldría a trastornar las nociones más sencillas del derecho y hacer un nuevo Código Civil. Nosotros preferimos el antiguo. La jurisprudencia y la doctrina han dejado a un lado esta

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 183, núm. 76 bis VIII.

mala interpretación del art. 1,431 y han decidido la cuestión conforme a los principios generales. Una mujer se obliga solidariamente con su marido a pagar el precio de reemplazo de uno de sus hijos. La mujer pretendía ser sólo caucionante en virtud del art. 1,431. Fué sentenciado que estaba obligada personalmente y no como caucionante. ¿Cómo aparta la Corte la supuesta presunción del art. 1,431? Diciendo que es una presunción *juristan-tum*, que admite la prueba contraria. (1). Se ve que la opinión general acerca del sentido del art. 1,431 sólo sirve para revolver las cosas y crear dificultades. No hay ninguna presunción en este artículo, sólo aplica los principios generales, y estos mismos principios deciden la cuestión que examinamos. La Corte de Rennes da una razón mejor y parece aproximarse a nuestra opinión. Según los términos del art. 1,431, dice la sentencia, la mujer que se obliga solidariamente con su marido *sólo es reputada su caucionante y sólo tiene derecho a una indemnización cuando la obligación concierne el negocio del marido o de la comunidad*. Luego el art. 1,431 está fuera de causa cuando el marido y la mujer se obligan en interés de un tercero (2).

99. El art. 1,431 dice que la mujer es reputada caucionante del marido cuando se obliga solidariamente con él para negocios de la comunidad o del marido. Demante enseña que por su lado el marido se reputa caucionante cuando se compromete para negocios personales de su mujer. La ley, dice, aplica este principio al caso en el

1 Lyon, 11 de Junio de 1833 (Dalloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 1055. Consúltese París, 30 de Diciembre de 1841 (*ibid*, número 1,056).

2 Rennes, 22 de Noviembre de 1848 (Dalloz, 1851, 2, 151). Consúltese Rodière y Pont, t. II, pág. 108, núm. 810. Troplong, t. I, pág. 314, números 1,042 y 1,043. Aubry y Rau, t. V, pág. 351 y nota 33, pfo. 510.

cual el marido garantiza solidariamente o de otro modo la venta que la mujer hace de sus inmuebles (art. 1,432). Esto no es enteramente exacto. Cuando el marido garantiza solidariamente la venta es codeudor solidario y, en este caso, se le puede aplicar el art. 1,216 del cual el art. 1,431 es una aplicación (núm. 75). En nuestra opinión el art. 1,431 no establece ninguna presunción en favor de la mujer reputada como caucionante; la ley da a ésta un recurso contra su marido, a reserva de probar que se obligó para los negocios del marido o de la comunidad (núm. 94). Este es el derecho común. Lo mismo pasa con el marido que garantiza solidariamente la venta que la mujer hace de un bien propio; tiene también un recurso contra ella porque la misma naturaleza del negocio prueba que es personal de la mujer. Esto es también el derecho común. Si el marido hubiese garantizado sin solidaridad, o si simplemente hubiese autorizado a la mujer, la deuda, en nuestra opinión, entraría en la comunidad y, por consiguiente, el marido estaría obligado por ella con sus bienes. No hay que decir que tendría igualmente recursos contra su mujer, es decir, una compensación, sin que pueda decirse que se le reputa caucionante. Es mejor no servirse de esta expresión, porque implica la idea de una presunción que en realidad no existe. Debe decirse que se aplican los principios generales que rigen a las compensaciones. (1).

§ VI.—DE LAS DEUDAS CONTRAÍDAS POR LA MUJER
COMO MANDATARIA DEL MARIDO.

100. El art. 1,420 dice: “Toda deuda que sólo es contraída por la mujer en virtud del poder general o es-

1 Demante, t. V, pág. 183, núm. 77. Colmet de Santerre, t. VI, pág. 183, núm. 77 bis.

pecial del marido está a cargo de la comunidad, y el acreedor no puede perseguir su pago contra la mujer ni en sus bienes personales." Esta disposición viene después de la del art. 1,419, que determina los efectos de las deudas de la mujer autorizada por el marido. La diferencia que la ley establece entre la autorización del marido y el mandato que da el marido a la mujer, es grande. Hay esta analogía: que en ambos casos la comunidad está obligada y, por consiguiente, también el marido; si el artículo 1,420 no lo dice del marido, es porque era inútil, pues es evidente que el mandante está obligado por los actos del mandatario. Pero el mandatario no se obliga personalmente cuando obra como tal. El art. 1,420 aplica este principio a la mujer mandataria del marido; el acreedor no tiene ninguna acción contra ella, ni contra sus bienes, sólo la tiene contra el marido; y como toda deuda del marido es deuda de la comunidad, el acreedor podrá perseguir a esta última. (1). No sucede así cuando la mujer se obliga con autorización de su marido; ella es entonces quien habla en el contrato, ella es la deudora personal, y el acreedor tiene, pues, ante todo, acción contra ella y en sus bienes. La ley hace entrar esta deuda en la comunidad (art. 1,409, núm. 2); por consiguiente, el acreedor podrá perseguir el pago contra la comunidad y en los bienes del marido, siendo deuda de esta última toda deuda del marido.

La autorización marital difiere también del mandato por otro capítulo. Según el art. 223 toda *autorización general* aún estipulada por el contrato de matrimonio, sólo es válida en cuanto a la administración de los bienes de la mujer. El marido no puede, pues, autorizar a su

1 Véanse las sentencias relatadas en el **Repertorio** de Dalloz, en la palabra **Matrimonio**, núm. 849, 1-3º.

DE LA COMUNIDAD LEGAL

135

mujer de un modo general; es de principio que la autorización sea especial, la autorización general sería una abdicación en la mujer, del poder que la ley da al marido, y el marido no puede renunciar una autoridad que es de orden público. El art. 1,420, al contrario, permite al marido dar un poder general a su mujer, y la ley no limita los poderes que el marido puede dar a la mujer mandataria; el mandato confiado a la mujer, queda, pues, en los términos del derecho común. Resulta de esto que el marido puede dar mandato a su mujer para administrar la comunidad, o los bienes personales del marido, o los bienes personales de la mujer; la mujer mandataria puede contratar sin autorización, pues no es ella la que obra, es el marido quien lo hace por su mediación.

En fin, la autorización está sometida a formas especiales; la autorización expresa debe ser escrita (art. 217) y la autorización tácita sólo puede resultar del concurso del marido en el acta. Estas disposiciones excepcionales son extrañas al mandato, quedan sometidas al derecho común. Puede ser dado verbalmente o por escrito (artículo 1,985), puede aún ser tácito; y vamos a ver que el mandato tácito desempeña un gran papel en el matrimonio.

Estas diferencias que existen entre la autorización y el mandato ejercen su influencia no sólo durante el matrimonio, sino después de la disolución de la comunidad. La mujer mandataria no se obliga personalmente y no puede ser perseguida nunca por el acreedor, sólo estará obligada a la deuda como mujer común, es decir, por la mitad si acepta la comunidad; si renuncia está al abrigo de toda persecución. La mujer autorizada, al contrario, se obliga personalmente; es deudora y, por consiguiente, podrá, después de la disolución de la comunidad, ser de-

mandada por toda la deuda, sin distinguir si acepta o si renuncia; sólo que si renuncia tendrá un recurso contra el marido por el todo o sus herederos, y si acepta sólo lo tendrá por la mitad.

101. Recordamos estos principios elementales que hemos ya establecido en otro lugar (t. III, núm. 112) porque la doctrina y la jurisprudencia sobre todo confunden a menudo la autorización marital y el mandato que el marido da a su mujer. En Toullier la confusión es casi sistemática; no admite el mandato tácito, que en su opinión está subrogado por el art. 1,372; se encuentra, pues, precisado a admitir una autorización tácita lo que lo coloca en oposición con el art. 217; además se halla necesariamente obligado a confundir el mandato con la autorización. (1). La misma confusión se encuentra en las sentencias cuando se trata del mandato tácito. Señalaremos sus inexactitudes; aunque sólo sean de lenguaje, es necesario evitarlas, pues el lenguaje inexacto es a menudo la expresión de ideas inexactas y favorece la confusión de principios diferentes; de ahí errores casi inevitables.

102. El mandato dado a la mujer está regido por los principios que el Código establece en el título del *Mandato*. (2). No se le deroga en el título del *Contrato de Matrimonio*; el art. 1,420 los aplica, al contrario, disponiendo que la mujer mandataria no está obligada personalmente ni en sus bienes. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia admiten que existe una diferencia entre las obligaciones de la mujer mandataria de su marido y las del mandatario en general. Es muy

1 Toullier, t. VI, 2, pág. 237, núm. 263; pág. 241, núm. 267.

2 Véanse las aplicaciones de este principio en las sentencias citadas en el **Repertorio** de Dalloz, en la palabra **Matrimonio**, núm. 849, 49-70

DE LA COMUNIDAD LEGAL

137

difícil precisar esta diferencia: en derecho se puede negar, pues para que la hubiera sería necesario que fuera establecido por la ley, puesto que esto sería una excepción a los principios generales; y no hay disposiciones excepcionales; queda uno, pues, bajo el imperio del derecho común.

El marido da mandato a su mujer para administrar la comunidad. Administrar la comunidad, se dice, es no sólo un derecho del marido, sino también una obligación de la que no puede descargarse en la persona de la mujer. Sin duda, pero esta obligación no implica ninguna consecuencia jurídica, puesto que el marido no es responsable por su gestión. Gestiona como quiere; puede, pues, encargar también a su mujer el gestionar por él. No es una gestión lo que le impone, puesto que la mujer es libre para aceptar o no el mandato. No obstante, esta libertad existe en derecho más que de hecho, por razón de la dependencia en que se halla la mujer. En derecho esta subordinación no impide que la mujer contrate, pero se concibe que de hecho el juez la tome en cuenta cuando se trata de determinar las obligaciones de la mujer. En este sentido es como los autores dicen que el mandato de gestión de la comunidad no somete a la mujer a todas las obligaciones que el mandato impone al mandatario. No nos atreveríamos a decir esto en derecho: ¿dónde está la ley que autoriza al intérprete para admitir esta excepción? ¿Se permite derogar la ley sin texto? Los editores de Zachariæ dicen que la mujer sólo estaría obligada por su dolo: esta es una terminante derogación del art. 1,992, según el cual el mandatario no sólo responde por su dolo sino también por las faltas que comete en su gestión, a reserva de apreciar estas faltas con menos rigor, porque el mandato de la mujer es necesariamente

gratuito; en este caso, la responsabilidad del mandatario es menos rigurosa. (1). Se ve que el juez tiene cierta latitud en la aplicación de los principios que rigen la responsabilidad: puede usar de ella en favor de la mujer; esto es cuanto permiten los principios.

103. La jurisprudencia ha ido aún más allá; ha puesto a la mujer fuera del derecho común. Se ha sentenciado que no necesita dar cuenta de su gestión. “Cuando la mujer administra los bienes de la comunidad por *autorización* que para ello le da el marido, dice la Corte de Aix, no se la puede someter a todas las responsabilidades que pesan sobre los demás mandatarios.” No puede tratarse de *autorización*, se necesita un *mandato* para que pueda gestionar los bienes comunes. ¿Por qué este mandato no había de tener el efecto de cualquier otro? Porque, se dice, la responsabilidad de la mujer cambiaría las condiciones a las que la ley quiso someter a la asociación conyugal y comprometería gravemente los derechos de la mujer. Esto no es exacto; la comunidad continúa siendo lo que es, sólo que la mujer responderá por su gestión. Si el mandato dado a la mujer no es el mandato ordinario, ¿cuál es, pues? La Corte limita las obligaciones de la mujer a hacer un inventario y a responder por el mal gasto y el encubrimiento; no tiene otras cuentas que entregar. (2). Esto es puramente arbitrario. Rodière y Pont critican con razón la sentencia de la Corte de Aix; quieren que la mujer dé cuenta, pero, una vez dada, dicen sólo responderá por su dolo. Esta doctrina es tan arbitraria como la otra, puesto que deroga un texto de la ley.

1 Aubry y Rau, t. VI, pág. 331 y nota 20, pfo. 509. Rodière y Pont, t. II, pág. 84, núm. 791.

2 Aix, 15 de Enero de 1838 (Dalloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 1,606).

La Corte de Burdeos da razones para justificar la diferencia que establece entre la mujer y el mandatario ordinario. Admite que la mujer no está dispensada de dar cuenta, pero que esta cuenta no tiene que estar apoyada por los comprobantes. La confianza y los miramientos que deben reinar entre esposos, el afecto que los conduce a no distinguir al uno del otro, la misma naturaleza de la administración de la mujer no permiten que se le impongan las precauciones que la prudencia y la ley mandan en las relaciones ordinarias de la vida y del mandatario con el mandante. Basta en cuanto a la mujer que haya hecho, en vista de las circunstancias, de la condición de los esposos, de la fortuna del marido y de las necesidades de la situación, un uso conveniente de los fondos que le fueron entregados. En el caso se trataba del empleo de una suma de 25,000 francos que el banquero del marido, vuelto demente, había entregado a la mujer en el momento de la partida de ésta de la Isla de la Reunión para Francia. (1). Las consideraciones que invoca la Corte de Burdeos son justas, pero se dirigen al legislador; en derecho no autorizan a crear otro mandato que el que conoce la ley, a reserva de que el juez use del poder casi discrecional que le concede el art. 1,992.

La Corte de Besancón trató de dar un fundamento jurídico a la doctrina consagrada por la jurisprudencia; en nuestro concepto lo consiguió bastante mal. La sentencia toma por punto de partida el art. 1,420 y el artículo 1,409; lo que es ya una confusión de ideas, puesto que uno de estos artículos habla de la autorización y el otro del mandato, cosas esencialmente diferentes (núm. 100). Resulta de estos artículos, dice la Corte que la mujer

1 Burdeos, 14 de Junio de 1853 (Daloz, 1854, 2, 39).

mandataria no se obliga personalmente y que sus compromisos, en tal calidad, están exclusivamente a cargo de la comunidad. Sin duda, ¿pero prueba esto que la mujer no sea responsable de la ejecución de los compromisos que tomó a cargo de la comunidad? Esto no se entiende. Respecto del marido, continúa la sentencia, la mujer no podría hallarse sometida a todas las exigencias de los arts. 1,991 y siguientes, particularmente a la obligación de dar cuenta en regla y hacer su gestión en las formas legales. Se pone, pues, a la mujer fuera de la ley y por encima de ella. ¿Por qué motivo? Es que el marido no cesa de conservar la autoridad conyugal, sea sobre la persona de la mujer, sea sobre la comunidad, de la que sigue siendo necesariamente el jefe. ¿Quién duda de esto? ¿Pero impedirá que el marido dé un mandato a su mujer? Y si se lo da ¿no deben aplicarse las reglas del mandato? La mujer, dice la Corte, está siempre bajo la dependencia del marido y sometida a su voluntad; obra bajo su dirección y comprobación; en realidad los actos de la mujer gerente de la comunidad sólo es su dependiente y por razón de esta subordinación reputarse como del marido mismo. Si esto tiene explicación quiere decir que la responsabilidad de la mujer mandataria recae sobre el marido mandante; de manera que sería el mandante quien respondiera de la gestión que confía al mandatario: herejía jurídica como pocas. Todo cuanto concede la Corte, y quizá sea una inconsecuencia, es que la mujer no puede tomar nada fraudulentamente; fuera de esta excepción *las faltas de la mujer son delitos de la comunidad*, la acción del marido contra la mujer se replegaría en el mismo marido. (1). ¡Esto es decir que el marido es a la vez mandan-

1 Besançon, 18 de Noviembre de 1862 (Dalloz, 1862, 2, 212).

te y mandatario! Decididamente la justificación de la jurisprudencia es la condenación de la doctrina que ha consagrado.

104. La situación es más singular cuando el marido da un mandato a la mujer para administrar los bienes que son personales de ésta. Se puede preguntar si tal mandato es válido. ¿No se trata más bien de una autorización? Las sentencias que vamos a analizar no discuten la validez del mandato. Es verdad que, en el caso, la propietaria está encargada de administrar sus propios bienes como mandataria, lo que seguramente es una singularidad jurídica. Se explica no obstante. El marido, en virtud de la ley o de la convención tácita de los esposos, es administrador de los bienes de la mujer, como lo es de los bienes comunes; puede confiar una y otra administración a un mandatario, por consiguiente, a su mujer; ésta administrará no como propietaria sino como mandataria. ¿Cuál será el efecto de este mandato?

El marido da mandato a su mujer para colocar el precio de sus propios enajenados. Sucede que estas colocaciones son desgraciadas y se pierde el precio. Cuestión de saber si el marido es responsable. La Corte de Casación se pronunció por la afirmativa que no nos parece dudosa. El marido es administrador legal de los bienes de su mujer y es responsable como tal. ¿Puede substraerse a esta responsabilidad, dando un poder a su mujer para que haga por sí lo que debía hacer el marido, la colocación de sus bienes propios enajenados? No, seguramente, pues la mujer mandataria obra en nombre del marido; la colocación es, pues, como si fuese hecha por el mandante. La colocación de fondos que el marido da mandato a su mujer para hacer; está, pues, hecha por él, y desde luego responde de ella. Se preguntará lo.

que sucede con el mandato y la responsabilidad del mandatario. La Corte de Casación no lo dice y se pudiera inferir de los términos absolutos de la sentencia que la mujer no incurre en ninguna responsabilidad. (1). Si tal fuese el pensamiento de la Corte, esto sería un error. El marido mandante debe tener acción contra la mujer mandataria; ésta es responsable de la ejecución del mandato que aceptó; responsabilidad que, de hecho, será apreciada menos rigurosamente que la del marido, aunque el marido también sea un mandatario por las razones que acabamos de dar. Las circunstancias pueden ser tales que la mujer se encuentre descargada de toda responsabilidad; en efecto, la mujer no responde sino de la leve falta *in concreto*; es decir, que no debe consagrar a su gestión sino el mismo cuidado que tiene de sus propios negocios (t. XVI, núm. 224). Para con el marido habrá más severidad, porque, de hecho, conoce mejor los negocios que la mujer. Así es como se concilian los dos principios, el de la responsabilidad del marido y el de la responsabilidad de la mujer mandataria. (2).

105. Hemos supuesto hasta aquí que el mandato era expreso. Es el caso que el art. 1,420 parece tener en cuenta, puesto que habla de un poder general o especial, y la palabra *poder* se toma en el sentido del artículo 1992 que supone un mandato dado por escrito o verbalmente, por lo mismo expreso. El mandato puede también ser tácito. La doctrina y la jurisprudencia admiten que la mujer tiene un mandato tácito para hacer todos los gastos de casa; de manera que al hacerlo no se obliga personalmente puesto que obra como mandataria; obliga al marido del cual es mandataria y, por con-

1 Denegada, 8 de Febrero de 1853 (Dalloz, 1853, 1, 33).

2 Consúltase Denegada, 25 de Noviembre de 1868 (Dalloz, 1869, 1, 148).

siguiente, a la comunidad. ¿Cuál es el fundamento de este mandato tácito? El mandato es un contrato, exige el consentimiento del marido y de la mujer; todo consentimiento puede ser expreso o tácito. El consentimiento tácito no es un consentimiento supuesto, es un concurso de voluntades que resulta de hechos. Y fácil es convenirse de que el hecho del matrimonio produce este consentimiento tácito, en virtud del cual la mujer queda encargada de hacer, en nombre del marido, todos los gastos de la casa. El matrimonio impone obligaciones a los esposos: deben alimentar, vestir y educar a sus hijos (artículo 203); los esposos se deben mutuo socorro y asistencia, por tanto, están obligados el uno hacia el otro con la obligación alimenticia en su más lata expresión (art. 212); el marido particularmente se halla obligado a ministrar a la mujer todo lo que le es necesario para las necesidades de la vida, según sus facultades y oficio (art. 214). ¿Por qué la ley sólo habla del marido? Si éste no tuviese bienes la mujer está obligada a ministrarle todo cuanto le fuese necesario. La ley habla del marido porque él es el jefe de la asociación conyugal; a él es a quién la mujer trae dote para ayudarle a soportar los cargos del matrimonio; hay dote bajo todos los regímenes (t. XXI, núm. 157), puesto que siempre hay cargos que soportar; estos cargos no cambian de naturaleza según los regímenes, y siempre es el marido quien debe proveerlos.

¿Cómo cumple con esta obligación? Se necesitan para estas convenciones diarias e incesantes; es lo que se llaman los gastos de casa. ¿Es el marido quien los debe hacer? Esta es cosa imposible, sus ocupaciones se lo impiden; debe todo su tiempo a su trabajo que es la misión de la vida. La mujer tiene también su misión, es la de

presidir el trabajo de la casa; por esto es que se le califica de buena o mala ama de casa. Pero la mujer no puede atender a la casa sin contratar, y es incapaz para ello. ¿Se dirá que el marido puede autorizarla? Esto es imposible, puesto que el marido tendría que intervenir a cada instante del día para autorizar a su mujer. Además, la autorización no correspondería a las necesidades de la situación. El marido es quien es jefe de la familia, él es, pues, quien debe contratar y obligarse, no es la mujer; no puede, pues, tratarse de autorización. No pudiendo obrar por sí solo el marido, le queda dar mandato a su mujer. ¿Debe este mandato darse por escrito o verbalmente? No, esto es inútil; por el solo hecho del matrimonio el marido sabe que tiene una casa que dirigir, sabe que esta misión pertenece a la mujer. Esta por su lado sabe que tal es su deber. Se forma así un concurso de voluntades tácitas tendientes a constituir a la mujer en mandataria para los gastos de la casa (1).

106. La tradición se halla en este sentido (2); la doctrina es unánime y la jurisprudencia está conforme. No obstante necesitamos llamar la atención acerca de la confusión que hemos señalado entre el mandato y la autorización. El día 20 de Octubre de 1792 la Duquesa Choiseul-Stainville firmó, en provecho de la Sra. Bastín, modista de la Reina, un vale por 41,617 francos, monto de mercancías que ésta le entregara. La Corte de París condenó a la Duquesa a pagar. Recurso de casación por violación de la costumbre de París, que no permitía a la mujer obligarse sin *autorización* de su marido. La Corte des-

1 Toullier, t. VI, 2, pág. 236, núm. 261. Rodière y Pont, t. II, pág. 86, núm. 792. Marcadé, t. V, pág. 518, núm. 1 del art. 1,420.

2 Véanse las fuentes en Aubry y Rau, t. V, pág. 340, nota 49, pfo. 509 (4ª edición).

echó el recurso decidiendo que la jurisprudencia había modificado la incapacidad de la mujer en lo relativo a su mantenimiento y al de su casa, por lo que la mujer puede obligarse sin autorización de su marido si los gastos son proporcionados a su categoría y facultades. (1). Esto es un error manifiesto. Dejemos a un lado la antigua jurisprudencia. El Código Napoleón declara también a la mujer incapaz para contratar sin autorización marital; ¿quiere esto decir que para los gastos de casa la mujer se liberta de su incapacidad? No, pues se necesitaría un texto que consagrara esta excepción, y el legislador mucho se cuidó de hacerlo, porque si la mujer obrase personalmente con autorización sería deudora y estaría obligada al pago con sus bienes; mientras que, según el art. 1,409, núm. 5, los gastos de la casa son una deuda de la comunidad; es, pues, como mandataria como la mujer obra, y, como tal, no se obliga personalmente, obliga a su marido y a la comunidad.

Una sentencia de la Corte de Douai está concebida casi en los mismos términos, excepto que la Corte condenó al marido a pagar las compras de vestidos que había hecho la mujer. Estos gastos, dice la Corte, entran dentro de los límites de la administración de la casa, confiada naturalmente a la mujer; y como nada tienen de excesivos, en relación con la fortuna y posición social del marido, éste se considera *como si hubiera autorizado tales gastos* y no puede rehusarse a pagarlos bajo el pretexto de que no hubo *autorización expresa* de su parte. (2). Si se tratara de *autorización*, el marido habría tenido razón en negar el pago, pues el art. 217 exige que consienta por es-

1 Denegada, 7 de Noviembre de 1820 (Dalloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 1,006).

2 Douai, 24 de Diciembre de 1833 (Dalloz, 1847, 2, 59).

crita o que concurra al acto. Pero no se trataba de autorización y la misma Corte lo confiesa, puesto que dice que la administración de la casa se halla naturalmente confiada a la mujer; si está encargada de esta gestión es porque es mandataria, y lo es en virtud de un mandato tácito. Esto no es una cuestión de palabras; hemos comenzado por establecer las diferencias esenciales que existen entre la autorización marital y el mandato que el marido da a su mujer (núm. 100). Sirvámonos, pues, de las palabras propias con el fin de impedir que la confusión de principios venga como consecuencia de la inexactitud de lenguaje.

107. ¿Cuál es el objeto de este mandato tácito y cuáles son sus límites? Puede haber mandato tácito como mandato expreso para todas las cosas; por ahora sólo hablamos del mandato que resulta del matrimonio. Tiene, sobre todo, por objeto las compras al por menor que se hacen diariamente para las necesidades de la casa. El Presidente Lamoignon lo había así formulado en su proyecto de decreto: "Obligación de la mujer hecha bajo la autoridad del marido, de vituallas y provisiones ordinarias de la casa, por mercancías de telas, lino y otros géneros, que sirvan de uso ordinario, es válida." Es de sentirse que los autores del Código no hayan formulado una disposición análoga; (1) nos parece que es mejor dejar a los jueces una gran latitud en esta materia, que es enteramente de hecho. Así Lamoignon sólo habla de los alimentos y de los vestidos: ¿no se extiende más allá el mandato de la mujer? La Corte de Casación admitió el mandato tácito para la compra de muebles y estableció el principio en términos muy generales para todo gasto ordinario ordenado por la mujer: estos gastos, dice la

1 Toullier, t. VI, 2, pág. 237, núm. 262.

Corte, haciéndose a la vista del marido, sin contradicción por su parte, son lo mismo que hechos con su consentimiento. En el caso se trataba de muebles que servían al departamento ocupado por el marido y la mujer. La sentencia comprobaba el hecho; lo que prueba que la decisión depende de las circunstancias de la causa. (1).

La mujer, al tener derecho para hacer estos gastos, tiene por esto mismo el derecho de pagar su monto y firmar los vales en favor del acreedor (2). Si un tercero paga estas deudas o hace anticipos a la mujer para pagarlas, esta obligación tendrá igualmente por objeto los gastos de casa (3).

108. En cuanto al efecto del mandato tácito se aplican los principios generales que rigen el mandato (número 100). Unos acreedores habían demandado al marido y a la mujer; fué sentenciado que la mujer no se obliga personalmente; que sólo obliga a la comunidad cuando ha contraído deuda para sus necesidades y las de sus hijos, porque obra en nombre del marido, que como jefe de la comunidad, le ha dado mandato tácito para contratar en su lugar. (4).

¿Quiere esto decir que el marido deba pagar todas las deudas contraídas por la mujer para las necesidades de la casa? Si se tratara de un mandato expreso la afirmativa no sería dudosa. El madatario sólo ejecuta las órdenes del mandante y no tiene que ver si los gastos son o no necesarios. No sucede así con el mandato tácito;

1 Denegala, 5 Frimario, año XIV (Daloz, en la palabra **Matrimonio**, núm. 807).

2 Paris, 25 de Febrero de 1826. Rennes, 26 de Agosto de 1820 (Daloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 1,014).

3 Aubry y Rau, t. V, pág. 340, nota 49, pfo. 509.

4 Poitiers, 17 de Junio de 1862 (Daloz, 1864, 2, 22).

el marido no da seguramente poder a la mujer para hacer gastos excesivos. Hay aquí consideraciones de hecho que el juez aprecia; el gasto varía según la fortuna, según la posición social y, sobre todo, según los gustos y necesidades muy frecuentemente ficticios de aquellos que los hacen. Los tribunales pudieran, pues, reducir las memorias de los proveedores, a éstos toca no dar a crédito para gastos que fueren excesivos. D'Argentré lo hizo ya notar; la mujer no puede obligar a su marido más allá de lo que él mismo hubiere gastado; unos gastos excesivos podrían sembrar el desorden en sus negocios y serle además desagradables por otros motivos: "las botas finas molestan los pies, dice el anciano D'Argentré, pero no siempre se sabe en qué lugar." (1). La jurisprudencia opina de esta manera. Toca a los acreedores, dice la Corte de Poitiers, reducir el crédito que abren, si creen que hay abuso por parte de la mujer. Una joven esposa, de diez y siete años, que acababa de recibir sus donas en relación a su condición, compra, según la factura del comerciante, 1,700 francos de encajes, muse-linas, etc. La Corte de Rouen sentenció que había exceso y aun dolo; declaró la deuda nula, con excepción de un abono de 300 francos que la mujer había ya pagado. (2).

109. El mandato tácito supone una cosa común, la verdadera vida de familia, en que cada uno de los esposos cumple con su misión. ¿Qué debe decirse si los esposos viven separados, no en virtud de una separación judicial sino a consecuencia de arreglos efectuados

1 Poitiers, 17 de Junio de 1862 (Dalloz, 1864, 2, 22). Rouen, 27 de Diciembre de 1809 (Dalloz, en la palabra **Matrimonio**, núm. 809, 4°.)

2 D'Argentré acerca del art. 424 de la **Costumbre de Bretaña**, glosa 2, pág. 1,499, edición de 1661. Rodière y Pont relatan el pasaje (t. II, página 90, núm. 795). Colnet de Santerre, t. VI, pág. 138, núm. 63 bis III.

entre ellos, porque la vida común les era insoportable? Es seguro que, en estas circunstancias, no puede ya admitirse un madato tácito, pues éste se forma por el concurso de voluntades; ¿y cómo pudiera haberlo cuando los sentimientos se hallan en discordancia y hostilidad? No obstante no debe deducirse, como lo hace Toullier, que los gastos hechos por la mujer serían personales. (1). Si no hay mandato tácito existe otro principio que pone los gastos a cargo del marido. Mientras dura el matrimonio, y aunque los esposos vivan separados, el marido es el jefe de la sociedad conyugal, obligado como tal a proveer a las necesidades de la mujer y de los hijos (art. 212 y 203). En consecuencia, los gastos que hace la mujer, aunque separada, para su manutención y la de sus hijos, deben ser soportados por el marido. Queda por saber contra quien tienen acción los acreedores. En principio ellos tratan con la mujer; ésta no puede alegar mandato por la razón que acabamos de dar. Pero, por su lado, la mujer tiene acción contra su marido; los acreedores pueden, pues, promover contra el marido en nombre de la mujer que es su deudora. Esto es el derecho común del art. 1,116. Los acreedores hasta tendrán acción directa contra el marido como si hubiera gestionado su negocio, no porque haya cuasicontrato propiamente dicho, sino porque hay un gasto que aprovecha al marido; los acreedores tendrán, pues, acción fundada en la equidad que los intérpretes llaman *de in rem verso* (t. XX, núm. 334). (2).

110. La jurisprudencia está en este sentido. Dos esposos viven separadamente, el marido paga a su mujer

1 Consúltese Toullier, t. VI, 2, pág. 245, núm. 272. Rodière y Pont, t. II, pág. 87, núm. 793).

2 Rennes, 26 de Agosto de 1820 (Dalloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 1,014).

una pensión anual de 2,000 francos. Después de esta separación voluntaria el marido anuncia varias veces en periódicos de la localidad, que teniendo su mujer una renta fija para sus necesidades, cree que no pagará las deudas que ésta contraiga. La mujer fué después a habitar en otra población y contrajo deudas con algunos proveedores; éstos demandaron al marido. La Corte de Besancón sentenció primero que la mujer no era ya mandataria de su marido, al no poder suponerse el mandato cuando hay vida separada. En primera instancia el juez había admitido la acción de los acreedores en virtud de que no habían podido tener conocimiento de los avisos insertados en los periódicos por el marido. La Corte respondió que toca a los proveedores informarse de la condición de las personas a las que abren un crédito; si se hubieran informado en el caso les habría sido fácil saber que trataban con una mujer separada de su marido; que, por consiguiente, no podían ya considerarla como mandataria de éste; tenían la culpa de haber ministrado mercancías durante siete meses sin tomar informes. La Corte deduce que no tenían acción, pues no podían promover contra el marido sino en nombre de la mujer, su deudora; y ésta no tenía derecho de obrar, puesto que recibía la pensión que su marido se había obligado a pagarle. (1).

Se presentan situaciones más delicadas en las que se necesita otro motivo para decidir. Después de una separación voluntaria de dos esposos y de un arreglo tomado con el suegro, el marido entrega a éste la suma de 4,000 francos anuales, formando el rédito de la dote que tiene recibida. La mujer abandona el domicilio de su padre y ve va a vivir a un hotel. Desde aquel mo-

1 Besancón, 25 de Julio de 1866 (Dalloz, 1866, 2, 149).

DE LA COMUNIDAD LEGAL.

151

mento el marido deja de pagarle su pensión, fundándose en que había abandonado el domicilio paterno contra su voluntad y en que no residía en el que le había sido asignado por una orden del juez, a propósito de una demanda en separación de cuerpos entablada contra ella. La Corte de Apelación condenó, no obstante, al marido a pagar la pensión íntegra sin tener en cuenta las prohibiciones reiteradas que había hecho al dueño del hotel para que no abriera cuenta a su mujer; y, en el caso, el marido no había atendido a las necesidades de la mujer, puesto que no le pagaba ya ninguna pensión. En el recurso recayó una sentencia de casación. Los fundamentos son notables. La Corte dice que el marido no estaba obligado hacia el dueño del hotel en virtud de un contrato; sus protestas hacían imposible toda convención. ¿Estaba obligado en virtud de un cuasicontrato hacia los proveedores? La Corte de Apelación no alegaba ninguno; este era el vicio de la sentencia. Los proveedores pueden tener acción contra el marido por razón del provecho que le procuraron por sus mercancías, puesto que saldan una deuda que incumbe al marido; la Corte de Apelación debió, dice la Corte Suprema, examinar la importancia y la cuotidad del provecho personal que los proveedores habían procurado al marido; debió apreciar la defensa del marido, la desertión de la mujer del domicilio que le había sido asignado por orden del juez. Así la Corte reconoce que los proveedores tienen contra el marido la acción *de in rem verso*. Pero como esta acción está fundada en el provecho que resulta al marido por las provisiones ministradas, es necesario que el juez estime este provecho, si no falta a la sentencia el fundamento jurídico. (1).

1 Casación, 12 de Enero de 1874 (Dalloz, 1874, 1, 154).

Puede suceder que el marido tenga la culpa. En este caso la decisión es fácil. El marido deserta del domicilio conyugal; no provee a las necesidades de su mujer y de sus hijos. Su obligación es segura; sin embargo, no se puede decir que da mandato a su mujer; el mandato tácito supone la vida común, la cual no puede ya admitirse cuando el marido abandona a su mujer; pero los proveedores hacen el negocio del marido en el sentido de que le prestan un servicio hasta concurrencia de lo que debió gastar el marido para las necesidades de la mujer; tienen, pues, acción contra él dentro de estos límites. (1). Con mayor razón está obligado el marido si rehusa recibir a su mujer o si por insultos obliga a ésta a desertar de la casa conyugal. (2). Es inútil detenerse en estos tristes debates; el derecho de la mujer es seguro y, por consiguiente, los acreedores tienen acción *de in rem verso* contra el marido.

111. Todo mandato cesa por la revocación, en consecuencia, también el mandato tácito (art. 2,003). El principio es incontestable, pero la aplicación presenta dificultades. ¿Cómo puede el marido revocar el mandato que es la consecuencia del matrimonio? Si notifica la revocación a sus habituales proveedores, la mujer se dirigirá a otros. De esto ha venido el uso de insertar la revocación en los periódicos. ¿Bastará esto para hacer no admisible la acción de los proveedores? Según el artículo 2,005 los terceros pueden prevalerse de la ignorancia de una revocación que sólo fué notificada al mandatario; podrán también oponer al marido que no han

1 Consúltase París, 25 de Febrero de 1826; Rennes, 26 de Agosto de 1820 (Dalloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 1,014).

2 Burdeos, 8 de Junio de 1839 (Dalloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 1,011).

leído el aviso publicado en los periódicos, y al marido tocaría presentar la prueba contraria. (1).

Otra dificultad. Si el marido revoca el mandato ¿quedará la mujer obligada personalmente? La mujer que no es mandataria sólo puede obligarse con autorización de su marido o de la justicia; si no está autorizada la obligación es nula. ¿Los acreedores tendrán la acción *de in rem verso*? Contra la mujer no, pues no hacen su negocio, hacen cuando más el del marido. Decimos cuando más, pues si el marido proveyera a las necesidades de la mujer, los proveedores no serían admitidos a decir que han pagado la deuda que el marido mismo ha pagado. No tendrían, pues, acción contra el marido sino dentro de los límites del provecho que le habían proporcionado. (2).

112. Puede existir el mandato tácito entre esposos para otro objeto que los gastos de casa. Así, el marido es comerciante iletrado, la mujer es quien firma y quien contrata como apoderada general del marido, sin que para esto exista poder escrito o verbal; pero hay un concurso de consentimientos que da a la mujer el derecho de obrar en nombre de su marido. No debe confundirse este caso con el en que la mujer es comerciante en virtud de autorización del marido. Autorizada se obliga personalmente y obliga también, si es mujer común, a la comunidad y al marido. Mandataria no se obliga personalmente, obliga al mandante, su marido y, por consiguiente, a la comunidad. (3).

1 Rodière y Pont, t. II, pág. 90, núm. 796.

2 Aubry y Rau, t. V, pág. 341 y nota 58, pfo. 509 (4ª edición).

3 Angers, 27 de Febrero de 1819 (Dalloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 1,021).

§ VII.—¿ES LA MUJER UN TERCERO PARA CON SU MARIDO?

113. Esta cuestión ha sido fuertemente discutida en Bélgica; el debate terminó con una ley interpretativa que nos dispensa de entrar en los pormenores de la controversia. (1). Un crédito propio de la mujer entra en la comunidad; el marido lo recibe y da recibo privado; el recibo lleva fecha anterior a la separación de cuerpos pronunciada entre los esposos, pero esta fecha no es segura. Se pregunta si el deudor puede oponer el recibo de la mujer. Esto es preguntar si la mujer es tercero en el sentido del art. 1,328. Creemos que la mujer nunca es tercero en cuanto a las actas hechas por el marido bajo el régimen de la comunidad. Si se trata de una acta que el marido hace como jefe de la comunidad y relativo a los intereses de la comunidad, la mujer no es un tercero. Para que la cuestión pueda presentarse hay que suponer que la mujer acepta, pues si rehusa es extraña a cuanto hizo el marido; si acepta está como si hubiese concurrido a todos los actos del marido, como si personalmente hubiese figurado en ellos; siendo parte en el acta ¿cómo había de ser un tercero? Se ha objetado que la mujer no es el legatario de su marido, y se ha deducido que es un tercero. No, seguramente, la mujer no es un legatario de su marido, pues no adquiere su derecho de éste; lo tiene por la ley o, si se quiere, de la comunidad que los esposos han formado tácitamente casándose sin contrato. ¿Pero de que no es legataria debe deducirse que es tercero? Es más que legataria, es parte en el acta que hizo

1 Véase Lieja, 10 de Enero de 1846, casado por sentencia de 14 de Mayo de 1847. En casación, Gante, 30 de Diciembre de 1847 (*Pasicrista*, 1848, 2, 12). casado por la Suprema Corte, salas reunidas, 17 de Marzo de 1849 (*Pasicrista*, 1849, 1, 158).

DE LA COMUNIDAD LEGAL

155

su marido. Esto es decir que las distinciones de tercero y legatario no son aplicables al caso; hay, pues, que hacer a un lado el art. 1,328 por ser extraño al debate.

Si el marido obra como administrador legal la posición es enteramente distinta. Poco importa, en este caso, que la mujer acepte o que renuncie, la aceptación o la renuncia son extrañas a los actos de administración ejecutados por el marido; aunque la mujer renunciara no por eso el marido dejaría de haber sido administrador de los bienes de la mujer. Es únicamente en el hecho de administración en el que debe tomarse el argumento para decidir. Y la administración legal es un mandato con el cual la ley reviste al marido. La cuestión está, pues, en saber si el mandatario es un tercero en cuanto a los actos ejecutados por el mandante, y esto no es una cuestión. No es el mandatario quien contrata, es el mandante el que obra por mediación del mandatario; luego el mandatario es parte en el acta y, como parte, es imposible que sea tercero.

Se han objetado los inconvenientes que resultan de este sistema. ¿No puede el marido después de la separación de cuerpos, celebrar actas en perjuicio de su mujer y anticipar sus fechas? Contestamos lo que hemos dicho muchas veces, que los inconvenientes no son una razón para decidir. Se puede también, y se ha hecho, señalar los inconvenientes que presenta la opinión contraria. ¿Qué nos importa? Esto es cosa del legislador, el intérprete no tiene por qué preocuparse por ellos. Desde que el sentido de una ley está claro, porque resulta del texto y de su espíritu, el intérprete debe admitirlo cualesquiera que sean los inconvenientes que resulten. Y, en el caso los principios, tal como acabamos de formularlos, no dejan ninguna duda. Lo que ha obscure-

cido estos largos debates es que se creía aplicable el artículo 1,328 a un orden de ideas al que es ajeno; la mujer no es tercero ni legatario, es parte.

114. Esto es lo que el Ministro de Justicia ha declarado terminantemente cuando la discusión de la ley interpretativa: “Al suponerse a la mujer *parte* intervenida en todas las actas que su marido celebra en virtud del poder marital, todas estas actas, según el art. 1,322 tienen la misma fuerza y la misma fe, tanto para con ella como para con el marido o sus herederos; tal es el verdadero sentido del art. 1,322.” (1).

En este sentido es como debe entenderse la ley interpretativa de 28 de Abril de 1850, la que dice: “El acta privada firmada por el marido y relativa a productos de bienes personales a la mujer, si es reconocida por aquella a quien se opone, tiene entre ella y los que la suscribieron, aún después de la separación de cuerpos y de bienes, la misma fe que el acta auténtica.” Se ha inferido de la ley que la mujer es el legatario de su marido para todas las actas hechas por él. (2). Esto no nos parece exacto; es colocar la cuestión en el terreno del art. 1,328; mientras que el Ministro de Justicia decía con razón, que la mujer es *parte* en el acta, lo que excluye la idea de *legatario tanto* como la de *tercero*; la mujer es más que legataria, es parte; presumida, dice el Ministro, porque en realidad no figura en el acta, pero está como si hubiese figurado con el marido cuando acepta la comunidad. La Corte de Casación de Francia se pronunció también en este sentido: La mujer, dice, cuando *acepta* no es un *tercero*. (3). ¿Qué es, pues?

1 Sesión de la Cámara de Representantes, de 17 de Abril de 1850.

2 Discurso del Procurador General Leclercq (*Pasicrisia*, 1870, 1, IX) y las sentencias de Bruselas y de Lieja citadas en la nota.

3 Denegada, 13 de Marzo de 1854 (Dalloz, 1854, 1, 100).

¿Legatario? No, pues al aceptar se vuelve parte en el contrato.

115. La ley de 1850 es especial como todas las leyes interpretativas, porque fué promulgada en vista de una dificultad especial acerca de la cual la Corte de Casación se encontró en desacuerdo con las cortes de Lieja y de Gante. Esta sólo habla de una acta hecha por marido como administrador de los bienes de la mujer; se entiende que se aplica a toda clase de actas que hace con esa cualidad el marido, siendo idéntico el motivo para decidir. ¿Qué debe decirse de las actas que conciernen a la comunidad y que el marido hace como jefe? En nuestra opinión, que es también la del Ministro de Justicia, el art. 1,322 contesta a la cuestión: es decir, que siendo la mujer parte en el acta, la fecha hace fe para con ella como la hace para con el marido signatario. La jurisprudencia de las cortes de Lieja y de Bruselas está en este sentido, pero no nos gustan los argumentos que dan. La Corte de Bruselas invoca la teoría del mandato; el marido, dice, administrador legal de la comunidad, debe ser considerado, con relación a los derechos de la mujer sobre los bienes comunes, como su mandatario legal, y es de ley que el acta firmada por el mandatario hace fe de su fecha contra el mandante. (1). Esto es confundir la administración de la comunidad con la administración de los bienes de la mujer: en cuanto a estos últimos el marido es administrador mandatario; en cuanto a los bienes comunes el marido administrador es señor y dueño y la mujer está como si concurriera a todos sus actos cuando acepta; no es, pues, mandante, es copropietaria y parte. La Corte de Lieja dice que la ley de 1850, relativa a las actas hechas por el marido como

1 Bruselas, 29 de Enero de 1872 (*Pasicrisia*, 1872, 2, 116).

administrador de los bienes de la mujer, debe ser aplicada con mayor razón cuando se trata de actas relativas a la comunidad, puesto que el marido tiene sobre estos bienes derechos mucho más extensos que sobre los bienes personales de la mujer. (1). Esta no es buena razón; no se trata de los poderes del marido sino del papel que desempeña la mujer en el acta: ¿Es mandante o es copropietaria? Esta es la verdadera cuestión.

116. En el caso juzgado por la Corte de Lieja, la mujer separada de cuerpo y de bienes había llegado subsidiariamente a que el acta del marido que tenía fecha anterior a la disolución fuese declarada fraudulenta. La mujer es seguramente admitida a probar el fraude, a pesar de su aceptación de la comunidad, pues no se puede decir que concurre al fraude efectuado contra ella. Pero la mujer demandante debe probar el fraude; en el caso su demanda fué desechada porque sólo descansaba sobre simples alegaciones.

*SECCION IV.—Del patrimonio propio
de los dos esposos.*

*Artículo 1.—De la influencia del régimen
de la comunidad en el patrimonio propio de los esposos.*

117. Se dice ordinariamente que los esposos, al casarse bajo el régimen de la comunidad, pierden el goce de sus propios bienes, cuyos frutos y productos entran en la comunidad legal. Esto sería de una manera absoluta si la comunidad fuese una persona civil propietaria y usufructuaria. Según la opinión general que seguimos la comunidad no es otra cosa sino los esposos aso-

1 Lieja, 7 de Agosto de 1872 (*Pasicrisia*, 1872, 2, 387).

ciados; en este orden de ideas no puede decirse que los esposos pierdan el goce de sus bienes, puesto que continúan gozando de ellos como esposos comunes. Sin embargo, en lo que se refiere a la mujer, es verdad, en cierto sentido, que no tiene ya el goce de sus bienes; los aporta en dote a su marido, quien sólo dispone de estos bienes como señor y dueño. De ahí una consecuencia importante: no teniendo ya la mujer derecho de disponer de los frutos y productos de sus bienes, no puede comprometerlos por las obligaciones que contrae con autorización de la justicia; asimismo los acreedores anteriores al matrimonio no tienen ya acción sobre el goce de los bienes de su deudora cuando las deudas no tienen fecha cierta de su anterioridad. Transladamos a lo que fué dicho acerca de la composición del activo de la comunidad.

118. El marido conserva el goce de sus bienes y adquiere el de los bienes de la mujer. Nada hay cambiado en sus derechos a su patrimonio. Sin embargo, existe una excepción importante a este principio, es que toda deuda de la comunidad se convierte en deuda del marido. Cuando se trata de sus propias deudas es muy natural que las deudas de la comunidad se vuelvan deudas del marido. Mejor dicho, sería difícil distinguir dos personas en el marido y distinguir dos patrimonios. Cuando se trata de actas a título oneroso el marido es señor y dueño de los bienes comunes, como es propietario exclusivo de sus bienes personales. Por hacer estos dos patrimonios sólo uno en lo que se refiere al derecho de disponer de los bienes, resulta que desde que uno de los patrimonios está obligado, el otro lo está también. Luego poco importa en qué calidad contrata el marido: compromete todos sus bienes; y sus bienes son los

de la comunidad y los que le son propios. Esto es natural y fundado en la razón; si tiene los beneficios de la comunidad como señor y dueño, debe también tener los cargos.

La consecuencia es mucho más graves cuando se trata de las deudas de la mujer. Si las deudas fueron contraídas durante la comunidad no le es dable al marido quejarse, pues la mujer no puede obligar a la comunidad ni los bienes del marido sin autorización marital, y el tiene libertad para no dársela. Pero las deudas mobiliarias de la mujer anteriores al matrimonio entran en el pasivo de la comunidad y, por consiguiente, los acreedores pueden perseguir al marido en sus bienes personales. En este sentido se decía en el derecho antiguo: *quien se casa con la mujer se casa con sus deudas*. El marido sólo tiene como medio de ponerse al abrigo de este peligro, estipular la separación de las deudas. Se dice que a este respecto hay desigualdad entre el marido y la mujer: el marido está obligado con sus bienes personales por las deudas de la mujer, mientras que ésta no está obligada con los suyos por las deudas del marido. Esto es verdad. Pero la mujer se casa también con las deudas del marido en el sentido de que si tiene deudas desconocidas, éstas gravan a la comunidad; la fortuna mueble de la mujer estará perdida y sus bienes servirán para pagar las deudas del marido. Por esto es que en el derecho antiguo la cláusula de separación de deudas era de estilo en cualquier contrato de matrimonio. Este es el único remedio al mal. El remedio testifica contra la organización tradicional de la comunidad; reduciéndola a gananciales se evitan las desigualdades y todos los peligros.

119. Ya hemos hecho notar que el principio que di-

ce que toda deuda de la comunidad es deuda del marido sólo es verdad de un modo absoluto para los acreedores. Entre esposos, cuando se trata de la contribución, cada uno soporta las deudas que le son propias, es decir, las que fueron contraídas por personal interés. La ley lo dice para las deudas anteriores al matrimonio, así como para las que se contraen durante la comunidad. Esta restricción se aplica hasta a las deudas del marido, en el sentido de que si el marido paga de sus bienes personales una deuda que contrajo y que debe ser soportada por la comunidad, tendrá derecho a una indemnización, pues la comunidad se habrá enriquecido a sus expensas habiendo pagado el marido una deuda que la comunidad debía pagar y soportar.

120. El régimen de la comunidad tiene una consecuencia particular para la mujer, ésta pierde la administración de sus bienes: según el art. 1,428, el marido es el administrador de todos los bienes personales de la mujer.

*Artículo 2.—De la administración
de los bienes de la mujer.*

§ I.—NOCIONES GENERALES.

121. ¿Por qué tiene el marido la administración de los bienes personales de la mujer aunque éstos no entren en la comunidad? Porque la comunidad tiene el goce de ellos, y es natural que quien goce administre. Nadie está más interesado en administrar que el que aprovecha de la gestión. Con este título, la administración de los bienes de la mujer debía pertenecer al marido: esto es menos un derecho que un cargo; y es justo que el cargo

incumba a quien tiene el beneficio. En fin, si la ley hubiera separado la administración y el goce, habría creado conflictos diarios entre el administrador y el usufructuario; conflictos que evita confiando la administración a aquel que tiene el goce (1).

122. Se ha pretendido que la administración de los bienes de la mujer había sido dada al marido por razón del poder marital. (2). Si así fuera la administración legal del marido sería de orden público, y los esposos no podrían derogarla por sus convenciones matrimoniales. En verdad el poder marital está fuera de causa. Lo que prueba es que la ley permite a los esposos estipular que la mujer tendrá la administración y el goce de sus bienes (art. 1,536). Esto es de derecho, bajo el régimen dotal, para los bienes parafernales (artículo 1,576). La mujer puede también, bajo el régimen de la comunidad, reservarse la administración de sus bienes; con mayor razón puede estipular que recibirá anualmente, contra simples recibos suyos, una parte de sus rentas para sus necesidades personales. La ley autoriza esta cláusula bajo el régimen exclusivo de la comunidad (art. 1,534); hay identidad de razones para permitir la bajo el régimen de la comunidad, pues bajo ambos regímenes el marido tiene la administración y el goce de los bienes de la mujer.

La consecuencia de esta cláusula es que la suma reservada a la mujer le es propia y que el marido no tiene en ella ningún derecho. Una mujer estipula que en la suma de 5,000 francos de renta que sus padres le constituyeron en dote, se reserva el derecho de percibir cada año una suma de 1,500 francos para su tocador y obras

1 Mourlón, **Repeticiones**, t. III, pág. 57, núm. 138.

2 Troplong, t. I, pág. 300, núms. 973-976.

de caridad. La mujer se vió precisada a abandonar el domicilio conyugal por razón de ultrajes de que la colmaba su marido: estos ultrajes debieron producir escándalos tan dolorosos que no titubeó en pedir la separación de los cuerpos; la cual fué declarada siete años más tarde. En este intervalo la mujer no recibió ningún auxilio de su marido; éste se apropió, a pesar de las reclamaciones de su padre político, los 1,500 francos que sólo su mujer tenía derecho de percibir y que eran su propiedad personal. Cuando la liquidación de la comunidad, la mujer reclamó la restitución de las sumas que le pertenecían o las que el marido se había indebidamente abrogado. El marido opuso que todas las rentas de la mujer le pertenecían, puesto que todas entraban en el activo de la comunidad, conforme a los términos del art. 1,401. Esto era olvidar que el contrato de matrimonio había derogado el derecho común. El marido se valió también de los arts. 1,539 y 1,578. que bajo el régimen de separación y el régimen dotal libertan al marido de la obligación de dar cuenta de la gestión que la mujer le dió para sus bienes personales. Basta leer estas disposiciones para convencerse de que no eran aplicables al caso. Suponen la existencia de un mandato expreso o tácito que la mujer da al marido cuando la vida es común y que las relaciones entre esposos son las que deben ser. ¿Acaso la mujer obligada a abandonar el domicilio conyugal por los ultrajes del marido puede dar a éste un mandato de confianza? (1).

123. El art. 1,401 permite a los donantes excluir de la comunidad los efectos muebles dados por ellos a los esposos. ¿Pueden también reservar al donatario la ad-

1 Denegada, Sala Civil, 16 de Abril de 1867 (Dalloz, 1867, 1, 221).

ministración y goce de los bienes que están estipulados como propios? Ya hemos encontrado varias veces esta cuestión y la hemos decidido afirmativamente de acuerdo con la opinión general (1). Nos queda completar la jurisprudencia acerca de ella.

Una madre lega a su hija la porción disponible de sus bienes para gozar de ella contra simples recibos suyos, sin que el marido pueda inmiscuirse en la administración de esta parte de su fortuna. Fué sentenciado que esta cláusula es válida, por no ligarse esencialmente la administración de los bienes personales de la mujer con el poder marital ni con la comunidad. La Corte de París confiesa que si se tratara de la reserva la cláusula litigiosa sería nula, porque los bienes reservados pertenecen necesariamente al esposo y, por consiguiente, a la comunidad. Transladamos acerca de este punto a lo que fué dicho respecto de la reserva. En cuanto a los bienes disponibles, el padre y la madre conservan su libre disposición y pueden usar de ellos bajo la condición que gusten siempre que ésta no sea contraria al orden público y a las buenas costumbres; y el art. 1,401 prueba que los donantes conservan en este punto la plenitud de sus derechos (2).

La Corte de París ha mantenido su jurisprudencia en un caso en el cual había alguna duda por haber abandonado la mujer el domicilio conyugal. Pero la Corte juzgó muy bien que este hecho nada tenía de común con los derechos de la mujer en sus bienes. El marido puede obligar a la mujer a volver al domicilio conyugal por las

1 Véase el t. XI de estos Principios, pág. 645, núm. 447 y el t. XXI, pág. 113, núm. 75.

2 París, 27 de Enero de 1835 (Dalloz, en la palabra Contrato de matrimonio, núm. 786).

vías de derecho, pero no puede apoderarse de las rentas que no le pertenecen (1).

124. ¿Hay otras excepciones al poder de administración que la ley confiere al marido? Se dice que la mujer comerciante tiene el derecho de girar su comercio, sin que el marido pueda intervenir en su administración. Esto es seguro, pero ¿es esta una excepción del derecho común? El marido, al autorizar a su mujer para que comercie, la autoriza por este mismo hecho para hacer todos los actos que se refieran a su negocio (art. 220): ¿con qué derecho interviene? Se sostiene también, como aplicación del principio relativo a la mujer comerciante, que la mujer actriz tiene el derecho de administrar su sueldo en cuanto es necesario para su arte; hay una sentencia en este sentido de la Corte de París (2). La cosa nos parece dudosa: el sueldo de la mujer es un producto de su trabajo que entra en la comunidad y se convierte en propiedad del marido. ¿Cómo pudiera tener la mujer el derecho de administrar lo que no le pertenece?

§ II.—DE LOS PODERES DEL MARIDO.

Núm. 1.—Principio.

125. El art. 1,428 dice que el marido tiene la *administración* de todos los bienes personales de la mujer, y el art. 1,421 dice que el marido *administra* los bienes de la comunidad. Así, la ley se vale del mismo término para señalar los derechos del marido en la co-

1 París, 27 de Agosto de 1835 (Dalloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 787).

2 Troplong, t. I, pág. 301, núm. 979. París, 27 de Noviembre de 1819 (Dalloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 1,288, II).

munidad y los derechos del marido en los bienes personales de la mujer. Hay, sin embargo, una diferencia capital entre estas dos situaciones. El marido es mucho más que administrador de los bienes de la comunidad, es señor y dueño de ellos en lo que se refiere a los actos de disposición a título oneroso; el mismo artículo que dice que el marido administra los bienes comunes agrega que puede venderlos, enajenarlos e hipotecarlos sin el concurso de la mujer.

Pasa una cosa muy distinta con el marido administrador legal de los bienes de la mujer: administra bienes que no le pertenecen, es, pues, administrador como lo es el tutor; así, el art. 1,428 agrega que el marido no puede enajenar los inmuebles de la mujer sin su consentimiento, y lo que dice la ley de los inmuebles es también verdad, respecto de los muebles, como lo diremos más adelante. El mismo art. 1,428 da al marido el derecho de ejercer las acciones mobiliarias y posesorias que pertenecen a la mujer, lo que implica que no tiene derecho de ejercer las acciones inmobiliarias; mientras que el marido administrador de la comunidad tiene todas las acciones. En fin, el art. 1,428 declara al marido responsable por su gestión; el marido no es responsable como jefe de la comunidad. En definitiva, la ley aplica al marido administrador de los bienes de la mujer los principios que rigen a los administradores de los bienes ajenos: tiene un poder de administración, no tiene derecho de disposición. Cuando decimos que el marido tiene un poder de administración entendemos que tiene un cargo que es a la vez un derecho para él, a diferencia del tutor que sólo tiene un cargo. En efecto, el marido aprovecha de su administración, puesto que tiene el goce de los bienes que administra. Pero no se ve en nuestros textos que

DE LA COMUNIDAD LEGAL

167

esta diferencia influya en los derechos que la ley confiere al marido en calidad de administrador. El Código sigue el mismo principio en los diversos casos en los cuales organiza una administración legal de los bienes ajenos, aunque los administradores tengan muy diversa situación: los empleados en posesión provisional de los bienes de un ausente sólo tienen un derecho de administración (art. 125); lo mismo que el marido no pueden celebrar ningún acto de disposición (art. 128); sin embargo, administran bienes que, según toda probabilidad, les pertenecen a título de herederos presuntos. El tutor administra bienes sobre los cuales no tiene ningún derecho, ni siquiera un derecho limitado de goce, como el de los empleados en posesión; sin embargo, sus derechos son, en general, los mismos que los de los empleados en posesión, aunque éstos tengan un derecho de goce. En cuanto al marido, es a la vez administrador y usufructuario: como usufructuario tiene derechos que no puede tener el tutor que no disfruta el goce; pero como administrador su posición es la misma.

126. Siendo el marido administrador de bienes ajenos es por lo mismo responsable de su gestión. Se le debe aplicar, por vía de analogía, el art. 450, que habla del tutor que administra los bienes del menor, como buen padre de familia y que responde de los daños y perjuicios que pudieran resultar de una mala gestión. El art. 1,428 no reproduce el principio, la obligación de gestionar como buen padre de familia, pero consagra la consecuencia declarando al marido responsable del daño que causa a la mujer por falta de actos conservatorios. Como la ley sólo prevé un caso de responsabilidad se pudiera creer que éste es el único. Esto es raciocinar muy mal. La ley sólo aplica un principio general y debe apli-

carse a todos los casos que puedan presentarse. No hay ninguna razón para limitar a un caso especial la responsabilidad del marido.

La jurisprudencia opina en este sentido. Una dote de 30,000 francos fué constituida a la mujer; quedó por pagarse de 7 a 8,000 francos cuando la madre obtuvo una sentencia de separación de bienes: el acto de liquidación puso el saldo de la dote a cargo del padre, el cual era insolvente. De ahí la cuestión de saber si el marido era responsable de la pérdida de tal dote. Este caso no entra en el texto del art. 1,428, porque no era el menoscabo de un bien, era negligencia en haberlo reclamado; el marido tenía alguna culpa, la madre era solvente durante todo el tiempo que duró la comunidad; el marido debía, pues, haber pedido el pago de la dote: habiendo ésta perecido por negligencia debía reparar la consecuencia de su falta (1).

Sin embargo, los principios de la comunidad establecen una notable restricción al derecho de la mujer. Supongamos que el marido sea condenado a 10,000 francos por daños y perjuicios por razón de su mala gestión. ¿Podrá la mujer reclamar la suma íntegra contra su marido? Sí, cuando renuncie a la comunidad; no, si la acepta debe soportar la mitad de las deudas que componen el pasivo. Y los daños y perjuicios que tiene que pagar el marido son deudas de la comunidad, puesto que toda deuda del marido lo es de la comunidad; la mujer soportará, por tanto, la mitad. A primera vista este resultado parece ser muy injusto y se halla uno tentado a creer que el marido debe toda la deuda, puesto que procede de una culpa que le es personal. Pero no basta una

1 Denegada, Sala Civil, 19 de Enero de 1863 (Dalloz, 1863, 1, 86).

falta para que el marido esté obligado a compensación, se necesitaría que la culpa fuese un delito o que el marido hubiera sacado de ella un provecho personal; fuera de esto la comunidad debe soportar las deudas del marido (1). Se podría aún discutir que la mujer renunciante tenga un derecho contra su marido por el punto de la administración de sus bienes; volveremos a tratar esta cuestión.

127. El principio es, pues, que el marido como administrador de los bienes de la mujer, tiene todos los derechos que pertenecen a cualquier administrador de bienes ajenos. Se pregunta si la mujer puede extender los poderes que la ley da al marido sobre sus bienes. A la verdad, no es la ley la que se los da, le vienen de la convención tácita que hacen los esposos al casarse sin contrato. Y los esposos tienen libertad para derogar la comunidad legal y hacer las convenciones que les plazcan. La mujer es propietaria; puede, pues, dar a su marido poder para ejecutar actos de disposición (2). Este es un mandato regido por el derecho común.

Según el art. 1,988 "el mandato concebido en términos generales sólo abroga los actos de administración. Si se trata de enajenar o hipotecar, o algún otro acto de propiedad, el mandato debe ser expreso." ¿Se aplica este principio al mandato que la mujer da al marido? No puede tratarse de un mandato de administración, puesto que el marido es de derecho administrador. Esto no impide que el poder que la mujer quiere dar a su marido para hacer actos de disposición deba ser expreso. ¿Debe deducirse que este poder no puede ser general?

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 175, núm. 71 bis XXIII.

2 Grenoble, 28 de Enero de 1852 (Dalloz, 1852, 2, 14).

Esto sería ir más allá del art. 1,988; todo cuanto exige es que el poder sea expreso, y un poder general puede ser expreso en el sentido de la ley; es decir, que puede conferir al marido el poder de enajenar e hipotecar todos los bienes de la mujer. La Corte de Casación parece asimilar el poder general del art. 1,988 y la autorización general del art. 223. Si tal es su mente se equivoca. El art. 223 prohíbe al marido dar a su mujer una autorización general para disponer de sus bienes, porque semejante autorización sería una abdicación del poder marital. Esto nada tiene de común con el mandato que la mujer daría a su marido. Ningún texto, ningún principio, se opone a que este mandato sea general, siempre que sea expreso.

Una mujer da poder a su marido con efecto de obligarlo al pago de deudas anteriormente contraídas por él. ¿Es expreso este poder en el sentido del art. 1,988? No, pues el acta no especifica las deudas ni su importancia, dice la Corte de Casación; de donde deduce que el mandato sólo se refería a los actos de administración (1). Dudamos que tal sea el sentido del art. 1,988; no exige que el mandato pormenore y especifique los actos que debe hacer el mandatario, quiere que el mandato sea *expreso* en este sentido, que el mandante declare dar poder para hacer actos de disposición. La mujer, podrá, pues, dar al marido mandato de vender e hipotecar todos sus bienes; este mandato sería *expreso*, aunque general. Otra sentencia pronunciada en un caso idéntico cita el artículo 223; lo que implica que la Corte coloca al poder ge-

1 Denagada, 19 de Mayo de 1840 (Dalloz, en la palabra **Mandato**, núm. 87).

neral en la misma línea que la autorización general (1). Esto es confundir dos órdenes de ideas distintas; el marido abdicaría su poder marital por una autorización general para disponer; mientras que la mujer no tiene poder, sólo es propietaria; con este título puede dar mandato tan extenso como le convenga, siempre que diga que abarca los actos de disposición. En consecuencia, puede dar al marido el poder de obligarla indefinidamente, sin que deba indicar la naturaleza y el monto de las deudas. La ley se conforma con un mandato *expreso*, la Corte exige un mandato especial: esto es ir más allá de la ley.

Núm. 2.—De los actos de conservación.

128. Es de principio que el administrador de bienes ajenos pueda hacer cualquier acto de conservación; esto es más que un derecho, es un deber, porque su primera obligación es cuidar de la conservación de los bienes que está encargado de administrar. El art. 1,428 lo declara responsable por el desmejoramiento de los bienes de la mujer causado por falta de actos conservatorios. De esto deduce que celebrar estos actos es para el marido una obligación, lo que implica el derecho de hacerlo.

129. ¿Cuáles son los actos conservatorios que el marido tiene la obligación de ejecutar? Son primero las reposiciones. El art. 1,409 pone a cargo de la comunidad las reposiciones usufructuarias de los inmuebles de la mujer. El marido está, pues, obligado a hacerlos con doble título como jefe de la comunidad, puesto que esto

1 Casación, 18 de Junio de 1844 (Dalloz, en la palabra **Mandato**, número 88).

es una deuda de ella, y como administrador legal de los bienes de la mujer, puesto que las reposiciones son actos esencialmente conservatorios. En cuanto a las grandes reparaciones la mujer debe soportarlas, pero el marido toca hacerlas, pues estas reparaciones son un acto de conservación ya que impiden la ruina de la construcción.

Se supone que la casa se derrumba por ruinosa; no hay ya reparaciones que la puedan salvar. Se pregunta si el marido tiene como administrador el derecho de reconstruirla. La negativa ha sido sentenciada por la Corte de París y es segura. Reconstruir no es un acto de conservación; pudiera ser un acto de administración análogo a la compra de un inmueble, lo cual es la mejor colocación de fondos economizados. Pero, bajo el régimen de la comunidad, la mujer no tiene economías que colocar, puesto que todas sus rentas pertenecen al marido. La reconstrucción sólo pudiera, pues, hacerse con los capitales de la mujer; y el marido no tiene el derecho de disponer de ellos, necesita del consentimiento de la mujer; el marido puede enajenar los inmuebles de la mujer con su consentimiento, dice el art. 1,428; por la misma razón le es permitido disponer de sus capitales para reconstruir, si la mujer lo consiente. Este consentimiento puede ser tácito, es el derecho común. La Corte de París ha resuelto que la mujer consiente cuando concurre a los trabajos con su marido, ya sea para dar órdenes al arquitecto y obreros, ya sea para dirigir y vigilar los trabajos (1).

130. La interrupción de la prescripción es también un acto de conservación, porque los derechos perecen cuando la prescripción no se interrumpe. En el título

1 París, 4 de Enero de 1842, y Casación, 14 de Junio de 1820 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,303).

de la *Prescripción* diremos cómo se hace la interrupción. No hay ninguna dificultad cuando se trata de un derecho mueble; el marido tiene derecho de perseguir al deudor. El art. 1,428 le da también derecho para intentar las acciones posesorias; sería responsable, por consiguiente, si por falta de promoción al posesorio la mujer perdiera la ventaja ligada a la posesión. Pero el marido no tiene el derecho de intentar las acciones inmobiliarias (número 50). No sería, pues, responsable por no haber perseguido a los detentadores de los inmuebles; sólo que en calidad de usufructuario está sometido a la obligación establecida por el art. 604; debe avisar a la mujer que sus inmuebles están poseídos por terceros y que es necesario promover para evitar la prescripción. Si no lo hace, faltará a una obligación legal, si no como administrador cuando menos como usufructuario; pero poco importa, puesto que la responsabilidad es la misma. Esta es una restricción al poder del marido como jefe de la comunidad; no es responsable con este título, se pudiera decir que tiene el goce de los bienes de la mujer como jefe. El texto del art. 1,409 resuelve esta duda. El marido está obligado a hacer las reposiciones usufructuarias y es responsable si no las hace. Hay igual razón para decidir, para las obligaciones que el art. 614 impone a todo usufructuario; este es un acto de conservación idéntico a las reparaciones usufructuarias.

Núm. 3.—Cobro de los créditos.

131. Perseguir el cobro de los créditos y recibir el monto de ellos es también un acto que pueden celebrar los administradores. Si la ley permite sólo a los menores emancipados recibir sus rentas y dar descargo de un

capital mueble (arts. 481 y 482) esto es porque el menor emancipado está colocado entre los incapaces; todos los demás administradores pueden recibir el pago de los créditos; por este motivo por el que la ley les da las acciones mobiliarias (1).

Resulta de esto que el marido tiene el derecho de recibir el precio de las ventas inmobiliarias hechas por la mujer. El no tiene derecho para vender, porque la venta es un acto de disposición que sólo puede ejecutar el propietario. Una vez consumada la venta sólo queda una deuda mobiliar; el marido debe perseguir su cobro, por lo mismo, sólo él tiene calidad para recibirlo; los compradores no pueden entregar el dinero en manos de la mujer. Esta es la aplicación del art. 1,239, según el cual el pago debe ser hecho a quien la ley autoriza para percibir en nombre del acreedor. No es que necesariamente deba pasar el precio por la comunidad, como lo dice Troplong (2); puede ser delegado en virtud del acta de venta a un acreedor de la mujer o del marido. Se entiende que esta cláusula, así como la venta, sólo es válida con autorización del marido.

132. De que el marido pueda percibir lo que se debe a la mujer hay que cuidarse de concluir que pueda obligar a la mujer por una cuenta cortada con el deudor. La Corte de Casación sienta en principio que el marido no puede obligar a la mujer hacia terceros, sin su expreso consentimiento. Esto es demasiado absoluto; el marido tiene el poder de administrar, y no es muy posible administrar sin obligarse; dando en arrendamiento bienes de la mujer, el marido se obliga y obliga a su mujer que está comprometida a ejecutar el arrendamiento

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 344, nota 9, pfo. 510 (4ª edición).

2 Troplong, t. I, pág. 303, núm. 993.

aunque se disuelva la comunidad. Debe, pues, decirse, que el marido sólo puede obligar a su mujer en los límites de los actos de administración que tiene derecho de hacer. Fuera de esto el marido no puede obligar a su mujer sin su consentimiento, puesto que fuera de estos límites el marido está sin poder. ¿Quiere esto decir, como lo hace la Corte de Casación, que se necesite el consentimiento expreso de la mujer? Esto sería una derogación al derecho común que asimila el consentimiento tácito al consentimiento expreso. Acabamos de decir que la Corte de París vió un consentimiento válido en el hecho de vigilar y de dirigir los trabajos, lo que no es un consentimiento expreso (núm. 129).

Con estas restricciones es como admitimos el principio formulado por la Corte de Casación. En cierto caso el marido había recibido unas sumas debidas a su mujer; la mujer, por su lado, era deudora. Si el marido se hubiese limitado a recibir las sumas deduciendo lo que debía la mujer, habría quedado en su misión de administrar; pero el corte de cuenta conducía a constituir a la mujer en deudora; el marido obligaba, pues, a la mujer, y no lo hacía por un acto de administración; translimitábase, por consiguiente, de sus poderes (1).

133. ¿Puede el marido recibir los créditos de la mujer cuando el contrato de matrimonio contiene cláusula de empleo o de reemplazo? Hemos dicho al tratar de estas cláusulas que, en general, no tienen ningún efecto para con los terceros (t. XXI, núms. 387-389). De aquí resulta que los terceros deben, apesar de la cláusula de reemplazo, pagar al marido, administrador legal. Pero la cláusula puede estar concebida de manera que tenga efecto para con los terceros; hay, en este caso, que

1 Casación, 19 de Agosto de 1857 (Dalloz, 1857, 1, 339).

conformarse con lo dispuesto en el contrato de matrimonio; los terceros no podrán ya pagar al marido sin el concurso de la mujer, si tal es el objeto de la cláusula. Esta es la aplicación del derecho común. Las convenciones matrimoniales pueden ser opuestas a los terceros y les aprovechan en el sentido de que los derechos de los esposos están determinados por el contrato de matrimonio; el contrato puede extender o restringir los poderes del marido siempre que no sea contrario a las disposiciones prohibitivas del Código Civil. ¿Las cláusulas de reemplazo son válidas? Transladamos a lo que hemos dicho en otro lugar acerca de este punto. En nuestro concepto la afirmativa no es dudosa; ésta es la opinión de la mayor parte de los autores y está consagrada por la jurisprudencia; lo cual decide la cuestión en lo que se refiere al derecho del marido para recibir los créditos de la mujer; este derecho puede ser limitado con efecto para con los terceros (1).

Núm. 4.—De los Arrendamientos.

I.—¿Qué arrendamientos puede pactar el marido?

134. ¿Es el arrendamiento un acto de administración? Según el art. 1,429 el arrendamiento es un acto de administración cuando no pasa de nueve años; se le considera como acto de disposición cuando excede de este término. El Código aplica este principio a los arrendamientos hechos por el usufructuario (t. VI, 458-469), por el tutor (art. 1,718) y por el menor emancipado (art. 481). Lo mismo sucede con los arrendamientos

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 344 y notas 12 y 13, pfo. 510. En sentido contrario Troplong, t. I, pág. 327, núm. 1,085.

hechos por el marido administrador legal; puede celebrar contratos de arrendamiento por nueve años, obligatorios para la mujer o sus herederos cuando la disolución de la comunidad. Según el rigor de los principios el administrador, así como el usufructuario, no tienen derecho para obrar sino durante su gestión; desde que cesa su administración queda sin poder. La ley deroga este principio dando fuerza obligatoria, aun después de la disolución del matrimonio, a los contratos de arrendamiento que el marido ha hecho. Hemos dado la razón de esto al tratar del *Usufructo*. Está en el interés de la mujer que los bienes de los cuales el marido tiene la administración se hallen arrendados a locatarios cuidadosos, y cuando se trata de bienes rurales a cultivadores capaces. Y el marido no encontraría locatarios y cultivadores convenientes si el contrato debiera ser desconocido por la mujer o sus herederos. ¿Qué resultaría? Que el marido no podría arrendar o que arrendaría sólo con condiciones desventajosas. Su interés como usufructuario, y el de la mujer como propietaria sufriría por ello; el mismo interés general estaría lesionado puesto que al desorrollo de la riqueza pública se le pondrían trabas. Los principios de derecho debieron ceder ante tan potentes consideraciones. En consecuencia, los contratos de arrendamiento por nueve años son obligatorios para la mujer o sus herederos (1).

135. ¿Debe deducirse de esto que los contratos de arrendamiento que exceden de nueve años son nulos? El art. 1,429 no lo dice, sólo establece en principio que dichos arrendamientos no son obligatorios para la mujer cuando la disolución del matrimonio, sino por un período de nueve años. ¿Por qué no puede hacer el ma-

1 Durantón, t. XIV, pág. 422, núm. 310.

rido arrendamientos por más de nueve años obligatorios para la mujer? Porque un contrato por mayor término compromete el ejercicio del derecho de propiedad. La mujer o sus herederos propietarios tienen el derecho de goce como les convenga, y si estuviesen ligados por un contrato de arrendamiento mayor de nueve años, podrían encontrarse en la imposibilidad de gozar durante largos años, quizá durante toda su vida. Además, se vería estorbado su derecho de disposición; se venden difícilmente bienes gravados con largos arrendamientos o se les vende en condiciones desfavorables; esto es también verdad para la hipoteca. Debe, pues, limitarse la duración de los arrendamientos que pueden hacer los administradores; ningún interés legítimo exige que pasen de la duración ordinaria de nueve años, y cuando pasan de este plazo comprometen el derecho de propiedad, y sería contrario a todos los principios que un simple administrador pudiese encadenar el derecho del propietario. Se dice ordinariamente que los arrendamientos largos hechos por el marido serían sospechosos de fraude; hacemos abstracción del fraude; el marido puede obrar de muy buena fe contratando un arrendamiento a plazo largo, el cual hasta puede ser muy ventajoso; así la ley no le impone nulidad como lo hiciera si presumiese fraude. Volveremos a tratar de los arrendamientos hechos en fraude de la mujer (1).

136. ¿Cuál es el efecto de los contratos de arrendamiento que exceden de nueve años? El art. 1,429 dispone que, en caso de disolución de la comunidad, no son obligatorios para con la mujer sino por nueve años. Sólo es, pues, a la disolución de la comunidad cuando el arrendamiento está reducido al período de nueve años.

1 Mourlón, *Repeticiones*, t. III, pág. 60, núm. 148.

Durante la comunidad la mujer no tiene ningún derecho ni ningún interés en quejarse del arrendamiento; no es ella la que goza, es el marido. Este nunca puede atacar el arrendamiento que ha consentido, y el arrendamiento está igualmente ligado. Así el arrendamiento se encuentra al abrigo de cualquier ataque mientras dura la comunidad. Es únicamente por interés de la mujer por lo que la ley limita la duración de los arrendamientos que puede hacer el marido. Y la mujer sólo tiene derecho cuando la disolución de la comunidad.

¿Cuál es el derecho de la mujer cuando la disolución de la comunidad? Se dice ordinariamente que el arrendamiento es nulo, pero la nulidad es relativa. Hay una sentencia de la Corte de Douai en este sentido (1). Esto no es exacto. El art. 1,429 no dice que el arrendamiento es nulo y que la mujer puede pedir su nulidad; sólo le da derecho de pedir su reducción a nueve años. La ley divide el arrendamiento en períodos de nueve años según el uso; si en la disolución de la comunidad el arrendatario se encuentra todavía en el primer período de un arrendamiento de veintisiete años, la mujer está obligada a respetarlo por todo el tiempo que falta de dicho período; el arrendamiento se reduce, pues, si la mujer lo exige, pero no es nulo. Si el arrendatario se encuentra en el segundo período de nueve años o en el tercero, tiene derecho de concluir el período en que se encuentra; el arrendatario está, pues, sostenido por el período de nueve años que comienza cuando la disolución de la comunidad; fuera de esto no es obligatorio para la mujer.

El art. 1,429 se aplica a cualquier arrendamiento; si la

1 Douai, 18 de Marzo de 1852 (Dalloz, 1853, 2, 20).

ley habla del *cultivador* es porque los arrendamientos con largos plazos se hacen, sobre todo, para las fincas rurales. Si un arrendamiento urbano se hiciera por más de nueve años, la ley le sería aplicable.

137. La aplicación de la ley da lugar a algunas dificultades que ya hemos examinado en el título del *Usufructo*. Si la mujer pide la reducción del arrendamiento, ¿el arrendatario tendrá derecho a una indemnización contra el marido? Se admite generalmente que el arrendatario no puede reclamar indemnización, a no ser que el marido se haya dado como garante de su mujer, o que haya engañado al arrendatario arrendando como propietario. En efecto, el contrato que excede de nueve años no es nulo, tiene entera ejecución durante la comunidad. Si cuando la disolución de la comunidad la mujer pide su reducción, el arrendatario no tiene derecho de quejarse, porque tratando con el marido, administrador legal, sabía que el contrato sólo sería obligatorio para con la mujer por un período de nueve años; por no estar lesionado su derecho, no puede pedir daños y perjuicios. Sólo tiene derecho el arrendatario cuando el marido se ha obligado para con él, ya sea por convención, ya sea por dolo. Puesto que el marido no debe indemnización, se deduce que la mujer que fuese legataria universal no estaría obligada a respetar el contrato por más de nueve años. El arrendamiento hecho por el marido es esencialmente un contrato de administración; ni siquiera es necesario que así lo diga el contrato, esto resulta de la calidad del que arrienda; el arrendatario no tiene, pues, más derechos que los que le da el arrendamiento de administración, es decir, que sólo puede concluir el período de nueve años en el cual se encuentra cuando la disolución de la comunidad (1).

1 Véase el t. VI de estos *Principios*, núm. 462, pág. 651, Bruselas 29 de

138. ¿Puede el marido rescindir un contrato de arrendamiento que ha sido consentido antes del matrimonio por su mujer? Transladamos a lo que fué dicho en el título del *Usufructo* acerca del derecho del usufructuario; la cuestión es idéntica (1).

139. ¿Puede el marido estipular que el arrendatario pagará anticipadamente? No puede discutirse el derecho del marido, puesto que esta cláusula es de uso, sobre todo en los arrendamientos de fincas rústicas. No debe perderse de vista que el marido tiene derecho a las rentas como jefe de la comunidad; él es, pues, no sólo administrador sino también usufructuario, por lo tanto puede hacer cuantas estipulaciones la ley y los principios permitan al usufructuario. El marido tiene derecho a las rentas hasta la disolución de la comunidad; si recibe anticipadamente dichas rentas que de hecho sólo vencen después de la disolución de la comunidad, debe compensación a la mujer. Acerca de este punto no hay ninguna duda. Existe otra dificultad. El marido sólo puede celebrar arrendamientos de administración; todas las cláusulas del contrato deben ser concebidas en interés de la mujer propietaria. Con este título puede estipular el pago anticipado de las rentas, conformándose a lo que es de uso. Pero el marido no puede hacer arrendamientos de disposición ni tampoco insertar en el contrato cláusulas que un propietario sólo tiene derecho de estipular, porque estas cláusulas pudieran perjudicar a la mujer; cualquiera convención hecha en interés del marido, y que puede comprometer los derechos de la mujer, es nula por excederse del poder de ad-

Julio de 1812 (Dalloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 1,371). Durantón, t. XIV, pág. 426, núm. 314. Toullier, t. VI, 2, pág. 353, núm. 406.

1 Resulta que el marido puede rescindir el contrato. París, 26 de Abril de 1850 (Dalloz, 1851, 2, 180).

ministración del marido. La Corte de Casación así lo resolvió en un caso en el cual el arrendatario se obligaba a endosar los vales ministrados por el marido hasta la concurrencia de 25,000 francos. Todas las rentas por vencer estaban especialmente afectas al reembolso de dicha suma. La Corte de Apelación había declarado válida esta cláusula sentando en principio que el marido tiene el absoluto derecho de disponer por anticipación de las rentas por vencerse, hasta después de la disolución de la comunidad. Esto era reconocer a un administrador los derechos que sólo pertenecen al propietario. La sentencia fué casada: la Suprema Corte dijo muy bien que el marido sólo puede celebrar un contrato de arrendamiento de administración; deduce de esto que toca al juez del hecho examinar y decidir si las cláusulas del pago anticipado, como todas las demás cláusulas, son o no son actos de administración; cuando se hacen por interés de buena gestión, las cláusulas son válidas; cuando han sido estipuladas en interés del marido y en perjuicio de la mujer, son nulas (1).

140. El art. 1,429 dice: “Los contratos de arrendamientos que el marido ha celebrado *solo* de los bienes de su mujer por un tiempo que no exceda de nueve años, sólo son obligatorios para la mujer por el período de nueve años en el que se encuentra el arrendatario cuando la disolución de la comunidad.” Esto supone que si el marido no contrata solo, es decir, si la mujer figura en el acta, el contrato no se encuentra ya sometido a las restricciones que la ley impone al marido administrador. Ya no se trata entonces de un arrendamiento de administración, puesto que es el propietario quien lo consiente, y el propietario tiene un derecho absoluto de goce y de

1 Casación, 18 de Agosto de 1868 (Dalloz, 1868, 1, 371).

DISPOSICIONES GENERALES

183

disposición. Pero como bajo el régimen de la comunidad el marido tiene el goce de los bienes, la mujer sola no podría consentir el contrato, sólo puede concurrir con su marido; en este caso el contrato será una acta de disposición y podrá contener todas las cláusulas que un propietario tiene derecho de consentir, ya en cuanto a su duración, ya en cuanto al pago anticipado de las rentas sin limitación alguna (1).

II.—De la renovación de los contratos de arrendamiento.

141. Según el art. 1,430, el marido puede renovar el contrato tres años antes de su conclusión si se trata de bienes rurales, y dos años antes si se trata de casas urbanas. ¿Por qué la ley permite al marido renovar los arrendamientos dos o tres años antes de que concluyan? Esto es un acto de buen padre de familia, el renovarlos antes de su expiración, con el fin de asegurar que los bienes estén arrendados sin interrupción. Que si el arrendatario no consiente en renovar el contrato, el marido necesita un tiempo suficiente para encontrar un nuevo locatario o un nuevo cultivador. Y como es más difícil encontrar un buen cultivador que un buen locatario, la ley concede un plazo más largo para los arrendamientos de bienes rurales que para los urbanos (2).

142. La renovación de los arrendamientos no puede hacerse antes de la época fijada por la ley. No porque una renovación hecha antes del plazo de dos o tres años se presume fraudulenta; la ley sólo se preocupa por el interés y los derechos de las partes; si el marido como usufructuario está interesado en renovar el contrato más tempra-

1 Durantón, t. XIV, pág. 423, núm. 30.

2 Troplong, t. I, pág. 310, núm. 1,026.

no, la convención no será obligatoria para la mujer, porque lesiona a su derecho de propietaria, contraviniendo indirectamente los límites marcados por el art. 1,429. Si el marido hace un contrato por nueve años, y en el mismo año lo renueva por un segundo período de nueve años, liga a la mujer diecisiete o dieciocho años, mientras que la ley sólo permite obligarla por un plazo de nueve.

¿La renovación anticipada es nula? Se pudiera creer así según el art. 1,430; la ley dice que los contratos de arrendamiento renovados antes de tres o dos años de su expiración quedan *sin efecto*. ¿Quiere esto decir que son nulos? Para entender el sentido de esta expresión hay que combinar el art. 1,430 con el art. 1,429 que establece el principio de que el artículo siguiente sólo es una consecuencia. ¿Qué dice el art. 1,429? Que el contrato de arrendamiento, que excede de nueve años, *no es obligatorio para la mujer*; el arrendamiento no es nulo, el marido queda obligado tanto como el arrendatario; sólo en la disolución de la comunidad la mujer puede pedir la reducción del contrato. El art. 1,430 debe ser entendido en este sentido, el contrato renovado dos o tres años antes de la conclusión del plazo, *no tiene efecto* para con la mujer, en el sentido de que no está obligada; puede pedir que se le limite al período de nueve años en el que se encuentra el arrendatario. Pero éste no puede pedir la nulidad del contrato; no es por interés suyo sino de la mujer por lo que la ley restringe el derecho de renovar el arrendamiento, como restringe la facultad de consentirlo; sólo la mujer puede, pues, pedir que el contrato de arrendamiento se sujete a los términos de la ley (1).

1 Durantón, t. XIV, pág. 424, núm. 311.

Así la renovación del contrato de arrendamiento no será obligatoria para la mujer si es hecha antes de los dos o tres años de su expiración: "A no ser que la ejecución del contrato renovado haya comenzando antes de la disolución de la comunidad." Se aplica, en este caso, la disposición del art. 1,429; todo contrato hecho o renovado por el marido es válido como arrendamiento de administración; es decir, por el período de nueve años en el que se encuentra el arrendatario cuando la comunidad se disuelve. Se deduce de esto que el contrato quedaría sin efecto si la ejecución no hubiese principiado aunque se estuviese en el plazo de tres o dos años en el que puede hacerse la renovación. El marido ha hecho lo que no debía hacer renovando un arrendamiento antes de la época fijada por la ley; no hizo lo que podía hacer renovando el contrato en aquella época; por lo mismo, el acta no puede obligar a la mujer. Si la ejecución del contrato la obliga, es por el motivo que acabamos de dar; siempre queda obligada por un contrato de administración (1).

143. Queda una ligera dificultad de texto. La ley dice: "Los contratos de arrendamiento *por nueve años o más* que el marido ha hecho o renovado solo, de los bienes de la mujer más de tres o dos años antes de la expiración del contrato vigente, quedan sin efecto." De que el art. 1,430 sólo habla de contratos de nueve años y más ¿debe deducirse que los arrendamientos que exceden de nueve años no están sometidos a esta disposición restrictiva, o que esos contratos quedan sin efecto aunque la ejecución hubiese comenzado antes de la disolución de la comunidad? Esta última opinión fué emitida por

1 Toullier, t. VI, 2, pág. 356, núm. 412.

Proudhón; (1) pero ha quedado aislada. En cuanto al texto, no dice lo que se le hace decir. No es sino mediante un argumento *a contrario*, sacado del silencio de la ley, como se llega a la distinción que combatimos, y la distinción testifica contra este modo de argumentación; sólo debe uno servirse de él cuando se puede apoyar en el espíritu de la ley. Y en el caso el espíritu de la ley es tan evidente que se debe rechazar toda inducción fundada en el silencio del Código, porque conduciría a hacer decir al legislador lo contrario de lo que quiso decir.

III. — De los contratos de arrendamiento fraudulentos.

144. Se confunde a veces el contrato de arrendamiento que los arts. 1,429 y 1,430 declaran obligatorio para la mujer con los que el marido hace en fraude de sus derechos. Hay una diferencia que es evidente: el arrendamiento fraudulento es nulo, como todo acto que el marido celebra en fraude de la mujer, mientras que el arrendamiento consentido en contravención de los artículos 1,429 y 1,430 es válido como arrendamiento de administración; no obliga a la mujer como al arrendamiento de disposición. La mujer puede pedir la reducción del contrato irregular hecho por el marido desde que se excedió de sus poderes. Cuando promueve por nulidad debe probar que el contrato es fraudulento. Esta prueba es a menudo difícil, de manera que si la mujer puede promover por una u otra acción preferirá pedir la reducción. Pero no siempre puede solicitarla. Si el marido únicamente hizo un contrato de arrendamiento por nueve años, o si lo renovó en los tres o dos años antes de la expiración, el acta es válida; obliga a la mujer, a no ser

1 Proudhon, t. III, pág. 186, núm. 1,213. En sentido contrario, Rodière y Pont, t. II, pág. 214, núm. 922 y todos los autores.

que haya sido celebrado en fraude de sus derechos, en cuyo caso la mujer tiene que promover por nulidad si quiere substraerse a la obligación de un contrato que le perjudica (1).

145. ¿Cuándo es fraudulento el contrato de arrendamiento? Esta es una cuestión de hecho. El perjuicio no basta para que haya intención de defraudar, lo cual sucede cuando el marido obtiene un provecho ilícito del contrato estipulando un precio vil que obliga a la mujer, mientras que él recibió corretajes del arrendatario sin que la mujer participara de ellos. Este es el caso supuesto por Ferrière en su *Comentario acerca de la costumbre de París*. No encontramos en la jurisprudencia el ejemplo de un contrato de arrendamiento fraudulento. El contrato que la Corte de Angers anuló había sido hecho por el marido durante una instancia en separación, lo que lo hacía nulo a consecuencia de la retroacción de la sentencia de separación (2). Toullier relata un ejemplo que es bueno dar a conocer: es un rasgo de costumbre. Un hombre, cuya colocación en la magistratura y su regularidad en cumplir escrupulosamente todos los deberes y todas las prácticas de la religión romana (tal es la expresión de Toullier) parecía ponerle a salvo de cualquiera sospecha, tenía una hermana usufructuaria de una hermosa quinta y atacada desde hacía mucho tiempo de una enfermedad incurable y desesperante. Se trataba de renovar un contrato de arrendamiento de dicha quinta. El magistrado se trasladó al cuarto de la enferma con el notario y el arrendatario; el contrato fué renovado por

1 Consúltese el tomo VI de estos **Principios**, pág. 649, núm. 460.

2 Angers, 16 de Agosto de 1820 (Dalloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 1,930).

nueve años mediante una propina; el arrendatario pagó un abono y firmó un vale por el resto de la suma; el magistrado, heredero presunto de su hermana, se apoderó del vale. Tres meses después la hermana murió y el usufructo se extinguió. El propietario preguntó al heredero si el contrato de arrendamiento se había renovado. Nuestro celoso contestó que no lo sabía, que su hermana no le consultaba para sus negocios. El arrendatario tenía interés en mantener su arrendamiento, y aprovechándose de esto, el magistrado había especulado; pero habiendo comprado una gran parte de la quinta, el arrendatario tuvo interés en revelar la convención y la propina. Convicto de mentira el magistrado no se atrevió a negar, pero escondió su fraude y su vergüenza, tanto como le fué posible, guardando el vale firmado por el arrendatario y sosteniendo que nunca había tenido conocimiento de él (1).

He aquí un contrato de arrendamiento renovado en fraude de los derechos del propietario. Era regular, puesto que la renovación se había efectuado en la época legal. El *nuevo* contrato obligaba, pues, al propietario. Pero podía pedir su nulidad por causa de fraude, y esto era manifiesto, según los hechos tales como Toullier los relata. Si estos hubieran sido probados, el juez debería haber anulado el contrato, aunque sólo fuera un contrato de administración.

Núm. 5.—De las acciones.

146. Según el art. 1,428 “el marido puede sólo ejercer todas las acciones muebles y posesorias que corresponden a la mujer.” ¿Qué se entiende por acciones mue-

1 Toullier, t. VI, 2, pág. 355, núm. 409.

bles *pertenecientes* a la mujer? Todos sus derechos muebles presentes y futuros entran en la comunidad, el marido ejerce las acciones que se relacionan con ella como jefe de la comunidad y no como administrador de los bienes de la mujer. Debe, pues, suponerse que la mujer tiene propiedades muebles, lo que es raro, bajo el régimen de la comunidad legal; las acciones relativas a estos propios pertenecen a la mujer; si el marido tiene derecho de ejercerlos, es como administrador (1). ¿Por qué la ley da al marido el derecho de ejercer solo, es decir sin el concurso de su mujer, las acciones muebles de ésta? Este es un principio tradicional que sólo se explica por la poca importancia que se daba antaño a los derechos muebles; el Código concede las acciones muebles al tutor, a los enviados en posesión provisional de los bienes de un ausente, mientras que todos los que sólo tienen un derecho de administración no gozan el derecho de ejercer las acciones inmobiliarias. No hay razón jurídica para esta diferencia. Si los administradores no pueden promover en justicia relativamente a los derechos inmuebles es porque las acciones judiciales se hallan consideradas como actos de disposición y los que administran los bienes ajenos no pueden disponer de ellos. Y no pueden disponer más de los muebles que de los inmuebles, como lo diremos más adelante a propósito del marido; luego lógicamente no debieran tener derecho de promover en pleito (2). La regla del art. 1,428 es una de esas disposiciones tradicionales que el Código ha consagrado porque se hallaban en la tradición.

147. El marido ejerce también solo las acciones posesorias que pertenecen a la mujer. Estas acciones concier-

1 Durantón, t. XIV, pág. 427, núm. 315.

2 Véase el t. II de estos **Principios**, núm. 188, pág. 273, y el t. V, número 66, pág. 84.

nen a los inmuebles; debieran, pues, en teoría, ser ejercidas por el propietario. Si la ley se las da al marido administrador es porque son actos conservatorios; tienden, en efecto, a conservar la posesión o a volver a adquirirla. Esta regla es también tradicional y, sin duda, con este título es como los autores del Código la han consagrado (1).

148. Del principio que establece que el marido ejerce *solo* las acciones muebles y posesorias de la mujer resulta que el marido representa a la mujer como su mandatario legal, sea demandando, sea defendiendo. Por consiguiente, la mujer es parte en el proceso; la sentencia le aprovecha y puede serle opuesta, sin que tenga derecho de atacarla por vía de tercera oposición; no es tercero en cuanto a lo sentenciado, puesto que es parte en la causa. La consecuencia es grave, porque puede suceder que la mujer haya sido mal defendida; no tiene, en este caso, recurso más que contra el marido como administrador responsable (2).

149. El art. 1,428 nada dice de las acciones inmobiliarias; es seguro, a pesar del disentiimiento de Toullier, que el marido no tiene derecho de ejercerlas. Este es un principio general seguido por el Código; los que administran los bienes ajenos no tienen las acciones inmobiliarias, lo que es perfectamente jurídico: el poder de administración no implica el de disponer, y promover en justicia es disponer. Traducimos a lo que fué dicho acerca del poder del marido como jefe de la comunidad.

Si el marido ejerciera una acción inmobiliar de la mujer el demandado podría rechazarlo fundándose en su falta de personalidad. Fué sentenciado que esta excep-

1 Duranton, t. XIV, pág. 423, núm. 317.

2 Aubry y Rau, t. V, pág. 344 y nota 11, pfo. 510 (4ª edición).

DE LA COMUNIDAD LEGAL.

191

ción, por ser perentoria, no debe cubrirse por ningún acto de procedimiento del demandado, y es posible, por consiguiente, sea propuesta en cualquier estado de la causa (1).

Resulta del mismo principio que la mujer no está representada por su marido en las instancias en que figura solo; por lo tanto, la sentencia no le puede ser opuesta, es tercero y puede entablar la tercería (2). Acerca de este punto todos están acordes, aun los que reconocen al marido el derecho de promover, lo que es poco consecuente, pues si el marido puede ejercer las acciones inmobiliarias la mujer es parte en el proceso, y debe deducirse que está obligada por la sentencia.

150. Hemos dicho más atrás que el marido posee el derecho de ejercer las acciones inmobiliarias de la mujer en cuanto tiene interés como usufrutuuario. Promueve, en este caso, no como administrador de los bienes de la mujer sino como jefe de la comunidad. De esto se deduce que no representa a su mujer, ésta no es parte en la causa y, por consiguiente, la sentencia no le puede ser opuesta (3).

151. La acción inmobiliar intentada por el marido, ya sea como jefe de la comunidad, ya como administrador legal, ¿interrumpe la prescripción? Volveremos a tratar este punto en el título que es el lugar de la materia.

152. Hay una acción particular relativa a los bienes de la mujer y que exige en el que la ejerce una capacidad particular, es la acción de partición. El artículo 818 sienta el principio; lo hemos explicado en otro

1 La Haya, 22 de Noviembre de 1826 (*Pasicrisia*, 1826, pág. 292).

2 París, 23 de Mayo de 1872 (*Dalloz*, 1872, 2, 169).

3 Lieja, 26 de Enero de 1848 (*Pasicrisia*, 1848, 2, 171).

lugar (t. X, núm. 251); falta aplicarlo a la comunidad legal. El marido puede, sin el concurso de la mujer, promover la partición de los objetos muebles o inmuebles que le vencen y entran en la comunidad. Bajo el régimen de la comunidad legal, las sucesiones muebles solas entran en el activo; el marido tiene, pues, el derecho de promover en calidad de señor de dichas acciones, como decía la costumbre de París. En cuanto a las sucesiones inmobiliarias, siguen siendo propias de la mujer; sólo ella puede ejercer la acción de partición con autorización del marido o de la justicia. El artículo 818 dice que con respecto a los objetos que no entran en la comunidad, el marido no puede provocar su partición sin el concurso de su mujer. Es, en verdad, la mujer la que promueve con autorización de su marido, pues el marido carece de personalidad. Sin embargo, el art. 818 le da derecho para pedir la partición provisional cuando tiene el goce de los bienes. Y bajo el régimen de la comunidad legal, el marido tiene el goce de los propios inmobiliarios; puede, pues, pedir el reparto provisional a título de usufructuario.

La mayor parte de las sucesiones son parte muebles y parte inmuebles; se necesitaría, pues, el concurso de ambos esposos para pedir el reparto: el del marido por razón de los muebles que entran en la comunidad, y el de la mujer por razón de los inmuebles que le quedan como propios. Si el marido promoviera solo podría únicamente pedir el reparto provisional de los inmuebles.

El art. 818 agrega que los coherederos de la mujer no pueden provocar el reparto definitivo, sino poniendo en litigio al marido y a la mujer. Esta disposición se refiere a las sucesiones inmobiliarias de las cuales la ley acaba de hablar. En cuanto a los objetos muebles que el

marido tiene derecho de pedir su reparto sin el concurso de la mujer, puede también defenderlos sin su concurso.

Núm. 6.—Del derecho de disponer.

I.—De los inmuebles.

153. El art. 1,428 dice que el marido no puede enajenar los inmuebles personales de la mujer sin su consentimiento. Esto es la aplicación de un principio elemental. El derecho de enajenar es uno de los atributos de la propiedad; en principio, sólo el propietario puede enajenar. La ley se expresa, pues, inexactamente al decir que el marido sólo puede enajenar con el consentimiento de su mujer; no es él quien enajena, es la mujer con autorización de su marido o de la justicia.

La palabra *enajenar* comprende todos los actos de disposición; la costumbre de París enumeraba los actos que puede ejecutar el marido: decía “que el marido no puede vender, cambiar, hacer partición o licitación, obligar ni hipotecar la propia heredad de su mujer, sin su consentimiento; y ella sin autorización marital.” Esta enumeración era inútil; el principio, tal como lo formula el Código, basta; el marido no puede celebrar ningún acto de disposición.

154. La jurisprudencia aplicó el principio en este sentido. Se ha declarado que el marido no puede, sin el consentimiento de su mujer, consentir la apertura de una cantera o de una mina en un fundo que es personal a la mujer, porque esta apertura constituye una enajenación

de derechos inmobiliarios; esto, es, en efecto, disponer de una parte del suelo (1).

155. ¿Si el marido enajena una propiedad inmobiliar de la mujer pueda ésta reivindicarlo? Esta es una cuestión muy discutida, preciso es que haya serias dudas, puesto que Pothier ha cambiado de opinión. Cuando la mujer renuncia a la comunidad, su derecho es seguro, puede reivindicar porque cualquier propietario tiene este derecho; no se le puede oponer la venta hecha por el marido, pues, es una convención que le es extraña; por el hecho de la renuncia no se le considera como mujer común, por lo mismo, no queda obligada por ningún acto de su marido; se encuentra en la situación de cualquier propietario del cual un tercero sin ningún derecho hubiese enajenado la cosa; conserva su derecho de propiedad y puede ejercerlo por la reivindicación.

No sucede lo mismo cuando la mujer acepta la comunidad. El marido que vende un inmueble perteneciente a su mujer está obligado a dar garantía; la obligación de garantizar al comprador contra la evicción ¿entra en la comunidad? Si entra en ella, la mujer que acepta ¿está obligada por el todo, o sólo por la mitad? Si la mujer debe garantizar al comprador ¿puede batirlo reivindicando el inmueble contra él? Tales son las cuestiones que surgen en esta materia; todas más o menos dudosas.

¿Está la mujer aceptante obligada por la garantía? Pothier enseña la afirmativa en su *Tratado de la Venta*, y la creemos incontestable. El marido es garante, y toda deuda del marido es de la comunidad; esta es una regla sin excepción cuando se trata de las relaciones del ma-

1 Amiéns, 30 de Noviembre de 1837 (Daloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,308).

rído para con los terceros. Si la garantía es una deuda de la comunidad, la mujer está obligada por ella lo mismo que por todas las otras deudas de la comunidad, por mitad. Obligada a garantizar al comprador contra la evicción, no lo puede combatir, a lo menos no lo puede por la mitad por la que debe garantía; (1) abandonemos por un momento este lado de la cuestión. Debemos establecer, ante todo, que la mujer es garante.

Después de haber enseñado en su *Tratado de la Venta* que la mujer que acepta está obligada por la garantía. Pothier ha profesado la opinión contraria en su *Tratado de la Comunidad*. Esta era la opinión general en el derecho antiguo. Para que la mujer no sea garante hay que admitir que la obligación de garantía no cae a cargo de la comunidad; esto es lo que Pothier trata de demostrar. La ley, dice, da al marido el derecho de obligar a la comunidad y, por consiguiente, a la mujer si acepta; pero la ley no permite al marido cargar a la comunidad con la venta que haga de un propio de la mujer; al contrario, le prohíbe enajenar sin el consentimiento de ésta. Luego si vende no obra como jefe de la comunidad, contrata solo, en su nombre personal; por lo tanto, la comunidad no está obligada por la garantía, esta deuda queda como personal del marido. Si el principio es verdadero, la consecuencia es evidente; por no ser la garantía deuda de la comunidad, no se vuelve deuda de la mujer; y si la mujer no es garante, nada le impide combatir al comprador; en consecuencia, puede reivindicar contra él, y naturalmente todo el inmueble,

1 Pothier, *De la venta*, núm. 179. Toullier, t. VI, 2, pág. 216, número 226.

puesto que no está más obligada a la garantía por mitad que por el total (1).

La argumentación de Pothier nos parece de extremada debilidad. Se olvida de los principios que ha sentado acerca de los poderes del marido. Como señor y dueño de los bienes comunes el marido tiene poder absoluto para obligar a la comunidad para con los terceros; no hay que considerar si el marido tiene o no el derecho de ejecutar el acto por el cual la obliga. ¿Acaso tiene el derecho de cometer crímenes? Sin embargo, obliga a la comunidad por sus crímenes, y la mujer queda obligada por este punto si acepta la comunidad. Si el marido obliga a la comunidad por sus crímenes ¿por qué no había de obligarla por sus faltas y por sus cuasidelitos? Pues el hecho de vender un propio de la mujer no es otra cosa. Pothier dice que se necesita del consentimiento de la mujer para que el marido pueda vender una de sus propiedades; y deduce de esto que la obligación de garantía queda como personal al marido. Esto es olvidar cuál es el efecto de la aceptación de la comunidad; al aceptar, la mujer consiente, se apropia el acto del marido, es como si hubiese figurado en el contrato, es parte en él; ¿por qué, pues, no había de estar obligada por consecuencia de este compromiso, como de las de cualquiera otra obligación que el marido contrae sin el consentimiento actual de la mujer, y aun a pesar de su oposición?

La opinión que combatimos estaba generalmente admitida en el derecho antiguo. Pothier, al adherirse a ella, no la aceptó con sus consecuencias; dice que la comunidad se halla obligada sólo a la restitución del precio, mientras que los autores enseñaban todos que la co-

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 253.

munidad debe pagar los daños y perjuicios resultantes de la evicción, por ser ésta una deuda ordinaria que nada tiene de personal al marido. Tal es también la opinión de los autores modernos que siguen la tradición (1). La consecuencia no es de naturaleza tal que nos reconciliemos con el principio. ¿Por qué título debe el vendedor los daños y perjuicios en caso de evicción? Los debe porque está obligado a la garantía; debe garantizar al comprador, es decir, defenderlo contra la evicción: si no puede o no quiere defenderlo, está obligado a reparar el daño que la evicción le ocasiona; los daños y perjuicios son, pues, una consecuencia necesaria de la obligación de garantía. ¿Puede concebirse que la comunidad esté obligada a pagar los daños y perjuicios cuando no está obligada a la garantía? Si la obligación de garantía es personal, las consecuencias que resultan deben también ser personales al marido; y si las consecuencias no son personales, es porque la garantía tampoco lo es (2).

Los autores modernos que sigue la segunda opinión de Pothier nada han dicho para darle mayor autoridad. Se pretende que el *error* de la doctrina que sostenemos viene de que confundimos la obligación de la mujer común que acepta, con la obligación del heredero. Esto, se dice, sucede a todas las obligaciones del difunto; no pasa lo mismo con la mujer: simple socio está sólo obligada con este título a la mitad de las deudas que caen a cargo de la comunidad (3). Si hay *error* tiene al mismo Pothier por autor, pues él dice que la mujer aceptante está como si hubiese contraído con el marido todas

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 349, nota 26, pfo. 510 (4ª edición).
2 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 171, núm. 71 bis XVII.
3 Aubry y Rau, t. V, pág. 348, nota 24, pfo. 510 (4ª edición).

las deudas de las cuales debe pagar la mitad. Ella es, pues, parte en el contrato de venta, vende como su marido; por consiguiente, está obligada a la garantía por su propio hecho, la aceptación, que equivale a un consentimiento dado cuando el contrato. Si la mujer no está como si hubiese concurrido a la venta, si ésta venta es personal del marido como si le fuera prohibida ¿con qué derecho se ponen a cargo de la mujer los daños y perjuicios que resultan de la garantía? Se procura en vano escapar al reproche de inconsecuencia, esta es palpable: garantizar quiere decir defender o pagar, es una sola y misma obligación; el que no está obligado a la una no lo puede estar a la otra. De hecho garantizar quiere decir pagar los daños y perjuicios resultantes de la evicción, porque el vendedor, las más veces, ni siquiera trata de defender al comprador. ¿Cómo había el marido de defender al comprador a quien vendió un propio de su mujer? Luego para él la obligación de garantía consiste en pagar daños y perjuicios; decir que debe pagar los daños y perjuicios y que no está obligado a la garantía, es decir una cosa que, en nuestro concepto, no tiene sentido.

156. La mujer aceptante está, pues, obligada a la garantía. ¿Se debe por todo o sólo por la mitad? Ahí está la verdadera dificultad, que es bien grande. Pothier, en su *Tratado de la venta*, dice que la mujer, por no estar obligada a la garantía, sino como mujer común, sólo la debe por mitad, como solo por la mitad queda obligada en todas las deudas de la comunidad que no contrajo personalmente. Esta es nuestra opinión (1). Se objeta que la garantía es indivisible; que si la mujer es-

1 Amiéus, 18 de Junio de 1814 (Dalloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 2,493).

tá obligada a garantizar, esto es necesariamente por el todo; y se deduce que nada puede reivindicar, pues el que debe garantizar no puede combatir. La cuestión de saber si la obligación de garantía es indivisible es discutida; diremos en el título de la *Venta* que, en nuestro concepto, la garantía es indivisible. ¿Cómo conciliar esta indivisibilidad con la opinión de Pothier que adoptamos? ¿No es absurdo decir que la mujer sólo está obligada a la garantía por la mitad cuando se trata de una obligación que no sufre división? Contestaremos que la obligación de garantía es indivisible en el sentido de que el vendedor debe garantizar todo lo que vende. Pero supongamos que haya dos vendedores: cada uno sólo será vendedor por mitad, cada uno deberá, pues, garantizar sólo la mitad que vende; esto no es dividir una obligación indivisible, es limitar la obligación de garantía a lo que es objeto de la venta. Y tal es la situación de la mujer que acepta la comunidad. Se apropia la venta. ¿Qué quiere decir esto? ¿Significa que la mujer se halla como si hubiese vendido todo el inmueble? No, pues esto sería borrar el contrato de venta hecho por el marido y substituirle otro hecho por la mujer. Y esto es imposible. El marido vendió; este es un hecho consumado que ningún poder humano puede borrar. Si la mujer acepta queda como si hubiera concurrido a la venta; luego hay dos vendedores, cada uno por mitad. La mujer vendedora por mitad debe, por lo mismo, garantizar la mitad vendida por el marido, puesto que no la vendió ella (1).

157. Hemos supuesto que el marido está obligado a la garantía como vendedor y que la mujer hace suya esta obligación aceptando. Puede suceder que el marido no deba garantía; en este caso nada impedirá que la mujer

1 Mareadé, t. V, pág. 538, núm. III del art. 1,428.

reivindique, puesto que no se puede rechazar su acción con la excepción de garantía. Y el marido no debe garantía cuando vende un propio de la mujer, no como propietario sino como administrador de los bienes de ella. El marido no se obliga, en este caso, a transferir la propiedad de la cosa, puesto que la misma calidad con que obra excluye toda idea de translación de dominio; al administrador no le es posible disponer. Por consiguiente, no puede tratarse de garantía; el comprador compra en el supuesto de que la mujer aceptará la comunidad, que es lo que hace ordinariamente (1). Por esto es que la jurisprudencia no ha tenido que ocuparse en estas cuestiones, que han sido tan ardientemente debatidas en el terreno de la doctrina. No insistiremos en este punto, porque hemos de tratar la cuestión de principio en el título de la *Venta*.

158. Al suponer que la mujer puede reivindicar, nace la cuestión de saber si puede promover durante la comunidad. La cuestión es discutida. Nos parece que se ha confundido, en este debate, el principio y la aplicación que debe hacerse de él en el caso. En teoría debe decirse, con la Corte de Gante, que todo derecho autoriza para una acción que puede ejercerse inmediatamente, a no ser que la ley haga excepción a la regla. ¿Existe una excepción para la mujer casada? Es propietaria, tiene el derecho de reivindicar: ¿hay una ley o un principio que le impida promover en reivindicación durante el matrimonio? Se pretende que la excepción resulta del art. 2,266 que suspende la prescripción de los derechos de la mujer durante el matrimonio, en el caso en que la acción de la mujer se refleje contra el marido, y la ley cita precisamente el caso en que el marido, por haber vendido el bien propio de la mujer sin su consentimiento, es garante de la venta. La

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 167, núm. 71 bis XI.

Corte de Gante contesta que la suspensión de la prescripción ni impide que la mujer promueva, ni implica ninguna incapacidad para promover; lo cual es evidente. La prescripción no corre nunca contra los menores; ¿quiere esto decir que el tutor no pueda ni deba promover para demandar los derechos de los menores? En cuanto a la mujer el legislador temió que tuviese repugnancia en promover cuando sabe que la acción se reflejará en su marido; para no obligarla a promover es por lo que suspende la prescripción, pero no le quita el derecho de promover (1).

Así se decide la cuestión en teoría. Se nos opone la tradición. Troplong acumuló cuanto han dicho los autores antiguos; es preciso oírlo para formarse un concepto de la confusión de cosas que reina en este autor y, hay que confesarlo, en la doctrina, en lo que se refiere a nuestro debate. Ante todo conste que los autores antiguos están divididos; lo que les quita toda autoridad, puesto que no se sabe cual es la opinión que el Código pretendió consagrar no estando prevista la dificultad por nuestros textos. La mujer, dice Troplong, se halla sin interés, puesto que los frutos no le pertenecen a ella sino a la comunidad. Esto equivale a decir que el nudo propietario no puede reivindicar, lo que es una verdadera herejía. ¡Un usurpador retiene mi fundo, lo cuida mal, y porque el usufructuario no promueve tendré que dejarlo obrar! El propietario siempre tiene interés en ejercer su derecho. La mujer, se dice, no puede criticar la enajenación hecha por el marido, porque éste está como si hubiese vendido el derecho que tiene sobre los frutos. Así, la mujer no tendría el derecho de reivindicar; si es así, ¿para qué discutir si puede reivin-

1 Gante, 8 de Junio de 1838 (*Pasicrisia*, 1838, 2, 144).

dicar durante la comunidad? Después de esto se dice que no conviene que la mujer intente acciones que recaen en el marido. El legislador ha tenido en cuenta este sentimiento de conveniencia; pero todo cuanto deduce de ello es que la mujer no está obligada a promover, suspendiéndose la prescripción en su favor. Pero de que la mujer puede no promover ¿debe deducirse que no tiene derecho de hacerlo? Que las leyes romanas censuran a la mujer que prefiere su interés a la amistad de su marido ¿qué nos importa? La mujer contestará que esto es negocio suyo. ¿Tengo o no tengo derecho para promover? dirá ella. Si tengo este derecho lo demás sólo a mí me importa. Troplong infiere que la opinión que acaba de fundar tan singularmente es la única jurídica (1). Es la de todos los autores modernos, dice Troplong.

Esto no es exacto. Los autores distinguen; permiten a la mujer promover con autorización del marido y no admiten que pueda hacerlo con autorización de la justicia (2). Esta distinción es arbitraria. Lo que puede hacer la mujer con autorización marital lo puede también hacer con autorización del juez. Ahí no está la verdadera dificultad. La solución de la cuestión depende del derecho que la mujer tiene que reivindicar. Si se cree, con la tradición, que la mujer no está obligada por la garantía, que puede reinvidicar, ya sea que acepte o que renuncie, nada se opone a que promueva inmediatamente; está en la situación de cualquier propietario del cual se ha vendido la cosa y que la puede reivindicar cuando le place. Pero no sucede así cuan-

1 Troplong, t. I, pág. 302, núm. 988. Consúltase Bastia, 6 de Mayo de 1856 (Dalloz, 1856, 2, 303).

2 Aubry y Rau, t. V, pág. 348, notas 25 y 26. Rodière y Pont, t. II, pág. 206, núm. 913.

do se admite que la mujer aceptante debe garantía. Su derecho de promoción está, en este caso, subordinado a la resolución que tomará cuando la disolución de la comunidad: si la renuncia, podrá reivindicar; si la acepta, sólo lo podrá por la mitad; en nuestra opinión ni siquiera podrá hacerlo por parte si se cree deber aplicar el principio de la indivisibilidad. ¿Cómo pudiera la mujer reivindicar cuando no se sabe si tendrá alguna vez el derecho de promover?

159. La mujer, en nuestra opinión, sólo puede promover a la disolución de la comunidad. Puede reivindicar por todo si renuncia, y sólo por la mitad si acepta. La mujer tiene también otra acción contra su marido, acción por daños y perjuicios fundada en que ha faltado a sus deberes como administrador: en lugar de conservar los bienes de la mujer como lo debía, ha dispuesto de ellos, violando así el art. 1,428. El marido es responsable, por tanto, está obligado a los daños y perjuicios. A la mujer toca ver cual de ambas acciones le conviene ejercer; si el inmueble ha desmejorado tiene interés en promover contra su marido, suponiendo que éste esté solvente. No puede rechazar la acción de la mujer para promover contra el tercero detentador; él está personalmente obligado a cumplir con su compromiso. No es posible que haya duda acerca de este punto (1).

160. La mujer puede renunciar al derecho que tiene de promover, ya sea contra su marido, ya sea contra el tercer detentador. Esta es una confirmación; se deben, pues, aplicar los principios que rigen a la confir-

1 Troplong, t. I, pág. 302, núm. 986. Aubry y Rau, t. V, pág. 349, nota 27, pfo. 510.

mación (2). Se ha resuelto que la mujer separada de bienes que ejerce sus devoluciones contra el marido, no confirma por esto la venta que éste habría hecho de uno de sus propios. El que tiene dos derechos no renuncia uno de ellos al ejercer el otro. Las renunciaciones son de estricto derecho; la mujer separada de bienes está obligada a promover contra su marido, porque tiene que ejecutar la sentencia en el plazo fijado por la ley. Esta es una razón decisiva que impide servirse contra ella de las promociones que dirige contra su marido para inducir una renuncia al derecho que tiene de reivindicar su inmueble. Así sucedería aunque la comunidad estuviese disuelta por el divorcio o por la muerte del marido. La mujer tiene dos derechos esencialmente diferentes: una acción personal por daños y perjuicios, y una acción real en reivindicación. Puede preferir promover contra su marido o sus herederos por vía de compensación; pero si esta acción no conduce a nada porque la comunidad es mala y el marido es insolvente, sigue siendo propietaria y, como tal, puede reivindicar. Esta es la aplicación de los principios generales que hemos expuesto en el título de las *Obligaciones* (2).

II.—De los muebles.

161. ¿Puede el marido enajenar los muebles corporales y los créditos que son propiedad de la mujer? Antes de examinar la cuestión, que es muy discutida, debe verse cual es el interés que tiene la mujer en la solución. Se pudiera creer que no hay ninguno, por razón

1 Colmar, 14 de Mayo de 1813 (Daloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,318).

2 Bourges, 30 de Noviembre de 1814 (Daloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,318).

del principio consagrado por el art. 2,279. En efecto, si se trata de muebles corporales, la mujer no los puede reivindicar contra el tercer poseedor de buena fe, aunque el marido no tenga el poder de enajenarlos. Sin embargo, aun en este caso, la cuestión no carece de interés; puede suceder que el comprador no esté en posesión cuando a la mujer le es posible prevalerse de la nulidad de la venta, si el marido no tuvo derecho para vender. La mujer podrá hasta reivindicar la cosa vendida si el poseedor es de mala fe. Por último, la cuestión tiene una alta importancia para los créditos, obligaciones, acciones, tan numerosos en nuestra moderna sociedad. Diremos en el título de la *Prescripción* que el poseedor no puede invocar la máxima que en *cuanto a muebles la posesión vale título*, cuando se trata de muebles corporales.

162. En nuestro concepto el marido administrador no puede enajenar. El principio que hemos invocado para los inmuebles se aplica también a los objetos muebles. Según el art. 544, la propiedad es el derecho de disponer de las cosas de la manera más absoluta; en consecuencia, el derecho de disposición es una de las facultades, y la más importante, que se derivan del derecho de propiedad. ¿Qué importa la naturaleza de la cosa que se enajena? El derecho de disponer no depende de la naturaleza mobiliar o inmobiliar de la cosa de que es objeto la venta, depende de la calidad de aquel que vende. Si el administrador no tiene el derecho de enajenar los inmuebles, por lo mismo no tiene el de enajenar los muebles. Es verdad que la doctrina tradicional ha derogado el rigor de los principios en lo que se refiere a las acciones; concede al administrador las acciones muebles, mientras le prohíbe las acciones inmobiliarias. Esto es porque el derecho antiguo daba menos im-

portancia a los muebles que a los inmuebles; se concibe que en este orden de ideas se permita al administrador enajenar los objetos muebles, aunque no tenga el derecho de hacerlo con los inmuebles (1). Hay más: de que el marido administrador tenga las acciones mobiliarias, se podrá deducir que posee el derecho de disponer de los efectos muebles, puesto que siempre ha sido de principio que es necesario tener el poder de disponer de una cosa para tener el derecho de promoverla ante la justicia. Pero la proposición inversa no es exacta. Desde luego sería poco jurídico inducir el derecho de enajenar del de promover en lo que se refiere a los objetos muebles; esto sería extender una excepción que es contraria a los principios, una excepción que viola el derecho de propiedad. Debemos, sin duda, respetar el derecho tradicional en cuanto lo ha mantenido el Código, pero es menester limitarlo a los precisos términos de la ley; se puede, pues, y se debe reconocer a cualquier administrador el derecho de ejercer las acciones mobiliarias, pero para concederle el derecho de enajenar los objetos muebles, sería preciso un texto. La cuestión se reduce, pues, a saber si existe el texto que concede al marido el derecho para enajenar los objetos muebles propios de la mujer.

163. Se invoca en primer lugar el art. 1,428. La ley dice que el marido no puede enajenar los *inmuebles* personales de la mujer sin su autorizacin. Si el legislador hubiera querido aplicar a los muebles lo que dice de los inmuebles, habría dicho que el marido no puede enajenar los *bienes* personales de la mujer. Limitando la prohibición de enajenar a los *inmuebles*, la ley reconoce

1 Esta es la opinión de los autores antiguos en lo que se refiere al marido administrador. Véanse los testimonios en Aubry y Rau, t. V, página 459, nota 33.

DE LA COMUNIDAD LEGAL

207

implícitamente al marido el derecho de enajenar los objetos muebles. Lo que confirma esta inducción sacada del silencio de la ley, es que ésta concede al marido las acciones mobiliarias (1).

Contestaremos que un argumento obtenido del silencio de la ley no basta para dar al marido administrador un derecho que está en oposición con los principios. De seguro que la ley podía estar mejor redactada, pero la mala redacción se explica. Bajo el régimen de la comunidad hay pocos muebles propios de la mujer, puesto que el mobiliario presente y futuro de los esposos entra en la comunidad. Se concibe, pues, que el legislador no haya pensado en los muebles que en casos muy raros quedan como propios de la mujer. A esto se objeta que los autores del Código, por haber previsto el caso en el que la mujer tiene acciones mobiliarias propias, también debieron haberlo hecho con el caso en que tenga objetos muebles que le sean propios. La costumbre de París contesta la objeción; al decir que el marido es señor de todas las acciones de la mujer, entendía las acciones relativas a los muebles que entraban en la comunidad, tanto como las acciones muebles excluidas de esta sociedad. Además, para todas las acciones hay un derecho común; se dan a cualquier administrador; había, pues, que darlas al marido. ¿Quiere esto decir que al concederle las acciones mobiliarias había también que darle el derecho de enajenar los objetos muebles? Hemos dicho ya que de

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 458, nota 33, pfo. 510 (4ª edición). Hay en este sentido algunas sentencias bastante mal redactadas: Bourges, 22 de Mayo de 1812; Angers, 26 de Enero de 1842 (Dalloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 2,705, 2ª y 3ª). La Corte de Bourges llega hasta decir que el marido tiene derecho de usar y abusar; esto es confundir el poder del marido administrador legal con el poder del marido como jefe de la comunidad.

uno de estos derechos no se puede inducir el otro; el mismo texto del Código lo prueba. El tutor puede intentar las acciones inmobiliarias con la autorización del consejo de familia, mientras que no puede enajenar los inmuebles sino con la homologación del Tribunal. El artículo 1,428 debe descartarse; la redacción es incompleta, hasta en lo que se refiere a las acciones, y está incompleta en lo que se refiere al derecho de enajenar. Hay que abandonar el texto y acudir a los principios (1).

164. Se pretende que el Código ha mantenido la doctrina tradicional en cuanto al derecho de enajenar los muebles, como la ha mantenido para el derecho de intentar las acciones mobiliarias. Aquí la cuestión se vuelve exclusivamente de textos. Vamos a recorrerlos.

Los enviados en posesión provisional tienen la administración de los bienes del ausente. Son todavía más que administradores. Herederos presuntos administran bienes que, según probabilidades, les pertenecen ya. ¿Les da la ley el derecho de enajenar los objetos muebles? El art. 126 dice que “el tribunal ordenará, si ha lugar, vender todo o parte de los muebles.” Los enviados no tienen, pues, el derecho de disponer: el tribunal es quien ordena la venta si ha lugar. Si el tribunal no lo ordena los enviados no pueden vender.

El tutor es también administrador (art. 450). ¿Tiene con este carácter el derecho de enajenar los muebles del menor? El art. 452 dice que el tutor *hará* vender todos los muebles distintos de los que el consejo de familia le hubiese autorizado a conservar en naturaleza. Esta es una obligación legal, no es un derecho.

El menor emancipado no tiene, en principio, sino el derecho de ejecutar actos de pura administración. Se-

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 165, núm. 71 bis IX.

gún el art. 484, no puede vender sus inmuebles. ¿Puede vender sus muebles? Se ha inducido que sí, por argumento *a contrario* del art. 484; poco nos importa, buscamos textos que den a un administrador el derecho de enajenar. Aunque el menor emancipado tuviese este derecho, no se podría deducir nada de esto, pues no es administrador del patrimonio ajeno, es propietario, y no se concibe que la ley diese al propietario un derecho que niega al administrador. Pero la ley ni siquiera reconoce el derecho de enajenar al menor emancipado; si se lo concede, es arguyendo el silencio de la ley, y el argumento *a contrario* no es seguranmente un texto.

La mujer separada de bienes vuelve a tener la libre administración de sus bienes, dice el art. 1,449, y después agrega que puede disponer de sus muebles y enajenarlos. He aquí la única disposición que reconoce el derecho de enajenar los muebles a una persona incapaz que no tiene derecho de enajenar inmuebles y que sólo posee un poder de administración. Pero hay que notar que la mujer separada de bienes es propietaria, que tiene el libre goce de sus bienes; es únicamente por su calidad de mujer casada por lo que necesita la autorización marital, y por esta razón enteramente especial es por lo que la ley deroga, en este caso, el poder marital. Esto no tiene nada de común con la cuestión que examinamos, la de saber si existe un texto que dé al administrador de bienes ajenos el derecho de enajenar.

Hay todavía una disposición que trata del derecho de enajenar las cosas muebles a propósito de un administrador, es el art. 1,860, según el cual el socio que no es administrador no puede enajenar ni comprometer las cosas, aun muebles, que dependen de la sociedad. Demostraremos, en el título que es el lugar de la materia,

que esta disposición confirma el principio que hemos establecido, a saber, que la enajenación de los objetos muebles no pertenece a los que sólo tienen un poder de administración (1).

165. La cuestión que discutimos tiene poca importancia para la comunidad legal. Sólo se presenta en la práctica cuando los esposos han excluido de la comunidad todo o parte de sus muebles. Volveremos a ocuparnos de ella al tratar de las cláusulas de realización.

§ III.—DE LA RESPONSABILIDAD DEL MARIDO.

166. El art. 1,428 establece el principio de la responsabilidad del marido (núm. 126). No dice cual es el grado de la culpa por la que responde. Los autores antiguos que daban una gran importancia a la teoría de las culpas, son más precisos. D'Argentré dice que el marido responde por las faltas graves y por la falta leve; (2) lo que en el lenguaje del Código quiere decir que el marido es responsable cuando no administra los bienes de la mujer con el cuidado de un buen padre de familia (art. 1,137). A primera vista, este principio parece contrario al art. 1,992. El marido, como administrador, es un mandatario legal. ¿Y qué dice el art. 1,992 de la responsabilidad del mandatario? Regla general, responde por la falta leve, pero la ley agrega que la responsabilidad se aplica menos rigurosamente a aquel cu-

1 Esta es la opinión de la mayor parte de los autores modernos. Véanse las citaciones en Aubry y Rau, t. V, pág. 459, nota 33. Debe agregarse Moulón, t. III, pág. 58, núm. 144, y Colmet de Santerre, t. VI, pág. 165, núm. 71 bis IX. Consúltese Casación, 17 de Diciembre de 1872 (Dalloz, 1873, 1, 154). La Corte no decide la cuestión terminantemente.

2 D'Argentré, *Costumbre de Bretaña*, art. 34, núm. 29, pág. 118 (edición de 1661).

yo mandato es gratuito que al que recibe un salario. Y el marido administra gratuitamente; si percibe los frutos no es como administrador, es como jefe de la comunidad, y los recibe para ayudarle a soportar los cargos del matrimonio. En calidad de mandatario gratuito sólo debiera responder de la falta menor que la leve, en virtud del art. 1,992. Sin embargo, creemos que debe sostenerse la fórmula D'Argentré. El Código es más severo para los administradores legales que para los mandatarios. Así si el tutor responde por la falta leve (artículos 450 y 1,137); lo mismo debe suceder con el marido. Esta severidad se explica: la ley es quien encarga al tutor el mandato de administrar, no es el mandante quien lo escoge; la ley debió, pues, imponerle una responsabilidad más rigurosa. No insistiremos; la cuestión de las culpas tiene de hecho poca importancia, porque los jueces deciden, no por la teoría sino por las circunstancias de la causa.

167. El marido es también usufructuario. ¿Debe con este título dar caución para gozar y administrar como buen padre de familia? No, es como jefe de la comunidad como goza de las rentas de la mujer, y con este título no es responsable; si lo es como administrador sólo resulta una consecuencia, que debe los daños y perjuicios; pero no se le puede sujetar a caucionamiento, puesto que la ley no le impone esta obligación. El Código no tiene regla fija en esta materia: obliga a los enviados en posesión provisional a dar caución (art. 120), mientras que los tutores y el marido no están obligados a darla (1).

168. Se ha sentenciado que el marido es responsa-

1 Nimes, 2 de Mayo de 1807 (Daloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, 1,384).

ble cuando no hace, en el plazo prescripto por la ley, la declaración de las sucesiones vencidas a la mujer, y que responde por la insuficiencia de su declaración. En consecuencia, la Corte ha quitado de su cuenta los derechos dobles y además el derecho por razón de estas contravenciones (1).

169. El art. 1,428 declara al marido responsable por todo desmejoramiento de los bienes personales de su mujer causados por falta de actos conservatorios. Interrumpir la prescripción es un acto conservatorio que el marido está obligado a hacer en interés de su mujer. El art. 2,254 lo dice, y decide que si la prescripción se adquiere contra la mujer por no haber sido interrumpida, la mujer tiene recurso contra su marido. Sin embargo, los autores agregan una reserva que resulta del mismo principio de la responsabilidad del marido. Para que sea responsable es necesario que tenga culpa, es decir, que no haya obrado como buen padre de familia. Y puede suceder que la prescripción se haya cumplido poco tiempo después de la celebración del matrimonio, antes que el marido haya podido tener conocimiento de los negocios de su mujer. No tiene culpa, en este caso, por haber faltado a sus deberes como buen padre de familia, y, por lo tanto, no es responsable (2).

170. Es igualmente responsable el marido si los deudores se vuelven insolventes y si descuidó cobrarles mientras eran solventes. Aquí también debe hacerse una restricción: la responsabilidad es una cuestión de hecho. Después de la apertura de una sucesión a la que la mu-

1 Burdeos, 8 de Febrero de 1843 (Dalloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 1,385).

2 Véanse los testimonios en el **Repertorio** de Dalloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núms. 1,386 y 1,387.

jer está llamada, a uno de los herederos se encarga que cobre los créditos, descuida este deber, los deudores se hacen insolventes. Se sentenció que el marido no respondía por esta insolvencia, porque, en el caso, no es él quien estaba obligado a promover contra el deudor (1).

171. La mujer enajena un propio con autorización marital; el marido debe cuidar que el dinero procedente de la venta se coloque. En lugar de hacer por sí el empleo del precio da mandato a su mujer para hacerlo según le convenga. Hemos dicho más atrás cual es el efecto de este mandato (núm. 104). La Corte de Casación resolvió que el marido, por ser responsable de la administración de los bienes, no podía substraerse a esta responsabilidad descargando de su gestión sobre su mujer; responde por la falta de empleo, a reserva de ver si tiene acción contra el mandatario (2).

§ IV.—DERECHOS DE LA MUJER.

172. La mujer no tiene ningún derecho sobre los bienes comunes durante la comunidad. No sucede lo mismo con sus bienes propios; conserva su propiedad, por tanto, puede disponer de ellos a título oneroso o a título gratuito, sólo que, como es incapaz, debe estar autorizada. La autorización de justicia tiene un efecto menos extenso que la del marido. La justicia sólo puede autorizar a la mujer para enajenar la nuda propiedad de sus bienes, el goce perteneciente a la comunidad; mientras que el marido puede renunciar a este goce y autorizar a la mujer para enajenar toda la propiedad de sus bienes. El marido puede tener interés en ello, la nuda

1 Denegada, 31 de Marzo de 1824 (Dalloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 1,391).

2 Denegada, 8 de Febrero de 1853 (Dalloz, 1853, 1, 33).

propiedad se vende mal, y ordinariamente es por interés del marido por lo que la mujer enajena sus propiedades; el marido está, pues, interesado en que la venta se haga en las condiciones más favorables; encontrará en el precio del que tiene el goce y la disposición una compensación de la pérdida que hace renunciando al goce del inmueble.

Hay que aplicar a la hipoteca lo que decimos de la venta, por ser la hipoteca una enajenación parcial. La mujer obliga también sus bienes cuando se obliga con autorización del marido o de justicia, y hasta sin autorización cuando está obligada por un delito o por un cuasicontrato. Pero sin autorización marital sólo obliga a la nuda propiedad de sus bienes cuando obra con autorización del marido, la deuda entra en el pasivo de la comunidad, y, por consiguiente, el acreedor tiene acción sobre el goce de los propios de la mujer.

Hay una acta para la que la mujer no necesita de ninguna autorización, aunque por esta acta disponga de toda la propiedad de sus bienes, ésta es el testamento; hemos dicho en otro lugar por qué la ley permite a la mujer testar sin estar autorizada.

173. Del principio que dice que la mujer conserva la propiedad de sus bienes personales resulta que los acreedores del marido o de la comunidad no pueden embargarlos, ni los muebles ni los inmuebles. Como los bienes de la mujer se hallan confundidos con los de la comunidad puede suceder que los acreedores embarguen unos y otros. La mujer podrá, en este caso, pedir la distracción de sus bienes personales conforme a las reglas del Código de Procedimientos (art. 727) (1).

1° Colmar, 24 de Enero de 1832 (Dalloz, en la palabra **Sucesiones**, número 1,622). La sentencia no está relatada por entero.

174. La mujer no tiene la administración de sus bienes personales. ¿Quiere decir esto que esta administración le sea extraña tanto como la de la comunidad? No, seguramente, el texto mismo del Código señala la diferencia; el art. 1,421 dice que el marido administra *solo* los bienes de la comunidad, mientras que el art. 1,428 sólo dice que el marido tiene la administración de los bienes personales de la mujer. En nuestra opinión, la mujer ni siquiera puede intervenir en la administración de la comunidad; por ejemplo, en una donación que el marido quisiera hacer de su ganancial (núm. 21); mientras que la ley no impide que la mujer intervenga en la gestión de su propio patrimonio; el art. 1,429 implica, al contrario, que lo puede hacer; al marido *solo* no le es dable hacer más que un arrendamiento de administración; con el concurso de la mujer puede hacer un contrato de disposición.

175. ¿La mujer, con autorización del marido, podría ejecutar un acto de administración que el marido hubiese descuidado hacer? No hay ninguna duda en cuanto a los actos conservatorios. Los incapaces pueden ejecutar estos actos, por consiguiente, también la mujer casada, puesto que a consecuencia del poder marital pierde la administración de sus bienes. Se ha resuelto que la mujer puede, como todos los acreedores de su marido, oponerse a que una partición se haga fuera de su presencia (1).

Se admite también que la mujer puede intervenir en las instancias judiciales emprendidas por su marido. Es-

1 Turín, 9 de Enero de 1811 (Dalloz, en la palabra **Sucesión**, número 1,597). La sentencia no fué relatada entera.

to es de tradición. Dumoulín decía que la mujer autorizada por la justicia puede intervenir, a pesar de su marido, para evitar la colusión entre su marido y el demandado, en consecuencia, para la conservación de sus derechos. La autoridad del gran jurisconsulto había hecho adoptar esta opinión como una regla (1).

¿No deberá irse más allá y permitir a la mujer promover cuando el marido descuida hacerlo? Aquí también podemos invocar el texto. El art. 1,428 dice que el marido puede ejercer *solo* las acciones mobiliarias y posesorias de la mujer. Esto significa que el marido tiene facultad para promover sin el concurso de su mujer. Cuando la ley quiere excluir a la mujer se expresa de otro modo: el art. 1,421 dice que el marido *solo* tiene la administración de los bienes de la comunidad. El artículo 1,549 afirma que el marido administra *solo* los bienes dotales bajo el régimen dotal, que *solo* tiene el derecho de demandar a los deudores y detentadores. Todo cuanto resulta del art. 1,428 es que el concurso de la mujer no es necesario para que el marido pueda promover. Pero si el marido no promueve ¿por qué no había de hacerlo la mujer? La administración es una obligación impuesta al marido en interés de la mujer, no es un derecho que establece la ley en favor del marido. Si éste descuida promover, la mujer debe tener derecho de cuidar por sí misma de sus intereses. Esta es la opinión general (2). Y lo que es verdad para las acciones lo es para cualquier acto de administración.

1 Ferrière, **Comentario acerca de la costumbre de París**, art. 223, glosa única, núm. 6.

2 Durantón, t. XIV, pág. 433, núm. 317. Rodière y Pont, t. II, página 197, núm. 906.

SECCION V.—De la disolución de la comunidad.

Artículo 1.—De las causas de la disolución.

§ I.—LA MUERTE.

176. El art. 1,441 dice: “La comunidad se disuelve: 1° por la muerte natural.” La muerte disuelve el matrimonio, por lo mismo, debe disolverse la comunidad que es una consecuencia del matrimonio. Es verdad que las convenciones persisten en general después de la muerte de los contratantes; pero este principio tiene excepción para los contratos que sólo se celebran por consideraciones personales. Tal es la sociedad (artículo 1,865, 3°). Tal debe también ser la comunidad, la sociedad de bienes que se confunden con la sociedad de personas.

Según el art. 1,441, la comunidad se disuelve también por la muerte civil. Se sabe que la muerte civil está abolida en Bélgica por nuestra constitución, y en Francia por la ley de 31 de Mayo de 1854.

Hay un hecho que se asimila algunas veces a la muerte, y que es la ausencia. Esta ausencia no disuelve la comunidad, puesto que no disuelve el matrimonio; sin embargo, las medidas que la ley prescribe en interés de los herederos presuntos del ausente, implican un grave ataque a las convenciones matrimoniales. Después de la declaración de ausencia, el esposo está llamado a pronunciarse, ya sea para la constitución provisional de la comunidad, ya para la disolución provisional. La comunidad se halla mantenida provisionalmente si el esposo presente opta por la continuación, pero este estado de cosas cesa cuando los herederos piden el envío de-

finitivo. En este caso se reparten los bienes del ausente como si hubiese muerto. La comunidad se liquida y divide. Sin embargo, cesa de hecho más bien que de derecho: si el ausente volviera la comunidad continuaría como si nunca se hubiese repartido. Transladamos para estos asuntos al título de la *Ausencia*.

Núm. 1.—De la obligación impuesta al esposo supérstite de hacer inventario.

177. El art. 1,442 dice que la falta de inventario después de la muerte de uno de los esposos no da lugar a la continuación de la comunidad. Esta disposición se relaciona con el derecho antiguo que tiene por objeto abrogar. Según la mayor parte de las costumbre, la comunidad continuaba entre el esposo supérstite y los hijos menores del esposo difunto cuando el supérstite no había hecho inventario. No porque esta continuación fuese de derecho pleno, era una facultad para los hijos; la comunidad, en realidad, estaba disuelta por la muerte del padre o de la madre, pero los hijos, a falta de inventario, tenían el derecho de mantenerla contra el esposo supérstite (1). Decimos contra él, pues era a título de pena como continuaba la comunidad, y por una singular excepción. ¿Puede concebirse que haya comunidad, es decir, sociedad entre esposos a consecuencia del matrimonio cuando no hay ya matrimonio y ha muerto uno de los socios? ¿Por qué permitían las costumbres que los hijos continuaran la comunidad? Esto era a título de pena, se decía; una pena en el sentido del derecho civil; es decir, unos daños y perjuicios resultantes de la

1 Tal era también el derecho antiguo en Bélgica. Gante, 11 de Agosto de 1851 (*Pasicrisia*, 1851, 2, 341).

falta del esposo supérstite; no habiendo éste hecho inventario era muy difícil que los hijos menores estableciesen la consistencia de la comunidad, y, por consiguiente, sus derechos en ella quedaban comprometidos y podían ser lesionados (1). De ahí una acción por daños y perjuicios.

Los autores del Código Civil que siguen generalmente la tradición en materia de comunidad, se apartaron de ella en este punto. ¿Por qué razón? La continuación de la comunidad daba lugar a dificultades y a discusiones entre los hijos y el supérstite de los padres, en el frecuente caso en que éste contraía segundas nupcias, se formaba entonces una nueva comunidad a consecuencia del segundo matrimonio y, sin embargo, la comunidad con los hijos del primero seguía aún. Ambas comunidades se confundían en una sola que se llamaba *tripartita*, porque se dividía en tres personas: el esposo supérstite, los hijos del primer matrimonio y el segundo cónyuge. Este enlazamiento de ambas comunidades, por tener cada una su pasivo y su activo, sus compensaciones, sus reportes y sus devoluciones, era un semillero de pleitos. Esto era resguardar bastante mal los intereses de los hijos, el tenerlos en una sociedad tan complicada y en procesos casi inevitables con su padre o madre (2). Además, y esto es un punto decisivo, la continuación de la comunidad chocaba con todos los principios de derecho y de justicia; lo cual, el orador del Gobierno expuso muy bien. Se quería castigar al esposo supérstite por no haber cuidado de hacer inventario. Toda pena supone una falta. ¿Había necesariamente falta por el solo hecho de no formar inventario? Sí el supérstite no lo hacía, era muy frecuentemente por ignorancia o para evitar gastos cuando

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 771.

2 Rodière y Pont, t. II, pág. 273, núm. 992.

el activo de la comunidad era módico; y como las pequeñas sucesiones forman la mayor parte de éstas, la pena caía ordinariamente sobre padres que no eran culpables. La continuación de la comunidad hería los principios de derecho tanto como la equidad; era una injustificable anomalía: una sociedad que se disuelve y que continúa, una sociedad que el supérstite contraía sin querer y muchas veces sin saberlo (1).

178. Había un medio más sencillo de garantizar los intereses de los hijos y de todos los que están interesados en que la consistencia de la comunidad fuese exactamente comprobada: era permitirles establecer la consistencia del mobiliar no inventariado por todas las vías de derecho, aun la fama pública. Tal es el sistema del Código: agrega a esto una doble pena cuando hay hijos menores. Primero, el supérstite está decaído del usufructo legal; lo cual es al mismo tiempo una ventaja pecuniaria para los hijos. Después, si éstos sufren un perjuicio por falta de inventario, pueden reclamar daños y perjuicios, no sólo contra su padre o su madre sino también contra el subrogado tutor.

179. ¿En qué plazo debe hacer el inventario el esposo supérstite para no incurrir en las penas que la ley señala a la falta de inventario? El art. 1,442 no prescribe plazo. De ahí una grave dificultad. De que la ley no diga que el inventario debe hacerse desde luego ¿debe deducirse que siempre se podrá hacer? Esto es absurdo, se dice, y en oposición con el espíritu de la ley. ¿Por qué quiere la ley que haya un inventario? Porque es el único medio de impedir que el mobiliar de la comunidad se disipe o dilapide en perjuicio de los herederos del esposo difunto y en detrimento de los acreedores. Se necesita, pues,

1 Berlier, *Exposición de los motivos*, núm. 15. (Loaré, t. VI, pág. 392.)

DE LA COMUNIDAD LEGAL

221

un inventario; pero para que éste sea una garantía, es preciso que se haga inmediatamente. Si se le puede hacer pasado años será imposible comprobar de una manera segura la consistencia del mobiliar de la comunidad, aunque se supiera que no hay ningún descuido, ningún dolo, la mayoría de las veces será muy difícil y quizá imposible distinguir el mobiliar de la comunidad del mobiliar propio del esposo supérstite. Un inventario tardío no ofrece ninguna garantía. En derecho nada hay más seguro. Se infiere de esto que el inventario debe hacerse en el plazo ordinario que la ley prescribe, el de tres meses; en el cual los sucesibles deben hacer el inventario, es también el mismo plazo en el que la viuda tiene que hacer inventario si quiere conservar la facultad de renunciar la comunidad (art. 1,456). En el derecho antiguo las costumbres habían descuidado prescribir el período en el cual el supérstite puede hacer inventario para impedir la continuación de la comunidad. El uso, dice Pothier, lo fijó en tres meses: ¿no es natural pensar que los autores del Código se han atenido a este uso? (1).

Tal es la opinión que se sigue generalmente (2). No obstante, quedan muchas inseguridades en la doctrina, y la jurisprudencia se halla dividida. Hay autores que aplican el art. 451, según el cual el tutor debe proceder a hacer inventario en los diez días (3). Esta opinión es inadmisibles, nada hay de común entre el inventario del tutor y el inventario del art. 1,442. Proudhon tiene otro sistema que se halla aislado; es inútil exponerlo y com-

1 Pothier, **De la comunidad**, núm. 795.

2 Aubry y Rau, t. V, pág. 383, nota 2, pfo. 515. Colmet de Santerre, t. VI, pág. 228, núm. 89 bis III.

3 Toullier, t. VII, 1, pág. 20, núm. 16. En sentido contrario, Odier, tomo I, pág. 341, núm. 364.

batirlo, puesto que nadie le hace caso. Creemos que no pertenece al intérprete establecer un plazo fatal en el que una formalidad debe ser cumplida bajo pena de decaimiento, pues se trata de un decaimiento y de disposiciones penales; esto es lo que parecen haber olvidado los partidarios de la opinión general (1); la prueba por fama pública está admitida a título de pena; la pérdida del usufructo es una pena, y también es una pena la responsabilidad solidaria del subrogado tutor. ¿Y puede haber una pena sin que esté declarada por la ley? El art. 1,442 establece, es verdad, las penas que acabamos de relatar; las relaciona con la falta de inventario, pero no dice que se incurre en ellas por el solo hecho de no haber terminado el inventario en los tres meses. Esto es ampliar la ley y agravar la pena, al fijar un plazo en el que se incurrirá. En todo caso, esta es una disposición puramente arbitraria que el legislador sólo puede prescribir. ¿Por qué tres meses más bien que diez días? Ambos plazos se encuentran en el Código: ¿por qué la doctrina y la jurisprudencia adoptan el plazo de tres meses? Puede haber buenas razones en teoría, pero estas razones se refieren al legislador.

Se dice que esta opinión conduce al absurdo. ¿Evi-
tará el esposo supérstite las penas del art. 1,442 haciendo un inventario pasados seis años, es decir, un inventario derisorio? Hay acerca de esta cuestión una excelente sentencia de la Corte de Bourges que contesta la objeción tanto como es posible contestarla. En un caso se trataba del decaimiento del usufructo legal que se reclamaba contra el padre por no haber procedido a hacer inventario en el plazo de tres meses. El usufructo legal,

1 Troplong discute largamente la cuestión (núms. 1,290-1,295) y no dice una palabra del motivo que hace la cuestión dudosa.

dice la Corte, es uno de los atributos del poder paterno y es de gran interés social conservar intacto este poder. Es seguro que la privación del usufructo tiene por resultado apocar, en cierta medida, la autoridad paterna: se castiga al padre en provecho del hijo. Desde el punto de vista moral, la pena es muy grave; no se debe, pues, pronunciarla sino con la mayor circunspección. Y toda pena supone una falta; ¿la había cometido el padre por el solo hecho de no haber hecho inventario en un plazo que la ley no prescribe? La justicia criminal no titubeaba en responder negativamente. Y los principios son idénticos: el juez civil no puede, como el juez criminal, establecer penas que la ley no pronuncia. ¿Qué debe decirse, dado el silencio del Código, acerca del plazo en el que debe hacerse el inventario? El juez debe comprobar que la falta de inventario ha causado un perjuicio a los menores o demás partes interesadas; si hubo perjuicio, hay culpa y, por lo tanto, la pena debe ser sentenciada. Si no hay perjuicio no hay culpa, y sin ésta no puede haber pena. ¿Se dirá que esto conduce a un círculo vicioso? ¿Cómo comprobar que hay perjuicio? Habría que demostrar la consistencia del mobiliar; y el único medio para esto es el inventario. La Corte de Bourges contesta que el juez decidirá según las circunstancias de la causa. No bastará que el supérstite haga un inventario en una época cualquiera para substraerse a las penas del art. 442; si por el largo tiempo que pasó entre la defunción y el inventario se operó la confusión de bienes que quiso evitar el legislador, el tribunal podrá no tener en cuenta el inventario, puesto que este inventario no responde a la intención de la ley y, por consiguiente, declarará al padre decaído del usufructo legal. En un caso, el padre había hecho un in-

ventario a los cuatro meses de la defunción; la sinceridad y exactitud del inventario no eran discutidas; no había, pues, falta de hecho, y de derecho no había violación de la ley, puesto que ésta no prescribe un plazo fatal (1). Se ve que hay casos en los que se sentiría que hubiese un plazo fatal; sin embargo, preferiríamos que el Código hubiese fijado un plazo, habría evitado lo arbitrario del juez; y las buenas leyes, dice Bacón, son las que dejan menos al arbitrio del que las aplica.

180. Se supone que no se hizo inventario en los tres meses, se incurre en las penalidades del art. 1,442: ¿Puede el juez relevar de dichas penas al esposo supérstite? En teoría, es seguro que el juez no tiene este derecho cuando un plazo es fatal; y si se admite que el inventario debe hacerse en los tres meses, es difícil no admitir que este plazo no sea fatal (2). Pero la cuestión de legalidad es otra. Si un tribunal decidiera, como lo hizo la Corte de Bourges, que el padre no incurrió en las penas porque no tenía culpa ¿habría lugar a casación? No vemos cómo pudiera casarse una decisión por violación de la ley cuando no hay ley. Esto es también un argumento contra la opinión que acabamos de combatir, y nos parece decisivo. Se pretende que hay un plazo legal en el cual el inventario debe hacerse, y la Corte de Casación no podría casar una sentencia que decidiera que no se ha incurrido en las penas aunque el inventario no haya sido hecho en el supuesto plazo legal (3). La jurisprudencia de las cortes de Apelación se pronuncia contra el decaimiento absoluto. Fué sentenciado que el

1 Bourges, 14 de Febrero de 1859 (Dalloz, 1860, 2, 52). En el mismo sentido Moulón, t. III, pág. 80, núm. 185).

2 Bourges, 14 de Febrero de 1859 (Dalloz, 1860, 2, 52). En el mismo sentido, Moulón, t. III, pág. 80, núm. 185).

3 Rodière y Pont, t. II, pág. 292, núm. 1,006.

decaimiento no debe ser declarado cuando no hay culpa que reprochar al padre supérstite; en el caso, el inventario no había sido hecho en el plazo de tres meses, pero este retardo de algunos días era debido a un impedimento del notario; además, la sentencia comprobaba que todo se había hecho con gran fidelidad (1). Las mismas cortes que deciden en principio que el inventario debe ser hecho en los tres meses, admiten una reserva: El juez, dice la Corte de Orléans, podría no pronunciar el decaimiento del usufructo si el retardo en la confección del inventario pudiera atribuirse a circunstancias de fuerza mayor (2). De esto, a admitir que el esposo supérstite no está decaído cuando no tiene culpa, no hay mucha distancia.

181. El art. 1,442 establece penas para la falta de inventario; la ley no dice que el inventario debe ser regular y fiel, pero no necesita decirlo porque esto es de la esencia del inventario. De ordinario, el Código lo dice así: el art. 1,456 prescribe a la viuda que quiere conservar la facultad de renunciar a la comunidad el hacer inventario *fiel y exacto*, y quiere además que dicho inventario se afirme por ella ser sincero y verdadero. Un inventario inexacto, infiel, sólo es pedazo de papel hecho para engañar a las partes interesadas, mientras que el objeto de la ley es garantizar sus intereses. La tradición está en este sentido. Las costumbres exigían un inventario para impedir la continuación de la comunidad. Este inventario, dice Pothier, debe ser fiel y contener todos los efectos de la comunidad que son del conocimiento del supérstite. Por ser el de comprobar la parte

1 Caen, 18 de Agosto de 1842 (Dalloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 1,609).

2 Orléans, 7 de Marzo de 1863 (Dalloz, 1863, 2, 100).

que tienen los hijos en los bienes comunes, el fin que la costumbre propone al exigir un inventario, es evidente que el supérstite no llena este propósito con un inventario infiel. A Pothier le causó extrañeza con justicia que lo contrario haya podido decirse, sin embargo, con el espíritu de equidad que lo distingue agrega una reserva. Si las omisiones del inventario no son maliciosas, los efectos omitidos por no haber podido escapar a la memoria del supérstite, el inventario no dejará de ser válido a reserva de hacer un suplemento de inventario. Las leyes, dice Pothier, no obligan a lo imposible (1). Al juez toca apreciar si la omisión es fraudulenta o si es excusable (2).

Núm. 2. — De la prueba del mobiliar no inventariado.

182. Según el art. 1,442, la falta de inventario autoriza a las partes interesadas para dar la prueba de la consistencia de los bienes de la comunidad, tanto por títulos como por la fama pública. Es inútil decir que la prueba puede hacerse por títulos, puesto que tal es el derecho común. Cuando la ley admite la fama pública, agrega ordinariamente que la prueba puede hacerse por testigos (art. 1,415). El art. 1,442 no habla de la prueba testimonial; de ahí un ligero motivo de duda. Se pudiera decir que por haber podido procurar una prueba por título los que tiene derecho de requerir el inventario, no deben ser admitidos a la prueba testimonial (art. 1,348). Sin embargo, debe seguirse la opinión contraria. Admitir la fama pública es aceptar implícitamente la prueba

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 793.

2 Aubry y Rau, t. V, pág. 385, notas 11 y 12. Rodière y Pont, t. II, pág. 291, núm. 1,004.

DE LA COMUNIDAD LEGAL.

227

por testigos, puesto que la fama pública es una información; sólo que en lugar de declaración por los que lo saben por haberlo visto, los testigos vienen a relatar lo que han oído decir; si el juez puede decidir por decires, con mayor razón debe creer en los testimoniales de los que afirman haber visto (1).

183. ¿Quién es admitido a probar por testigos o por la fama pública? El art. 1,442 responde que las partes interesadas. La expresión es general; comprende a los herederos del esposo difunto, a los terceros acreedores de la comunidad y a todos los que tienen interés en conocer la consistencia y el valor mueble de la comunidad. Tal es también el espíritu de la ley; quiere dar una garantía a todos los que tienen un derecho sobre los bienes comunes; el esposo supérstite que no hace inventario está en falta para con todos ellos, luego todos los interesados pueden invocar la prueba por testigos o por fama pública. En este sentido es en el que Duveyrier, el relator del Tribunado, dijo: las partes interesadas *sin distinción* (2).

Sin embargo, hay una sentencia que decide que los hijos menores pueden solos prevalerse del beneficio del artículo 1,442. La sentencia de la Corte de Caen no tiene ninguna autoridad, porque no ha dado ningún argumento. Toullier, cuya opinión siguió la Corte, invoca el derecho antiguo. Según la costumbre de París, sólo los menores podrían pedir la continuación de la comunidad; y las sanciones del art. 1,442 han reemplazado la que la continuación de la comunidad tenía por objeto ofrecer a los hijos menores del esposo difunto; luego los hijos

1 Toullier, t. VII, 1, pág. 7, núm. 4.

2 Duveyrier, *Informe*, núm 34 (Loché, t. VI, pág. 423).

mayores, y con mayor razón los terceros, deben ser admitidos a dar la prueba de los bienes comunes por la fama pública (1). Toullier se equivoca, todos están acordes en decirlo; si hacemos notar el error, es para que sirva de lección a nuestros jóvenes lectores. Se abusa del derecho antiguo, como se abusa de los trabajos preparatorios; ¡es un medio tan cómodo hacer decir al Código otra cosa de lo que dice! ¿A qué ocurrir a la tradición cuando el texto del Código es todo lo claro que puede serlo? El art. 1,442 contiene dos sanciones: la primera relativa a la prueba, está establecida en favor de las partes interesadas, en general; la segunda, el decaimiento del usufructo legal, sólo se halla establecida en favor de los menores. El texto no ofrece ninguna duda, por consiguiente, hagamos a un lado el derecho antiguo; en esta materia, sobre todo, se hace mal en prevalerse de él, puesto que los autores del Código se han apartado de la tradición, e innovando no debían limitarse a garantizar los intereses de los menores, debían protección a todas las partes interesadas (2).

184. La prueba por la fama pública es la más peligrosa de las pruebas; pudiera conducir a grandes injusticias si los jueces estuviesen obligados por los dichos de los testigos. Pero es de principio que el juez no esté ligado por ninguna prueba. Si se trata de títulos, tiene derecho de interpretarlos; si se trata de testimonios, su derecho como su deber, es apreciarlos. Las pruebas tienen por objeto ilustrar su conciencia, a él toca darles el valor que crea conveniente. El juez puede, pues, tener en cuen-

1 Toullier t. VII, 1, pág. 8, núm. 5. Caen, 4 de Enero de 1840 (Dalloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 1,593).

2 Aubry y Rau, t. V, pág. 384, nota 6, pfo. 515, y Odier, Troplong y Marcadé.

ta las indagaciones y contraindagaciones, puede consultar los documentos y las circunstancias de la causa, y establecer, en consecuencia, el monto de la comunidad (1). Decimos que puede apreciar y decidir según las circunstancias de la causa, es decir, según las presunciones; en efecto, el juez puede ocurrir a las presunciones en los casos en los que la ley admite la prueba testimonial. Las presunciones tienen también sus peligros, pero ofrecen menos que los decires, pues quedan confiadas a las luces y prudencia de los magistrados; mientras que los decires y la opinión pública proceden muchas veces de la ciega multitud de gentes ignorantes.

Núm. 3.—Del decaimiento del usufructo legal.

185. “Si hay hijos menores, la falta de inventario hace perder además al esposo supérstite el goce de sus rentas” (art. 1,442). Este decaimiento alcanza al padre o a la madre por interés de los hijos menores; él es, pues, especial, mientras que la disposición del primer inciso acerca de la prueba por fama pública es general. Los hijos son también admitidos a esta prueba contra el supérstite de sus padres, esto es el derecho común establecido en todas las partes interesadas; además, dice la ley, el supérstite de los esposos pierde el usufructo legal. Descuidando hacer el inventario causa un daño a sus hijos, sea por negligencia o por dolo; la ley le castiga por esta falta privándolo del goce de los bienes de sus hijos. Esta privación es a la vez un beneficio para los hijos, puesto que aprovecharán las rentas que se quitan a su padre o a su madre. Este beneficio reemplaza para ellos los da-

1 Denegada, 26 de Enero de 1842 (Dalloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 1,595). Rodière y Pont, t. II, pág. 283, núm. 997.

ños y perjuicios. Pueden, además, reclamar los daños y perjuicios contra el supérstite de sus padres, como lo diremos más adelante; pero es muy difícil probar el fundamento de esta demanda, puesto que es necesario demostrar la consistencia y el valor de los bienes de la comunidad, por ser la fama pública a menudo insuficiente. Privando del usufructo al supérstite de los esposos, la ley asegura a los hijos una indemnización segura aunque algo aleatoria. Esta pena sentenciada contra el padre en provecho de sus hijos, puede todavía ser injusta y lo será frecuentemente si se liga al hecho solo de no haber formado inventario en el plazo de tres meses. La crítica que se ha hecho del antiguo derecho, puede también hacerse al derecho moderno. Castigando a los padres por no haber ejecutado lo que les ordena la ley, se supone que la conocen. Y ¡cuántos hay en la clase acomodada y rica que apenas saben leer y escribir! Que el legislador antes que presumir que los hombres conozcan las leyes, cuide de esparcir la instrucción.

186. El art. 1,442 dice: “La falta de inventario;” no dice de cuales bienes debe hacerse inventario. Cuando se trata de la prueba por fama pública la decisión no es dudosa: se trata de los bienes de la comunidad que el esposo supérstite debe inventariar, y cuando no lo hace las partes interesadas son admitidas a establecer la consistencia por toda clase de prueba. Lo mismo pasa con el decaimiento del usufructo legal; es la falta de inventario de los bienes comunes lo que hace incurrir en él. Esto también se funda en la razón. El esposo supérstite está en posesión de la comunidad, cuya mitad le pertenece; mientras que los herederos del esposo difunto tienen derecho a poseer sus bienes, con exclusión del cónyuge; a ellos toca tomar las medidas conservatorias en cuanto a los

bienes que deben poseer. Extraño a los bienes hereditarios, el esposo supérstite no puede tener por este punto ninguna obligación (1).

187. Según el art. 1,442, el esposo que no hizo inventario pierde el goce de las rentas de sus hijos. ¿Cuál es este goce? Se trata del goce que el art. 384 concede a los padres en los bienes de sus hijos hasta la edad de 18 años, derecho que se llama ordinariamente usufructo legal. Este usufructo versa, en general, sobre los bienes de los hijos; y también en este sentido es en el que el artículo 1,442 está concebido: el padre queda privado del goce de las *rentas* de sus hijos, por tanto, de todas las rentas; así, no sólo de los bienes de la comunidad que el esposo supérstite hubiera debido inventariar, sino también de los demás bienes que ya pertenecen a los hijos o que les advienen a la muerte del cónyuge. El texto concebido en términos generales no deja ninguna duda (2).

188. El decaimiento del usufructo legal ¿tiene lugar de derecho pleno, o debe ser pronunciado por el juez? Se dice de ordinario que no hay pena sin sentencia del juez. En materia criminal esto es seguro; pero en materia civil los decaimientos pueden resultar de las convenciones y, por consiguiente, también de la ley. Ya hemos visto un notable ejemplo al tratar de la indignidad; la ley es la que declara a los herederos indignos de heredar en los casos que determina (art. 727). Asimismo la ley es la que dice que si hay hijos menores *la falta de inventario hace perder* al esposo supérstite el goce de sus rentas. No es necesario una sentencia que pronuncie el decaimiento. No es necesario que se pida en justicia. El padre está privado de las rentas, los hijos tie-

1 Dijon, 17 de Enero de 1856 (Daloz, 1856, 2, 94).

2 Toullier, tomo VII, 1, pág. 10, núm. 7 y todos los autores.

nen derecho a ellas; por consiguiente, el padre queda obligado a restituirlas si las percibió (1).

No por esto deja de soportar los gastos de manutención y educación que la ley pone a su cargo (art. 203) el padre privado de las rentas de los bienes de sus hijos. ¿Puede imputar estos gastos a las rentas de los hijos? La negativa nos parece segura; los gastos de manutención y de educación de los hijos deben ser soportados por los padres con esta calidad, aunque los hijos no tengan bienes; lo cual es la regla general. Es verdad que si el hijo tiene bienes propios debe proveer a estos gastos, pero el art. 1,442 hace una excepción a la regla en el sentido de que el padre nunca puede aprovechar de las rentas de los hijos cuando la ley se las ha quitado, y las aprovecharía indirectamente si pudiera imputar a las rentas los gastos que la ley lo obliga a hacer (2).

Núm. 4.—Responsabilidad del subrogado tutor.

189. El art. 1,442 contiene, además, una tercera sanción de la obligación que impone al esposo supérstite de hacer inventario: dispone que el subrogado tutor que no le obligó a que lo hiciera está solidariamente obligado con él por todas las condenaciones que puedan ser pronunciadas en provecho de los menores. Esta es una disposición enteramente especial. En general, el subrogado tutor se limita a cuidar de la gestión del tutor; sólo interviene activamente cuando los intereses del tutor se encuentran en conflicto con los de su pupilo (art. 420). En el

1 Toullier, t. VII, 1, pág. 9, núm. 6. Véase una aplicación del principio en la sentencia de casación de 9 de Agosto de 1865 (Daloz, 1866, 1, 33).

2 Consúltase Potiers, 8 de Junio de 1859 (Daloz, 1859, 2, 215).

caso no hay conflicto; si la ley constituye un deber para el subrogado tutor intervenir, obligando al tutor a hacer inventario, es para dar a los menores una garantía más contra el descuido o el dolo del padre supérstite. A fin de no incurrir en la responsabilidad que la ley le impone, cuidará de que el esposo supérstite haga inventario. Si no lo hace será responsable. La falta de inventario puede causar un perjuicio a los hijos menores; si su padre o madre no presentan los bienes de la comunidad tal como su consistencia está establecida por la fama común, quedará condenado a los daños y perjuicios, y el subrogado tutor, solidariamente a pagarlos.

Este es un caso en el cual la solidaridad existe para la deuda de un tercero. El padre es deudor: el sobrogado tutor es, pues, responsable por el padre. Se ha pretendido que la responsabilidad solidaria no estaba sometida a los principios que rigen la solidaridad; trasladamos a lo que se dijo acerca de esta cuestión en el título de las *Obligaciones*. En nuestro concepto los principios generales son aplicables. Se aplica también el art. 1,214, según el cual el codeudor solidario está obligado por toda la deuda para con los demás deudores cuando ésta fué contraída en su interés o, como dice la ley, cuando el negocio sólo a él se refiere; los demás deudores solidarios no son, en este caso, considerados sino como caucionantes. Y tal es el caso previsto por el art. 1,442: el negocio únicamente concierne al supérstite, sólo él es deudor; el subrogado tutor, deudor solidario para con los hijos menores, es caucionante para con el esposo; si tuvo que pagar la deuda contará con un recurso por el todo contra el esposo, cuya deuda pagó (1).

1 Rodière y Pont, t. II, pág. 294, núm. 1,009. Metz, 24 de Enero de 1843 (Dalloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 1,619).

190. La Corte de Metz ha aplicado la responsabilidad solidaria al subrogado tutor que había sido nombrado antes de la toma de posesión del tutor. En el recurso intervino una sentencia de denegada. Se decía en apoyo del recurso que el subrogado tutor no podía ser declarado responsable de un perjuicio que le había sido imposible evitar. Había, pues, que distinguir, se decía, entre el perjuicio ya ocasionado cuando el nombramiento del subrogado tutor por la falta de inventario, y el perjuicio que es causado después. Esta distinción, muy hábilmente presentada por el abogado Fabre, no fué admitida. La Corte se funda en un texto que es terminante y absoluto: *todas las condenaciones*, dice el artículo 1,442. Se dice en vano que el subrogado tutor no tiene la culpa del perjuicio anterior a su nombramiento; la ley sólo considera una falta, la de no haber mandado formar el inventario: nada impide al subrogado tutor el obrar desde que está nombrado, para apremiar al esposo supérstite a que haga inventario; si no obra, es responsable, y lo es por *todas las condenaciones* (1). Se entiende por las condenaciones que tienen su origen en la falta de inventario; si el esposo sufre condenas extrañas al inventario, no puede tratarse de declarar al subrogado tutor responsable por este punto; esto sería extender una responsabilidad enteramente excepcional; y las excepciones no se extienden (2).

Núm. 5.—Aplicación analógica del art. 1,442.

191. Las disposiciones del art. 1,442 ¿tienen aplicación a la comunidad convencional? Se enseña la afirma-

1 Denegada, 12 de Abril de 1848 (Dalloz, 1848, 1, 208).

2 Metz, 24 de Enero de 1843 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,619).

tiva y la jurisprudencia está en el mismo sentido (1). La decisión no es discutible, pero sí los fundamentos que de ella se dan. Hay razón para decidir, dice Troplong, pues la comunidad convencional, tanto como la comunidad legal, dejan efectos comunes y una masa social cuya fuerza es muy importante que conste. Sin duda. ¿Pero a quién pertenece imponer obligaciones y sancionarlas con penas? ¿Al intérprete? No, seguramente. Sólo el legislador tiene este derecho y también sólo él puede extender penas por motivos de analogía; el juez no lo puede hacer. Dejemos las malas razones, puesto que hay una decisiva y que está escrita en la ley. El art. 1,528 dice que “la comunidad convencional queda sometida a las reglas de la comunidad legal para todos los casos en los cuales no se le deroga implícitamente por el contrato.” Se deduce de ahí que ambos regímenes sólo forman uno realmente; luego el art. 1,442 es aplicable a la comunidad convencional. Por la misma razón debe aplicarse a la sociedad de gananciales que los esposos estipulan al casarse bajo el régimen dotal, pues la sociedad de gananciales es una cláusula de comunidad convencional y no pierde este carácter por la circunstancia de estar agregada al régimen dotal (2).

192. En los demás regímenes exclusivos de la comunidad el art. 1,442 no puede tener su aplicación. Esto está generalmente admitido en lo que se refiere a la privación del usufructo legal. La tradición, el texto y los principios prueban, de consuno, que el art. 1,442 es extraño al régimen dotal de la separación de bienes y al

1 Véanse las autoridades en Aubry y Rau, t. V, pág. 385, nota 14, pfo. 515.

2 Aubry y Rau, t. V, pág. 385 y nota 15, pfo. 515 y las autoridades que citan.

régimen exclusive de la comunidad. Son nuestras antiguas costumbres las que han impuesto al esposo común en bienes la obligación de formar inventario bajo ciertas penas. Estas penas han sido modificadas por el Código Civil, pero sólo las ha aplicado, como se hacía en el derecho antiguo, al régimen de la comunidad. El art. 1,442 se encuentra colocado bajo el rubro de la disolución de la comunidad; sólo se refiere, pues, al esposo común en bienes. Aunque hubiera motivos de analogía para extenderlo a otros regímenes, el intérprete no podría tomarlos en cuenta, puesto que no le está permitido extender disposiciones penales, porque sería hacer la ley. Todavía puede contestarse que hay analogía (1). No entremos en este debate, pues no tenemos que hacer la ley; nuestra misión se limita a interpretarla.

La opinión contraria encuentra, sin embargo, algunos partidarios, y les debemos una palabra de contestación acerca de la cuestión de principios. Rodière y Pont dicen que formando la comunidad el derecho común, toda disposición colocada en el capítulo de la *Comunidad* y susceptible de combinarse con los demás regímenes puede aplicársele (2). Nosotros discutimos el principio. Los diversos regímenes tienen diferente origen y diferente carácter; no se dirá seguramente que la comunidad es la regla en lo relativo al régimen dotal y que los principios de la comunidad se aplican a este régimen en tanto que no se les deroga. Los dos regímenes nada tienen de común y cada cual debe ser interpretado por las reglas

1 Véanse dos sentencias bien motivadas de Tolosa, 19 de Diciembre de 1839 y 1.º de Abril de 1843 (Dalloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 1,621). Esta es la opinión de la mayor parte de los autores (Aubry y Rau, t. V, pág. 385, nota 16).

2 Rodière y Pont, t. II, pág. 235, núm. 999. Toullier, t. VII, 1, página 11, núm. 10.

que le son propias y por la tradición con que se relaciona. Lo mismo sucede con los demás regímenes exclusivos de la comunidad. La liga que se pretende establecer entre la comunidad y los regímenes que la excluyen, sólo existe para la comunidad convencional; el artículo 1,528 que acabamos de transcribir lo dice; pero por lo mismo que la ley sólo lo dice de ambos regímenes exclusivos de la comunidad, no debe extenderse; esto liga a regímenes que excluyen toda sociedad de bienes.

193. El art. 1,442 contiene otra sanción igualmente penal, al permitir a las partes interesadas probar la consistencia de la comunidad por la prueba de la fama pública. ¿Puede extenderse esta disposición a todos los casos en los cuales hay obligación por parte del esposo supérstite de hacer un inventario de la sucesión del cónyuge difunto? Creemos que la cuestión debe ser decidida negativamente por los motivos que acabamos de dar. Se trata de una prueba enteramente excepcional que la ley establece sólo en los casos en los que quiere castigar al cónyuge por no haber hecho el inventario que le ordena hacer. Sólo al legislador toca ver cuando conviene declarar dicha pena. A riesgo de caer en lo arbitrario del antiguo derecho, hay que mantener estrictamente el principio: no existen penas sin ley penal, no hay excepción sin texto que la establezca.

La Corte de Caen lo resolvió así: decidió que no había lugar a información por fama pública sino en los tres casos previstos por los arts. 1,415, 1,442 y 1,504, fundándose en que este género de prueba es exorbitante del derecho común. La prueba testimonial misma no puede ser admitida sino en los casos y bajo las condiciones determinadas por la ley; y se quiere que una prueba mu-

cho más peligrosa se haga de derecho común, pues a esto se llega cuando se admite la aplicación analógica de la ley. En el recurso de casación recayó una sentencia de denegada; pero la Corte de Casación no admite la interpretación restrictiva consagrada por la Corte de Caen; el consejero relator la desecha terminantemente. La Suprema Corte se ha pronunciado en otra sentencia en favor de la interpretación analógica (1). Los autores están igualmente divididos (2).

§ II.—EL DIVORCIO Y LA SEPARACIÓN DE CUERPOS.

194. La comunidad se disuelve por el divorcio (artículo 1,441), porque el divorcio disuelve el matrimonio (art. 227); y no puede existir asociación entre esposos cuando no hay esposos ya. Según el art. 227, el matrimonio se disuelve por el divorcio legalmente sentenciado. Es el oficial del estado civil quien lo pronuncia en virtud de la sentencia que lo autoriza cuando se verifica por una causa determinada (art. 264) o por la sentencia que lo admite por mutuo consentimiento (art. 294). La comunidad se disuelve desde el momento en que el oficial público ha fallado el divorcio. No se necesita otra formalidad. Cuando la comunidad se disuelve por la separación de bienes, la ley multiplica las formas con el fin de dar publicidad a la sentencia que declara la separación.

1 Caen, 23 de Junio de 1841, y denegada, 19 de Diciembre de 1842 (Daloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 941). Casación, 17 de Enero de 1838 (Daloz, en la palabra **Información**, núm. 107). Hay una sentencia de la Corte de Lieja, 12 de Enero de 1844, en el sentido de nuestra opinión (Daloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, número 1,598; **Pasicrisia**, 1844, 2, 115).

2 Aubry y Rau, t. V, pág. 386, pfo. 515. Troplong, t. I, pág. 263, núm. 821. En sentido contrario. Marcadé, t. V, pág. 580, núm. III del art. 1,442 y los autores que cita.

ción. El legislador ha creído, sin duda, que estas formalidades eran inútiles cuando se trata del divorcio. El procedimiento de éste tiene, es verdad, una gran publicidad, y el divorcio se pronuncia públicamente por el oficial del estado civil. Sin embargo, por interés de los terceros que contratan con los esposos, habrían sido útil el hacer pública la disolución del matrimonio. Ha sucedido que un marido divorciado haya enajenado las gananciales de la comunidad; la venta fué declarada nula a pesar de las reclamaciones del comprador que alegaba su buena fe y la ignorancia del divorcio. La Corte de París dijo muy bien, que toca a los terceros que tratan con una persona, el asegurarse de su estado y calidad, y que la buena fe del adquirente no puede dar a quien vende el derecho de transmitir la propiedad de una cosa que no le pertenece (1).

195. No debe confundirse el divorcio con la anulación del matrimonio. Pothier dice que la sentencia que declara nulo el matrimonio no es tanto una disolución de la comunidad conyugal cuanto una declaración de que nunca hubo verdadera comunidad. Esta es la consecuencia de los principios que rigen la nulidad de las actas. Cuando una acta es nula es como si nunca hubiera existido. No hubo, pues, matrimonio cuando éste fué anulado, y sin matrimonio no hay comunidad entre esposos. Sin embargo, Pothier dice que, en este caso, existe entre las partes una sociedad de hecho; por consiguiente, cada una retira lo que ha puesto y se reparten las utilidades (2). Se sabe que estos principios tienen excepción cuando el matrimonio es putativo. Transladamos a lo que fué dicho en el título del *Matrimonio*.

1 París, 22 de Marzo de 1810 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,562).

2 Pothier, *De la comunidad*, núm. 508.

196. “La separación de cuerpos implica siempre la separación de bienes” (art. 311). Hemos expuesto los principios en el título del *Divorcio* (t. III, núm. 351). En cuanto a las dificultades que presenta la aplicación de él, las encontraremos al tratar de la separación de bienes. Esta puede ser pedida directamente y disuelve la comunidad tanto como cuando los esposos se separan de cuerpos (art. 1,441). Pero hay esta diferencia: que la separación de cuerpos y, por consiguiente, la de bienes que resulta, puede ser pedida por cada esposo, mientras que sólo la mujer puede pedir directamente la separación de bienes. Vamos a dar las razones al tratar de la separación de bienes.

§ III.—DE LA SEPARACIÓN DE BIENES.

197. La separación de bienes sólo puede resultar de una sentencia. Toda separación voluntaria es nula (artículo 1,443). Este principio se aplica a la separación de cuerpos. Los esposos convienen algunas veces en vivir separados sin sentencia judicial que los separe de cuerpos ni de bienes. Estas convenciones son nulas. No depende de la voluntad de los esposos el substraerse a las obligaciones que han contraído al casarse; y la vida común es la primera de estas obligaciones. La mujer está obligada a vivir con el marido y éste está obligado a recibir a su mujer (art. 214). Este deber no cesa sino por la sentencia que declara a los esposos separados de cuerpos. La convención de separación de cuerpos voluntaria, es, pues, radicalmente nula como contraria al orden público; es una de esas convenciones que la doctrina considera como inexistentes, porque no tiene objeto legal ni causa lícita (art. 1,131 y 1,133). Por con-

siguiente, no puede producir ningún efecto. En vano estipulan los esposos una pena para asegurar su ejecución; la nulidad de la obligación principal arrastra la de la cláusula penal (art. 1,227):

La jurisprudencia opina en este sentido. Se ha sentenciado que la convención hecha por los esposos de vivir separadamente no es obligatoria. Por consiguiente, el esposo que en virtud de esta convención renuncia a perseguir una demanda de separación de cuerpos, no está obligado por su renuncia aunque hubiese ejecutado el tratado (1). Toda convención o renuncia semejante es nula, dice la Corte de Burdeos, y no puede producir ningún efecto (2). Las separaciones voluntarias están ordinariamente acompañadas de convenciones pecuniarias: uno de los esposos se obliga a pagar una pensión al otro; se entiende que por ser nula la convención principal, las convenciones accesorias no pueden tener efecto (3). En el caso juzgado por la Corte de Grenoble, la mujer se había obligado a pagar al marido una pensión de 4,000 francos. Que la obligación sea contraída por la mujer o por el marido poco importa, siempre está viciada de nulidad. Ambos esposos se deben, sin duda, socorro y asistencia: el marido debe ministrar a su mujer todo lo necesario para la vida, y la mujer está obligada a contribuir a los cargos de la casa, según las convenciones matrimoniales. Pero estas obligaciones recíprocas suponen una vida común; fuera de ésta todo es ilegal y afectado de absoluta nulidad.

198. Estas convenciones son nulas aunque sólo se re-

1 Caen, 11 de Abril de 1818 (Dalloz, en la palabra **Separación de cuerpos**, núm. 14).

2 Burdeos, 3 de Febrero de 1853 (Dalloz, 1854, 2, 9).

3 Grenoble, 11, de Marzo de 1851 (Dalloz, 1853, 2, 63).

fieran a los intereses pecuniarios de los esposos y subsista la vida común; el art. 1,443 declara nula cualquiera separación voluntaria de bienes. La razón está en que las convenciones matrimoniales son irrevocables y no pueden sufrir ningún cambio después de la celebración del matrimonio (arts 1,394 y 1,395). Y la separación voluntaria sería un nuevo régimen que reemplazaría a la comunidad legal. Esta disolución de la comunidad, seguida de un nuevo régimen, sólo puede llevarse a cabo por sentencia; daremos las razones más adelante. Consentida por los esposos, es radicalmente nula. Poco importa, dice Pothier, que la mujer tenga justos motivos para pedir la separación de bienes, es necesario que la promueva ante la justicia. Pothier dice que la separación voluntaria pudiera tener por objeto ventajas directas entre esposos, y en el antiguo derecho estas liberalidades estaban prohibidas (1). Hay otras razones que se oponen a toda modificación a las convenciones matrimoniales y, ante todo, al interés de los terceros. Se dirá que el interés de los terceros no impide que la mujer obtenga la separación de bienes en justicia. No, pero los acreedores podrán intervenir en la instancia con objeto de cuidar que la separación de bienes no se haga en fraude de sus derecho, y la ley prescribe formas y condiciones que tienden al mismo objeto; los terceros no tendrían estas garantías en una separación voluntaria; esto era un motivo determinante para prohibirla.

Los esposos han tratado de substraerse a la prohibición del art. 1,442 calificando sus convenciones de transacciones. En el curso de un proceso en separación de bienes, las partes transigen; el marido da a la mujer una autorización general para administrar y enajenar no sólo sus

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 514.

propios sino también los bienes gananciales, y estipula en compensación una renta vitalicia. Era preciso una singular ignorancia para consentir en convenciones radicalmente nulas en virtud de las terminantes disposiciones del Código (1). Las cláusulas penales agregadas a una convención nula lo son igualmente por el texto de la ley (artículo 1,227); y, en el caso, la convención era más que nula, era inexistente (2). Ha sucedido, sin embargo, que las partes han ejecutado las convenciones procediendo a una liquidación y a una partición de la comunidad; el marido entregó sus propiedades a la mujer. De ahí surgen dificultades cuando una de las partes interesadas pide la nulidad de las convenciones y de todos los actos de ejecución. ¿Deberá la mujer restituir lo que recibió? Se dice que el marido no está liberado por los pagos que hizo; que a pesar de dichos pagos la mujer tiene derecho de ejercer sus devoluciones a reserva sólo de tener en cuenta los valores que existían en sus manos o que han servido para su provecho (3). Este último punto nos parece más que dudoso. Que la mujer pueda ejercer todos sus derechos, como si no hubiese convención, es seguro, puesto que la convención no tiene existencia legal y no puede producir ningún efecto; pero, por su lado, la mujer debe restituir lo que recibió, porque lo recibió sin causa y lo detendría sin ella. Declarándola obligado sólo hasta concurrencia de lo que aprovechó se le pone en la misma línea que el menor y se supone que había deu-

1 Riom, 9 de Junio de 1817 (Daloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 1,698).

2 Caen, 14 de Noviembre de 1825 (Daloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 1,713).

3 Aubry y Rau, t. V, pág. 386 y nota 18, pfo. 515 y las autoridades que citan.

da; el art. 1,241 dice que el pago hecho al acreedor es nulo si era incapaz para recibir, a no ser que el deudor pruebe que la cosa pagada resultó en provecho del acreedor. Esta disposición es inaplicable al caso, pues no hay acreedor ni deudor. Existe una convención ilícita; el artículo 1,131 dice que esta convención no puede producir ningún efecto; luego las partes deben colocarse en la situación que tenían antes de haber contratado. Esto decide la cuestión. Se objeta que por ser indebido el pago debe aplicarse a la mujer el principio que dice que el que recibe de buena fe lo que no se lebe no está obligado a restituir sino en cuanto le aprovechó el pago. Contestaremos que la mujer no puede invocar este principio; es parte en una convención ilícita, por lo mismo, tiene tanta culpa como el marido; este es el caso de los arts. 1,131 y 1,133, y no el del cuasicontrato del pago indebido previsto por el art. 1,376 (1).

ARTICULO 2.—De la separación judicial (2).

§ I.—¿QUIÉN PUEDE PEDIR LA SEPARACIÓN?

Núm. 1.—De la mujer.

199. La mujer puede pedir la separación de bienes; el marido no lo puede hacer (art. 1,443). Pothier dice que la razón es que el marido solo a su libre disposición todos los bienes de la comunidad (3). Es, en efecto, el poder del marido el que justifica el derecho o privilegio que la ley concede a la mujer. Está excluida

1 Esta es, poco más o menos, la opinión de Troplong, salvo que ahoga su pensamiento en un diluvio de palabras (t. I, pág. 393, núm. 1,349).

2 Dutruc, *Tratado de la separación de bienes judiciales*. París, 1,853, 1 volumen en 8º.

3 Pothier, *De la comunidad*, núm. 513.

de la administración; aunque el marido disipase lo comunidad en gastos locos o en especulaciones desgraciadas, no tiene derecho de oponerse a ello. Sin embargo, es asociada; aporta su dote, tu trabajo, su economía en la gestión de los intereses comunes, toda su fortuna quizá está comprometida en la sociedad conyugal: si el marido disipa los bienes la mujer perderá todo cuanto por su parte entró en la comunidad, en bienes, en cuidados, en economías, y se verá con sus hijos reducida a la miseria. La ley debía a la mujer una compensación. Cuando está probado que la comunidad organizada en interés de ambos esposos amenaza un desastre para la mujer, debe tener el derecho de pedir su disolución.

El motivo que justifica el derecho de la mujer prueba a la vez que el marido no lo puede tener. Es una garantía contra el poder absoluto de que goza. El que ejerce dicho poder absoluto no puede pedir que termine, porque le resulta contraproducente. Debe sufrir las malas consecuencias que nacen de la autoridad absoluta, como se aprovecha de sus beneficios. No obstante, el marido puede indirectamente obtener la separación de bienes si pide la separación de cuerpos. Pero esto es un orden de ideas enteramente distinto. La comunidad puede encontrarse floreciente cuando uno de los esposos o los dos juntos piden la separación de cuerpos que disolverá su sociedad; esto es porque las obligaciones nacidas del matrimonio no han sido violadas, por lo que la ley permite a los esposos poner fin a la vida común; las causas que dan lugar a la separación de cuerpos nada tienen de común con los motivos por los cuales la mujer puede obtener la separación de bienes.

200. La mujer pide la separación de bienes. Llega a morir durante la instancia: ¿pueden continuarla los

herederos? En general, toda instancia puede ser continuada por los herederos, y es de principio que los derechos personales, por su naturaleza, cesan de serlo desde el momento en que se les introduce ante la justicia. Este principio decide nuestra cuestión. Derechos pecuniarios están ligados a la separación de bienes, por interés pecuniario es como se formó la demanda; este interés no sólo es de la mujer, lo es también de sus herederos, y ante todo de sus hijos. Es, pues, necesario que los herederos tengan el derecho de continuar la demanda formada por la mujer. ¿Qué importa que el derecho de la mujer sea una especie de privilegio? Debe decirse que la mujer debe obtener por su demanda lo que hubiera obtenido si el juez hubiese podido dar su inmediata decisión: habría recogido entonces las ventajas de la demanda en separación y las hubiera transmitido a sus herederos. Estos son los motivos por los cuales un derecho personal se vuelve un derecho patrimonial cuando se le reclama en justicia. ¿Por qué había de ser una excepción el derecho de la mujer? Ella pidió la disolución de una mala comunidad porque esperaba una sucesión y porque quería salvar este resto de su fortuna para sí y para sus hijos. Muere durante la instancia: ¿es esta una razón para que los bienes de la sucesión entren en la comunidad y que la observen los acreedores? La mujer y sus hijos habrían recogido los bienes si la instancia hubiese podido terminar inmediatamente. Es necesario que las moras necesarias a la justicia no perjudiquen a las partes interesadas. Esto decide la cuestión en razón y en derecho.

Se objeta que la acción de divorcio y la acción por separación de cuerpos cesan, en la opinión que hemos enseñado, cuando el esposo demandante llega a morir; sus herederos no pueden continuar la instancia, aunque ten-

gan en ello un interés pecuniario. La respuesta es fácil. Los intereses pecuniarios sólo son un accesorio en la demanda de divorcio y de separación de cuerpos: es una consecuencia de la acción, no es el objeto que tienen en vista las partes. Y la acción principal se extingue por la muerte, los herederos no la pueden continuar; por consiguiente, no pueden ser admitidos a continuar en lo que se refiere a los intereses pecuniarios (t. III, núms. 217 y 356). Cuando la mujer pide la separación de bienes y que llega a morir antes de la sentencia, no se puede decir a los herederos: ¿a qué pedir la disolución de la comunidad cuando ya está disuelta? Los herederos contestarían que la demanda de la mujer tenía por objeto no sólo obtener la disolución de la comunidad sino también aprovechar de todos los derechos que relacionan con la separación. Hemos citado el caso en el que una sucesión va a abrirse en su provecho, el interés de la demanda subsiste aunque la muerte haya disuelto la comunidad. Asimismo si el marido ha celebrado actos de administración o de disposición que lesionan los intereses de la mujer y atacan sus derechos, hay un interés pecuniario para los herederos en continuar la acción; para resguardar este interés es por lo que se les debe admitir a continuar la instancia.

Esta es la opinión de la mayor parte de los autores (1). La jurisprudencia se ha pronunciado en favor de la opinión contraria (2). Se halla sin autoridad en esta materia, porque las cortes no exponen ningún argumento en apoyo de sus resoluciones y sentencias no motivadas son simples afirmaciones.

1 Véanse las citaciones en Aubry y Rau, t. V, pág. 388, nota 2, pfo. 516. Debe agregarse Cohnet de Santerre, t. VI, pág. 245, núm. 95 bis I.

2 Douai, 23 de Marzo de 1831 (Dalloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 1,669). Bastia, 7 de Julio de 1869 (Dalloz, 1872, 1, 260).

Núm. 2.—De los acreedores.

201. Según el art. 1,446, “los acreedores personales de la mujer no pueden, sin su consentimiento, pedir la separación de bienes.” Esta es una derogación a los principios generales más bien que una aplicación de estos principios. El art. 1,166 establece como regla que “los acreedores pueden ejercer los derechos y las acciones de su deudor, con excepción de aquellos que están exclusivamente ligados a su persona.” La dificultad está en saber si el derecho de pedir la separación de bienes se halla exclusivamente ligado a la persona de la mujer. Si se admite la definición que hemos dado de los derechos personales desde el punto de vista del art. 1,166, debe decirse que este derecho no está exclusivamente ligado a la persona de la mujer deudora. En efecto, este es un derecho esencialmente pecuniario, puesto que tiene por objeto resguardar los intereses pecuniarios de la mujer. Hay, es verdad, un elemento moral en causa, pero no es, seguramente, el elemento dominante. Se dice que la separación de bienes, al hacer la de los intereses pecuniarios de los esposos, amenaza relajar las ligas de las almas; esto es verdad; pero como en derecho el matrimonio subsiste con todas sus consecuencias, el legislador no tuvo en cuenta esta consideración, y el intérprete, en nuestro concepto, no puede tenerlo en cuenta para negar al acreedor el derecho de promover. Se dice que precisamente por razón de las consecuencias de la separación de bienes es por lo que la ley no da a los acreedores el derecho de pedirla. La mujer no puede solicitar la separación de bienes, descuidando sus intereses pecuniarios, para mantener la unión y la armonía en la familia; mientras que el acreedor, por el más mínimo interés pecuniario, no

habría titubeado en promover. Contestamos que si los acreedores se halla realmente interesados en la separación se debería darles el derecho de solicitarla. Nada hay más respetable que el sacrificio de la mujer mientras sólo sacrifica sus intereses; pero no tiene derecho de sacrificar los intereses de sus acreedores (1).

202. A estos se les admite pedir la separación de bienes con el consentimiento de la mujer. En este caso son los que promueven, sólo ellos figuran en el proceso, pero representan en él a la mujer, y, por consiguiente, la sentencia tendrá por efecto disolver la comunidad. Los acreedores tienen también otro derecho. "En caso de quiebra del marido pueden ejercer los derechos de su deudora hasta concurrencia del monto de su créditos" (artículo 1,446. Este derecho corrige lo que la ley tiene de inicuo. Los acreedores no pueden pedir la separación en nombre de la mujer mientras que el marido es solvente; en este caso el derecho moral de la mujer, lo lleva sobre el interés de los acreedores. Pero cuando el marido llega a ser insolvente la mujer no puede ya, por su inacción, comprometer los intereses de los acreedores. ¿Cuándo es insolvente el marido? Si es comerciante se necesita una sentencia que lo declare en quiebra. Si no es comerciante los acreedores deben probar que está quebrado. Esta prueba da lugar a innumerables dificultades en el caso en el que la ley declara desprovisto del beneficio de plazo al deudor que está en quiebra (art. 1,188). Traducimos a lo que fué dicho en el título de las *Obligaciones* (t. XVII, núms 144 y siguientes). Se ha sentenciado que los acreedores no pueden promover, en virtud del art. 1,446, sino

1 Véase, en diversos sentidos, Moulón, t. III, pág. 81, núm. 187; Duranton, t. XIV, pág. 555, núm. 418; Marcadé, t. V, pág. 588, núm. 1 del artículo 1,446.

cuando el marido está demandado por sus acreedores personales y que los bienes puestos a discusión no bastan para pagar sus deudas (1).

203. Es más difícil determinar cuales son los derechos de los acreedores en el caso en el cual el marido es insolvente. El art. 1,446 dice que pueden ejercer los derechos de su deudora. Y ésta no promueve, no pide la separación. ¿Debe inducirse del art. 1,446 que la separación de bienes se efectúa de pleno derecho cuando el marido está en quiebra? El art. 1,446 dice lo contrario, pues exige una sentencia; por lo mismo una acción. Tampoco puede deducirse de la ley que los acreedores de la mujer tengan derecho de pedir la separación cuando el marido es insolvente, pues esto haría decir al segundo inciso del art. 1,446 lo contrario de lo que dice el primero. Si no existe disolución de pleno derecho ni separación pronunciada por una sentencia ¿cómo podrán los acreedores ejercer los derechos de la mujer? Esta sólo tiene derecho si la comunidad se halla disuelta, no lo tiene mientras dura la comunidad; la ley supone, sin embargo, que la mujer tiene derechos, puesto que permite a los acreedores ejercerlos; como en realidad la comunidad no está disuelta, sólo queda por admitir que lo está ficticiamente en interés de los acreedores y para con ellos, aunque subsista entre los esposos. Este no es el único caso en el que la ley recurre a las ficciones para proteger a los acreedores. Cuando el deudor renuncia a una sucesión en perjuicio de sus acreedores, la ley permite a éstos pedir la nulidad de la renuncia y ejercer los derechos del deudor en esta sucesión; en realidad, el deudor no tiene ya derecho, puesto que ha renunciado, y la renuncia subsiste. Por una

1 Aux, 23 de Febrero de 1818, y denegada, 21 de Marzo de 1822 (Dalloz, en la palabra **Contrato de Matrimonio**, núm. 1,687).

DE LA COMUNIDAD LEGAL.

251

ficción pues, es como los acreedores son admitidos a ejercer un derecho que su deudor se encuentra como si jamás hubiese tenido.

En el ejercicio de la acción pauliana hay igualmente una ficción. Los acreedores atacan el acta que el deudor hizo en fraude de sus derechos; a consecuencia de la anulación, el bien salido del patrimonio del deudor vuelve a entrar en él, pero sólo ficticiamente, puesto que entre el deudor y tercero que ha contratado con él, el acta subsiste; la ficción se halla una vez más establecida en interés de los acreedores. En el caso del art. 1,446, una ficción era igualmente necesaria para que los acreedores fuesen admitidos a ejercer los derechos de la mujer deudora suya. El marido está en quiebra; la mujer no pide la separación y los acreedores no tienen derecho de pedirla sin su consentimiento. Y mientras no hay separación, la mujer está sin derecho y, por consiguiente, los acreedores no pueden promover en su nombre. Para que puedan hacerlo, la ley crea una ficción; supone que la comunidad está disuelta: por consiguiente, la mujer tiene derechos y los acreedores son admitidos a ejercerlos en su nombre (1).

204. ¿Cuáles son los derechos que los acreedores pueden ejercer? Debe verse cuáles son los derechos de la mujer en caso de separación de bienes. Tiene el derecho de aceptar o renunciar a la comunidad. ¿Los acreedores tienen también este derecho de opción? El art. 1,446 dice, en términos generales, que los acreedores ejercen *los derechos* de su deudora; en consecuencia todos los derechos y, por consiguiente, el de opción. Hay, además, que reconocer a los acreedores el derecho de opción si no estarían sin derecho ninguno. En efecto, porque la mujer tiene el de-

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 246, núm. 95 bis II y III.

recho de opción es por lo que puede renunciar, y es también necesario que los acreedores puedan renunciar, pues no tienen ningún interés en aceptar, sometiéndolos la aceptación, hasta con el beneficio de emolumentos, a soportar las deudas del marido insolvente. La ley quiere, pues, decir que los acreedores pueden renunciar como si la mujer tuviera derecho e interés en hacerlo. Es en este sentido como debe entenderse la doctrina de los autores que sostienen que los acreedores juegan ejercer los derechos de la mujer haciendo abstracción de su calidad de común en bienes, es decir, los derechos que pertenecen a la mujer cuando renuncia (1). La fórmula no nos parece exacta, restringe la expresión general del art. 1,446 y parece decir que la ley considera a la mujer como renunciante. Esto sería una nueva ficción, una ficción que la ley ignora, y no deben admitirse ficciones inútiles. Lo que la ley implica necesariamente basta; la comunidad está ficticiamente disuelta: después de esto se entra en la realidad de las cosas. La mujer tiene derechos que los acreedores ejercen, pueden aceptar o renunciar; renunciarán si no tienen ningún interés en aceptar, y en este caso ejercerán los derechos que la mujer ejercería ella misma en caso de renuncia.

205. ¿Cuáles son los derechos de la mujer renunciante? Vuelve a tomar sus propiedades cuando existen en naturaleza; y si están enajenadas, los bienes adquiridos en reemplazo, o el precio cuando el reemplazo no se hizo. Toma también las indemnizaciones que le pueden ser debidas por la comunidad (art. 1,493). La devolución de los propios presenta una dificultad. Se pregunta si los acreedores pueden volver a tomar toda la propiedad de

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 389 y nota 3, pfo. 516. Consúltase Colmet de Santerre, t. VI, pág. 247, núm. 95 bis IV.

los bienes que pertenecen a la mujer. La afirmativa no nos parece dudosa; esta es una consecuencia necesaria del principio establecido por el art. 1,446. Los acreedores ejercen los derechos de su deudora, es decir, los derechos que tendría si renunciara. Y cuando la comunidad es disuelta, la mujer vuelve a tomar sus inmuebles en toda su propiedad; por lo mismo los acreedores tienen el mismo derecho (1). La cuestión es, sin embargo, discutida. Los motivos que se dan en apoyo de la opinión contraria son en extremo débiles. Unos dicen que la ley quiso sólo impedir que el capital de la dote no se pierda en la quiebra del marido en perjuicio de los acreedores: esto es limitar de un modo arbitrario los derechos de los acreedores; donde no distingue la ley, no se permite al intérprete distinguir, a no ser que los principios lo obliguen a ello; y se buscaría en vano un perjuicio que ordenara la distinción entre el capital y los frutos o los intereses cuando se trata del derecho de los acreedores: ¿acaso no tienen por prenda el patrimonio de su deudor? ¿Y no comprende dicho patrimonio la toda propiedad de los bienes? Durantón invoca el art. 1,413, según el cual los acreedores de una sucesión inmobiliar aceptada por la mujer con autorización judicial no tienen acción sino en la nuda propiedad de los bienes de la mujer. Confesamos que no entendemos lo que puede haber de común entre el caso del art. 1,413 y el derecho del art. 1,446; esto es mezclar y confundir órdenes de ideas enteramente distintas (2).

206. ¿Sobre qué bienes los acreedores ejercen sus derechos? Promueven en nombre de la mujer; tienen, pues,

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 389 y nota 6, pfo. 516. Marcadé, t. V, página 589, núm. 11 del art. 1,447.

2 Rodière y Pont, t. III, pág. 610, núm. 2,114. Durantón, t. XIV, página 557, núm. 420.

los derechos de ésta si pidiera la separación y renunciara. Y la mujer renunciante ejerce sus devoluciones y acciones tanto en los bienes de la comunidad como en los bienes personales del marido (art. 1,495); los acreedores tienen los mismos derechos (1). En el título de las *Hipotecas* veremos que la hipoteca legal de la mujer se extiende a los bienes gananciales de la comunidad; la hipoteca en éstos se borra naturalmente cuando los inmuebles caen en el lote de la mujer aceptante; pero cuando renuncia la hipoteca subsiste en todo; y los acreedores ejercen los derechos de la mujer renunciante, se aprovechan, pues, de su hipoteca legal en los bienes gananciales siempre que haya sido registrada y conservada conforme a nuestra ley hipotecaria (2).

207. La comunidad ficticiamente disuelta para con los acreedores subsiste entre los esposos. Cuando llegue a disolverse la mujer podrá ejercer su derecho de opción; si renuncia, todo cuanto se haya hecho por promoción de los acreedores será sostenido, puesto que en esta hipótesis los acreedores habían en realidad ejercido los derechos de la mujer. Pero puede suceder que los negocios del marido se hayan mejorado y que la mujer acepte; habrá que ver si los acreedores han ejercido en su nombre derechos que la mujer no tiene en caso de aceptación. Supongamos que la mujer ha estipulado la devolución de sus aportes en caso de renuncia (art. 1,514); los acreedores habrán tomado los muebles aportados por la mujer, mientras que ésta no tiene derecho de volverlos a tomar cuando acepta. Es imposible que la mujer sea considerada a la vez como renunciante y como aceptan-

1 Denegada, Cámara Civil, 4 de Febrero de 1856 (Dalloz, 1856, 1, 61).
2 Durantón, t. XIV, pág. 556, núm. 419.

te; deberá, pues, devolver a la comunidad los aportes que los acreedores han tomado (1).

Acerca de este punto no hay ninguna duda. ¿Pero qué debe decidirse en cuanto a los réditos de los valores que los acreedores toman en nombre de la mujer renunciante? La renuncia de la mujer es una ficción; de hecho, la comunidad nunca estuvo disuelta entre los esposos; y la comunidad tiene derecho a los réditos de estos valores de la mujer; se le privó de ellos por el ejercicio anticipado de los derechos que la mujer sólo puede ejercer regularmente en la disolución de la comunidad. Como los acreedores han promovido en nombre de la mujer, resulta que ella es quien quitó a la comunidad los réditos a que tenía derecho. Por consiguiente, deberá estos réditos a la masa cuando la liquidación. Por su lado la comunidad abonará los intereses de las deudas de la mujer que debería soportar y no soportó, puesto que los acreedores han sido pagados (2).

§ II.—DE LAS CAUSAS POR LAS CUALES LA MUJER PUEDE
PEDIR LA SEPARACIÓN DE BIENES.

Núm. I.—El texto.

208. “La separación de bienes sólo puede promoverse judicialmente por la mujer cuya dote se encuentra en peligro cuando el desorden en los negocios de su marido da lugar a temer que los bienes de éste no sean suficientes para llenar los derechos y reintegros dotales de la mujer” (art. 1,443). Hay pocas disposiciones en el Código

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 248, núm. 95 bis V.

2 Marcadé, t. V, pág. 589, núm. 1 del art. 1,447. En sentido contrario, Colmet de Santerre, t. VI, pág. 248, núm. 95 bis VI.

que hayan dado lugar a tantas decisiones judiciales como ésta. Esto prueba que no es muy clara; se pregunta si el art. 1,443 prevé dos causas diferentes por las cuales la mujer puede pedir la separación o si ambas causas que la ley enumera sólo son en realidad una sola. Después se pregunta si estas dos causas son las únicas por las que la separación pueda ser obtenida. ¿Es la ley restrictiva? La doctrina y la jurisprudencia se han apegado al espíritu de la ley, de preferencia a un texto mal redactado, y han permitido a la mujer pedir la separación en todos los casos en que tiene interés en exigirla. ¿No es esto sobrepasar el texto de la ley? ¿Y tiene este dercho el intérprete? Debe, ante todo, explicarse el texto, pues la interpretación de los términos de la ley es discutida.

209. La mujer puede pedir la separación cuando su *dote* está en peligro. ¿Qué se entiende por *dote* en el artículo 1,443? Esta palabra tiene un sentido técnico definido por el art. 1,540: “La dote es el bien que la mujer aporta al marido para soportar los cargos del matrimonio.” El art. 1,540 dice terminantemente que esta definición se aplica al capítulo II, es decir, al régimen de la comunidad. Hay, pues, una dote bajo este régimen: ¿cuáles son los bienes dotales? El mobiliario presente y futuro de la mujer entra en la comunidad; la mujer no lo vuelve a tomar, es verdad, como bajo el régimen dotal; sin embargo, es un bien que aporta al marido para ayudarlo a soportar los cargos del matrimonio; esto es, pues, una dote y, por consiguiente, esta dote cae bajo la aplicación del art. 1,443; si se encuentra en peligro, la mujer puede pedir la separación de bienes. ¿Cuándo puede decirse que la dote está en peligro? Esto es lo que examinaremos más adelante. Por ahora conste sólo el sentido de la palabra *dote*. La definición que de ella da

el art. 1,540 debe aplicarse al art. 1,443; esto es de tradición Toullier cita la costumbre de Bretaña; la redacción antigua decía: “Los bienes muebles se acostumbra atribuirlos al marido, quien puede usarlos a su voluntad, haciendo providencia a su mujer (es decir, manteniendo honradamente a su esposa como dice la nueva costumbre), durante el matrimonio, hasta que el marido haga mal uso.” Cuando el marido hace esto, la dote está en peligro según el art. 1,443, aunque pertenezca al marido, pero le es aportado con un destino, un cargo; el marido debe emplearla en este destino convencional; si no lo hace, hace mal uso; en consecuencia la dote está en peligro (1).

Los productos de las propiedades de la mujer son igualmente dotales, puesto que entran en la comunidad para ayudar al marido a soportar los cargos del matrimonio. Debe decirse de los productos de los inmuebles lo que acabamos de decir de los muebles: se vuelven propiedad del marido, pero esto es con un cargo o un destino resultante de la convención tácita de los esposos; los productos deben ser empleados en las necesidades de la familia. En este sentido son dotales, aunque sean propiedad del marido, y si el marido hace mal uso de ellos la dote está en peligro.

En definitiva, bajo el régimen de la comunidad legal, la dote se vuelve siempre propiedad del marido, y aunque sea de principio que el marido es señor y dueño de la comunidad y que puede perder y disipar los bienes comunes, hay un contrapeso a esta autoridad absoluta. Si abusa, la mujer, puede pedir la separación, es decir, la disolución de una sociedad que no ha sido contraída para dar al marido el derecho de abusar. En este sentido,

1 Toullier, t. VII, 1, pág. 29, núm. 23.

la dote de la mujer está en peligro, aunque haya transferido la propiedad al marido. La jurisprudencia opina así, (1) y en este punto no puede haber dudas, puesto que el texto del art. 1,443, combinado con el art. 1,540, lo dice.

210. El art. 1,443 contiene otra expresión cuyo sentido debe ser precisado: cuando el desorden de los negocios del marido da lugar a temer que los *bienes* de éste no *sean suficientes para llenar los derechos y reintegros* de la mujer, ésta puede pedir la separación de bienes. ¿Qué debe entenderse por *derechos y reintegros*? Comenzaremos por esta palabra que ha dado lugar a una interpretación errónea. Se dice que la ley se aplica al caso en el cual la mujer tiene derechos y devoluciones que ejecutar en vista de su *contrato de matrimonio* (2). Esto supone una comunidad convencional; por lo mismo la explicación no conviene al art. 1,443 que se encuentra en el capítulo de la *Comunidad Legal*, lo que existe cuando los esposos no han hecho contrato. Debe, pues, verse cuáles son las *devoluciones* que tiene que ejercer la mujer, bajo el régimen de la comunidad legal, sin ninguna estipulación. El art. 1,472 califica de *devoluciones* las sumas que los esposos toman de la masa antes de dividirla; según el art. 1,470, los esposos vuelven a tomar sus propios inmuebles cuando éstos existen en naturaleza; si los han enajenado vuelven a tomar los bienes que se adquirieron en reemplazo o el precio que había entrado en la comunidad. Los esposos toman también o vuelven a tomar las indemnizaciones que les debe la comunidad; lo que supone que los esposos tienen propiedades, pues la comunidad sólo les debe indemnización cuando ha sa-

1 Gand, 15 de Enero de 1859 (*Pasicrisia*, 1859, 2, 363).

2 Troplong, t. I, pág. 386, núm. 1,322.

cado provecho de los bienes personales de los esposos (artículo 1,433). Cuando la mujer tiene devoluciones que ejercer, posee una acción sobre los bienes de su marido en caso de insuficiencia de los bienes comunes; en razón de este recurso es por lo que puede pedir la separación, según el art. 1,443, cuando el desorden de los negocios de su marido da lugar a temer que los bienes de éste no sean suficientes para llenar las devoluciones de la mujer.

Tal es la explicación legal de la palabra *devolución*; no podría discutirse, puesto que está tomada del mismo texto de la ley. La jurisprudencia la ha consagrado decidiendo que las devoluciones de la mujer, aunque eventuales, le permiten pedir la separación de bienes. Las devoluciones no pueden ejercerse sino a la disolución de la comunidad; en este sentido siempre son eventuales; si la mujer tiene compensaciones contra la comunidad, ésta puede también tenerlas contra la mujer. Estas respectivas recompensas se liquidan después de la disolución de la comunidad, solamente entonces puede calcularse quien es acreedor y quien deudor. Aun hay más; la Corte de Lieja ha sentenciado que la mujer podía pedir la separación aunque no tuviera devoluciones actuales que ejercer; basta que pueda tenerlas, y lo puede desde que tiene bienes propios. El marido cuyos negocios se hallan mal buscará recursos en los bienes de la mujer, de los cuales tiene la administración y el goce; los guardará, hará corte de leña que no tiene derecho de hacer, consentirá arrendamientos ruinosos para la mujer, estipulando corretajes en su provecho, sacará a su mujer el consentimiento para vender sus propiedades y empleará el dinero en pagar sus deudas. He aquí muchas causas de reintegros futuros, eventuales, es verdad, pero que el desorden mis-

mo de los negocios del marido realizará y este desorden, que da lugar a las devoluciones, colocará al mismo tiempo a la mujer en la imposibilidad de ejercerlas, puesto que el marido disipará sus propios bienes como lo hace con los de la mujer. Debe, pues, permitirse a ésta pedir la disolución de la comunidad para impedir su ruina, que sería segura (1).

211. Queda la palabra *derechos*. ¿Cuáles son los *derechos* por los cuales la mujer puede pedir la separación? Se pudiera creer que la ley cree garantizar todos los derechos que puede tener la mujer, bajo el régimen de la comunidad, cualesquiera que sean. A este principio en efecto, conducen la doctrina y la jurisprudencia, y así formulado se funda en la razón. La mujer es asociada pero es un socio dependiente, no tiene ningún medio de impedir que el marido use mal de su autoridad absoluta; como garantía contra este despotismo es por lo que la ley da a la mujer el derecho de disolver una sociedad que no consigue el objeto por el que fué contraída. No es para perder sus derechos para lo que la mujer se asoció, sino para conservarlos y acrecentarlos; si, pues, el desorden de los negocios del marido compromete un derecho cualquiera de la mujer; ésta debe tener el derecho de promover su separación.

Tal es la verdadera teoría: ¿pero es este el sentido de la palabra *derechos* en el art. 1,443? La negativa es segura. En efecto, la ley limita el sentido vago de la palabra *derechos*, diciendo que estos derechos deben dar a la mujer una acción sobre los bienes del marido, acción que el desorden de los negocios de éste amenaza hacer ineficaces. Hay, pues, que ver cuales son los dere-

1 Lieja, 3 de Julio de 1830 (*Pastorisa*, 1830, pág. 170). y 3 de Julio de 1833 (*ibid*, 1833, 2, 191).

chos por los que la mujer tiene acción sobre los bienes personales del marido. El art. 1,472 contesta a la pregunta, es el único que da a la mujer un recurso sobre los bienes del marido, y la ley sólo le concede esta acción para sus devoluciones. Luego la palabra *derechos* en el art. 1,443 es sinónimo de *devoluciones*: es inútil, podría borrarse, pues de él no resulta una causa especial que permita a la mujer promover la separación de bienes. Es, sin duda, por esta razón por la que los autores ni siquiera hablan de los *derechos* de la mujer; es decir, que, en su opinión, los derechos se confunden con las devoluciones.

212. Ahora nos ha de ser fácil contestar a la cuestión de saber si el art. 1,443 prevé dos causas distintas por las cuales la separación puede ser pedida, o si sólo prevé una. La cuestión tiene su interés práctico como lo diremos más adelante (núm. 218). La mayor parte de los autores enseñan que las dos causas que el art. 1,443 parece admitir sólo forman una sola (1). “Las dos partes de la frase, se dice, expresan el mismo pensamiento, el uno bajo forma concisa, el otro por una perífrasis. En efecto, la *dote* está en *peligro* cuando se teme que la mujer no ejerza útilmente su derecho de *rehacerse* de ella; y asimismo cuando los *derechos* y *devoluciones* de la mujer, están amenazados, puede decirse que la *dote* está en *peligro*, pues estos *derechos* y *devoluciones* representan el patrimonio de la mujer, valores que formaban parte de su *dote*.”

Creemos que esta interpretación es contraria al texto terminante de la ley. El Código distingue el peligro que puede amenazar los intereses de la mujer, ya sea por ra-

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 229, núm. 91 bis II. Marcadé, t. V, pág. 581, núm. 1 del art. 1,443.

zón de su *dote*, ya por razón de sus *devoluciones*. ¿Es verdad que la *dote* y las *devoluciones* se confunden? Bajo el régimen de la comunidad legal, la *dote* comprende los bienes que se vuelven propiedad del marido; la mujer no tiene el derecho de volverlos a tomar, puesto que forman parte de la comunidad; la mujer toma la mitad de la comunidad cuando acepta; sus muebles pueden encontrarse en ella así como las economías hechas en sus rentas, pero no es con este título como los vuelve a tomar; toma la mitad de los bienes que componen el activo social. No se *rehace*, pues, de sus bienes por vía de *devolución*, toma la mitad de la comunidad como socio. Esto no es una disputa de palabras. Si la mujer *volviera a tomar* sus bienes o se *rehacía* de ellos, tendría *devolución* de sus muebles; ejercería esta *devolución* sobre los bienes de su marido en caso de insuficiencia de la comunidad, y aun en caso de renuncia tendría derecho a ellos. Y es bien seguro que la mujer no tiene *devolución* por su *dote* y que pierde todo derecho sobre *ella* cuando renuncia.

Es igualmente inexacto decir que las *devoluciones* de la mujer representan valores que formaban parte de su *dote*. La mujer no tiene *devolución* que ejercer sino por cuanto a sus propios, y sus bienes propios no son dotaless. ¿Acaso el inmueble propio que la mujer vuelve a tomar constituye parte de su *dote*? No, pues la *dote* son los bienes que entran en la comunidad, y los bienes propios que dan lugar a las *devoluciones* no caen en ella.

La distinción que hace el Código entre la *dote* y las *devoluciones*, verdadera en teoría, lo es también en la aplicación. Supongamos, lo que sucede con frecuencia, que la fortuna de la mujer sea exclusivamente mobiliar: ¿tiene en este caso derechos de *devolución* que ejercer? No, todo su mobiliar presente y futuro entra en la comuni-

DE LA COMUNIDAD LEGAL.

203

dad; nada tiene propio, luego es imposible que tenga *devoluciones*. ¿Puede pedir la separación de bienes? Sí, porque tiene una dote y ésta puede encontrarse en peligro, lo que da a la mujer el derecho de promover. Así promoverá a la separación, tenga o no devoluciones. La segunda parte del art. 1,443 será, pues, inaplicable; por lo tanto, no es exacto decir que esta segunda parte es la perífrasis de la primera. Si se supone que los bienes de la mujer son exclusivamente inmuebles, tendrá devoluciones por las cuales podrá promover en separación. ¿Podrá también pedirla porque su dote está en peligro? Para las rentas o productos sí, y por el goce que cae en la comunidad. Pero la propiedad de los inmuebles no es dotal; por consiguiente, para la propiedad, la segunda parte del art. 1,443 será aplicable y la primera no lo será. Prueba que ambos casos no se confunden y no forman uno solo. La jurisprudencia belga opina en este sentido (1).

Núm. 2.—Aplicación.

213. La mujer aporta en dote efectos muebles que entran en la comunidad. ¿Puede por ello pedir la separación de bienes? La afirmativa es segura, pero importa precisar los argumentos para decidir. Conste desde luego que tal es la tradición; lo que es decisivo en nuestra materia, enteramente tradicional. Pothier cita en este caso, como ejemplo, no en apoyo del principio que la mujer puede promover la separación, sino para establecer que la mujer puede aceptar la comunidad aunque haya obtenido la separación. Una mujer aportó a la comunidad todos sus bienes que consistían en bienes mue-

1 Lieja, 3 de Julio 1830 (*Pasicrisia*, 1830, pág. 170).

bles. No hizo contrato de matrimonio; no tiene, pues, derecho de volver a tomar lo que aportó. Pero se da cuenta de que su marido malgastó una gran parte de su dote y que está en vía de malgastar lo que resta. Pide la separación demostrando los desórdenes de su marido. Pothier ni siquiera piensa en discutir el derecho de la mujer; nadie lo discutía. El Código ha consagrado la tradición; permite a la mujer pedir la separación de bienes cuando su dote está en peligro; y bajo el régimen de la comunidad el mobiliario de la mujer es dotal y se vuelve propiedad del marido; nada debe restituir; la mujer no tiene, pues, devoluciones que ejercer, porque no tiene propios. No es en virtud de la segunda parte del art. 1,443 como promueve, pide la separación porque su dote está en peligro (1). ¿Por qué tiene la mujer derecho para pedir la separación? Se dan razones que nosotros no podemos aceptar. La mujer, se dice, toma la mitad de la comunidad, esta parte representa las *devoluciones* que hubiere estipulado; si el desorden en los negocios del marido compromete estas *devoluciones* tiene derecho a pedir la separación (2). ¿Cómo puede calificarse de *devoluciones* un derecho que la mujer ejerce como socio aunque no aporte nada al matrimonio? La devolución implica bienes que han quedado como *propios* de la mujer, pues no puede *volver a tomar* lo que no le pertenece ya. Y en el ejemplo de Pothier la mujer no tiene propiedad; ¿cómo puede tener devoluciones? Es, pues, explicarse mal el decir que a la mujer le es permitido pedir la separación de bienes cuando por razón del desorden en los negocios del marido es de te-

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 391, nota 9, pfo. 515. Nancy, 14 de Marzo de 1837 (Daloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 1,629).

2 Durantón, t. XIV, pág. 540, núm. 503.

merse que no pueda *cobrar* una suma igual a la que puso en la comunidad (1). La mujer nada tiene que *cobrar* cuando su dote es mobiliar, porque dicha dote entra en la comunidad y se vuelve irrevocable propiedad del marido. ¿Por qué a pesar de esto tiene la mujer el derecho de promover en separación? La mujer sólo puso su fortuna en comunidad con la esperanza de que la aumentaría mediante la asociación: tal es la regla en efecto. Esta esperanza es en su mente la condición tácita bajo la cual contrata. Si consiente en dar a su marido un poder absoluto en sus bienes, es porque esta libertad de promover es favorable al espíritu de empresa. Pero si el marido, en lugar de administrar bien los bienes comunes, los disipa, ya sea en gastos locos, ya en malas especulaciones, la comunidad no tiene razón de ser; no cumpliendo el marido con las obligaciones que contrajo, la mujer debe tener el derecho de pedir la disolución de una convención que el marido no ejecuta. Esta es una especie de condición resolutoria tácita, salvo que la comunidad no está resuelta, está disuelta (2).

Bajo el régimen de la comunidad la dote comprende el mobiliar presente y futuro de la mujer. Los muebles futuros son ordinariamente más considerables que los presentes, porque es raro que la mujer haya recogido sus sucesiones cuando el matrimonio. De ahí la cuestión de saber si la mujer puede pedir la separación cuando los bienes que espera todavía no le son vencidos. La afirmativa es de jurisprudencia y nos parece segura. El texto está escrito en los términos más generales, habla de la dote que se encuentra en peligro; y bajo el régimen de la comunidad el mobiliar futuro es dotal tanto como

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 231, núm. 91 bis VI.

2 Troplong, t. I, pág. 383, núm. 1,313.

el presente. Se dice en vano que la dote no puede hallarse en peligro mientras que la mujer no la trae al marido; se la aporta por el solo hecho de casarse bajo el régimen de la comunidad, en el sentido de que el marido tiene el derecho de recibir los bienes futuros de la mujer; él es quien en la opinión común, acepta la sucesión, él quien la reparte, le pertenece en virtud de las convenciones matrimoniales. Luego los bienes futuros que tocan a la mujer son una dote en el sentido del artículo 1,443. El espíritu de la ley no deja ninguna duda en este punto. Quiere garantizar a la mujer contra la mala administración del marido, y no se le garantizaría si no se permitiera a la mujer promover sino hasta que el marido hubiese recibido los bienes, lo cual le daría tiempo para gastarlos inmediatamente. El remedio de la separación tiene por objeto poner a la mujer al abrigo del peligro que la amenaza, y el peligro supone precisamente males futuros, por consiguiente, puede existir para los bienes futuros. Volveremos a tratar esta cuestión más adelante.

La jurisprudencia se halla en este sentido. En un caso en el que la mujer nada había aportado cuando el matrimonio, la Corte de Colmar admitió la separación estableciendo en principio que la ley cree garantizar el porvenir de la mujer, y que si no aportó dote al casarse puede adquirir bienes por su trabajo, su industria o por sucesiones. Basta según esta interpretación que el desorden de los negocios del marido comprometa los derechos puramente eventuales de la mujer (1).

1 Colmar, 11 de Mayo de 1835 (Daloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 1,636). Lieja, 3 de Julio de 1830 (Daloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 1,638, 1º y **Pasicrisia**, 1830, pág. 170).

214. Lo que decimos del capital mueble se aplica a los productos de los bienes propios de la mujer. Estos productos entran en la comunidad con un destino convencional: el contrato tácito que se forma entre los esposos al casarse bajo el régimen de la comunidad legal dice que la mujer pone los productos de sus bienes en común para soportar los cargos del matrimonio. Si el marido no los emplea en este destino falta a la ley del contrato y, por consiguiente, la mujer puede pedir la disolución. Esto es de tradición. Cochín, en uno de sus elegantes alegatos, parece decir que la mujer no tiene el derecho de inquirir el empleo que el marido da a las rentas de sus propios; esto sería rebajar el estado del marido, dice; sería colocarlo bajo el yugo de su mujer y reducirlo a la simple calidad de intendente de sus bienes, de los cuales se le pudiera despojar si no estuviese contenta con su administración (1). He aquí un tema que se presta a la declamación judicial; D'Argentré había de antemano reducido esta elocuencia a la nada, diciendo que el marido tiene derecho a las rentas con obligación de mantener a la mujer y a sus hijos (2). Si el marido administra de manera que esta manutención esté comprometida, puede decirse a la lerta que la dote está en peligro. Parece extraño a primera vista que la mujer pueda quitar al marido la administración y el goce de sus propiedades después de haberlo constituido dueño y señor de ellos. Esto es confundir el poder marital, mientras dura la comunidad, con las garantías que la ley da a la mujer contra el exceso de este poder. Siendo la autoridad del marido limitada, la garantía de la mujer debe también serlo.

1 Cochín, **Obras**, t. V, pág. 142. Toullier, t. VII, 2, pág. 34, núm. 29.

2 D'Argentré, acerca del art. 433 de la **Costumbre de Bretaña**.

La abundante jurisprudencia acerca de este punto, prueba que el mal es frecuente y el remedio necesario. Se lee en una sentencia muy antigua de la Corte de Rennes, que el cuidado de la subsistencia de la mujer y de los hijos impone a los tribunales el deber de restablecer a la mujer en el goce de sus bienes. Estos son los términos que usa D'Argentré. La Corte agrega que no sería justo obligar a la mujer a continuar en una sociedad desigual (1). Este es el motivo de derecho y de equidad. Si la comunidad da al marido un poder absoluto, es por interés de la sociedad conyugal; desde el momento en que la administración del marido compromete este interés al grado de que la subsistencia de la mujer y de los hijos no esté ya asegurada, la mujer debe tener el derecho de disolver una sociedad que destruye sus derechos en lugar de conservarlos. Cuando el mal es actual no hay la menor duda; la misma Corte ha sentenciado la separación de bienes contra un marido disipador que dejaba a sus hijos y a su mujer faltándoles lo necesario (2). La Corte de Casación ha decidido en principio que hay lugar a sentenciar la separación cuando el marido se ha colocado en la imposibilidad de ministrar la subsistencia a su familia, subsistencias que las rentas de la dote están llamadas a satisfacer. En el caso, el primer juez había comprobado que no se podía dejar por más tiempo la administración de los bienes dotales al marido sin comprometer la existencia de la familia (3).

¿Deberá esperarse que la familia se halle sin lo nece-

1 Rennes, 13 de Marzo de 1813 (Daloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 1,631).

2 Rennes, 31 de Mayo de 1820 (Daloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 1,631).

3 Denegada, 28 de Febrero de 1842 (Daloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 1633).

sario para que la mujer pueda promover? La decisión depende de la interpretación que se dé a estas palabras del art. 1,443: "*hallándose en peligro la dote.*" Insistiremos sobre esto. Lo que acabamos de decir conduce a la consecuencia formulada por la jurisprudencia (1) y por los autores (4) de que la dote se halla en peligro cuando los productos de los propios de la mujer están desviados de su destino legal o, por mejor decir, convencional. En lugar de servir para las necesidades de la familia, se les emplea en pagar deudas del marido; (3) no es este el objeto de la comunidad, luego debe disolverse si así lo pide la mujer.

215. Si la mujer nada aportó, ni dote mueble ni dote inmueble ¿puede, sin embargo, pedir la separación de bienes? Según la letra del art. 1,443 habría que contestar negativamente. Es seguro que no puede tratarse de devoluciones cuando no hay propiedades. Tampoco se puede decir que la dote de la mujer esté en peligro, puesto, que en el sentido legal de la palabra no tiene dote. La definición de la dote dada por el art. 1,540 supone que la mujer aportó un *bien* al marido y por *bien* la ley entiende las cosas muebles o inmuebles que pertenecen a la mujer cuando el matrimonio, o que le vencerán durante él; los arts. 1,542 y 1,550-1,554, no dejan ninguna duda acerca de este punto. En consecuencia la mujer que no aporta al marido efectos muebles ni inmuebles, no tiene dote; desde luego es imposible decir que la dote de la mujer se encuentre en peligro. ¿Cuáles son los derechos de la mujer que no tiene dote? Tiene un derecho

1 Bruselas, 12 de Diciembre de 1832 (*Pasicrisia*, 1832, pág. 298). Grenoble, 16 de Marzo de 1855 (Dalloz, 1855, 5, 405).

2 Rodière y Pont, t. II, pág. 602, núm. 2,102. Troplong, t. I, pág. 383, núm. 1,313; Colmet de Santerre, t. VI, pág. 230, núm. 91 bis IV.

3 Orleáns, 7 de Agosto de 1845 (Dalloz, 1846, 2, 115).

eventual en la partición de la comunidad, si la acepta. La cuestión está, pues, en saber si por razón de este derecho en la comunidad la mujer puede pedir la separación. Según el texto, no. Hay, pues, que ocurrir a la tradición.

Pothier presenta claramente la cuestión: “Siendo el peligro de la dote de la mujer el fundamento ordinario de las demandas de separación de bienes ¿debe deducirse que la mujer que no aportó ninguna dote a su marido no pueda nunca pedir dicha separación?” Pothier contesta: “No, pues la mujer que no aportó ninguna dote puede tener un talento que la reemplace, como cuando es hábil costurera, buena bordadora, etc. Si esta mujer tiene un marido derrochador, al entrar todos los productos de su trabajo en la comunidad sólo sirven para fomentar los desórdenes de su marido o para pagar a sus acreedores; la mujer tiene, pues, interés en obtener la separación de bienes para conservar en el porvenir lo que gana con su talento” (1).

La palabra *dote* tiene, pues, en la tradición, en lo que se refiere a la separación de bienes, una significación especial: la industria de la mujer reemplaza su dote. Desde el punto de vista de los principios, esta doctrina se justifica perfectamente. Los productos del trabajo de la mujer entran en la comunidad (art. 1,498). ¿Por qué? Para soportar las cargas del matrimonio. Si la mujer trae cada año mil francos procedentes de su industria, aporta realmente a su marido un *bien*; no importa que esto sea en efectos muebles que le pertenezcan o que le correspondan por una sucesión, lo que es el sentido ordinario de la palabra *dote*, o que sea dinero que aporta a medida que lo va ganando; lo seguro es que tiene

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 512.

una parte puesta en la sociedad que existe entre ella y su marido, esta parte se llama dote en materia de comunidad. Si esta dote se encuentra en peligro ¿por qué no ha de poder la mujer pedir la separación de bienes? ¿Se dirá que esto es extender el art. 1,443? Sea, pero ¿cuál es el principio que se opone a ello? El texto no es restrictivo, y el espíritu de la ley mucho menos (1). La tradición, en una materia tradicional puede ser invocada para interpretar el Código, y la tradición es decisiva.

La doctrina se halla en este sentido, así como la jurisprudencia. Los autores consideran el trabajo de la mujer como una dote. Se puede, en efecto aplicar al producto del trabajo lo que hemos dicho de la dote que consta en un bien mueble o inmueble. La mayor parte de las comunidades no tienen otro activo que el que procede de la industria de cada esposo; el producto del trabajo de los esposos está destinado, lo mismo que la dote propiamente dicha, a mantener a la familia y formar un capital para el porvenir mediante la economía. Esta dote, ministrada por el trabajo, está en peligro cuando el marido la desvía de su destino empleándola en gastos locos o en especulaciones ruinosas. La analogía es completa; desde luego debe decirse que cuando existen los mismos motivos para decidir debe haber la misma decisión (2).

216. La cuestión se hace más dudosa cuando la mujer no tiene ningún bien ni ninguna profesión; en este caso no tiene dote en el sentido legal de la palabra, ni

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 390, nota 8, pfo. 516.

2 Colmet de Santerre, (t. VI, pág. 231, núm. 91 bis V), Troplong, tomo I, pág. 385, núm. 1,319), Toullier, (t. VII, 1, pág. 34, núm. 29) y Duranton (t. XIV, pág. 541, núm. 404) invocan consideraciones morales que son insuficientes para fundar un derecho. Consúltase Lieja, 23 de Abril de 1831 (*Pasicrisia*, 1831, pág. 105). Bruselas, 31 de Enero de 1838 (*Pasicrisia*, 1838, pág. 105). Bruselas, 31 de Enero de 1838 (*Pasicrisia*, 1838, pág. 21).

en el tradicional tal como lo explica Pothier. Sin embargo, creemos que hasta en este caso la mujer puede pedir la separación de bienes. Tiene un derecho en la comunidad, los bienes que la componen están destinados a la manutención de la familia; si el marido usa mal de su poder absoluto, gasta dichos bienes, no queda asegurada la subsistencia de la familia, el objeto de la sociedad conyugal no se consigue. Desde el punto de vista de los principios, esto bastaría para que la mujer pudiera promover la separación. Pero esto no basta, según el texto del art. 1,443; éste exige una dote que esté en peligro, es decir, un bien procedente de la mujer, que ha entrado por su parte en la comunidad. Debe, pues, verse si existe un bien procedente de la mujer. Puede decirse que en toda comunidad hay una parte procedente de la mujer. Si la industria de la mujer reemplaza la dote, por identidad de razón, su colaboración, su espíritu de orden y economía deben también considerarse como una dote. Es el trabajo de la mujer en la más lata acepción de la palabra el que contribuye a la prosperidad de la casa. Si el marido ministra los productos de sus bienes o de su industria, la mujer los emplea útilmente y los economiza para el porvenir. Tiene, pues, siempre una parte en la comunidad, por lo mismo siempre una dote; su colaboración de mujer de casa es también una dote, pues gana más gobernando su casa con inteligencia que bordando o cosiendo. ¿Se dirá que esto es una teoría sin fundamento en el texto ni en la tradición? Invocamos el art. 1,498 que habla de la *industria común* de los esposos y que se aplica a la mujer y al trabajo que constituye su misión. Invuquemos también la tradición. Se lee una acta notarial del Chatelet: “No es justo esperar que el bien que fué adquirido *ex mutua collaborationes* sea malgastado y

que una mujer que justifica que su marido, por sus desórdenes, *vergit ad inopiam*, pueda pedir la separación y la partición de la comunidad (1). Este es el principio tal cual lo hemos formulado; es la *industria común* de los esposos, como dice el art. 1,498, lo cual en la mayor parte de las familias es el único elemento de la comunidad; la mujer tiene seguramente parte en ella; en este sentido tiene una dote, por consiguiente, debe tener el derecho de pedir la separación cuando el fruto de sus economías se malgasta y está amenazada de quedarse sin recursos. Sin embargo, la cuestión no es dudosa y se concibe que los autores (2) así como los tribunales estén divididos (3).

217. Nos falta decir algunas palabras acerca de las devoluciones; el art. 1,443 permite a la mujer pedir la separación de bienes cuando el desorden de los negocios del marido da lugar a temer que los bienes de éste no sean suficientes para llenar los derechos y devoluciones de la mujer. Hemos explicado el texto (núm. 210) y la aplicación no da lugar a ninguna dificultad en lo que se refiere a los derechos de la mujer. Las devoluciones que la mujer puede ejercer con los bienes personales del marido, en caso de insuficiencia de la comunidad, son el reintegro de los propios, o de su precio, o de las indemnizaciones a las cuales el esposo tiene derecho cuando la comunidad se aprovechó de dichos propios. Es, pues, ne-

1 Pothier, **De la comunidad**, núm. 520.

2 Marcadé, t. V, pág. 581, núm. 1 del art. 1,443; Troplong, t. I, página 386 núm. 1,321; Rodière y Pont, t. III, pág. 601, núm. 2,101. En sentido contrario, Aubry y Rau, t. V, pág. 391, nota 9, pfo. 516 y los autores que citan.

3 Angers, 16 de Marzo, de 1808 (Daloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 1,635); Lieja, 5 de Junio de 1833 (**Pasicrisia**, 1833, 2, 170). En sentido contrario, París, 9 de Julio de 1811 (Daloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 1,637) y Metz, 14 de Abril de 1821 (*ibid.*, núm. 1,646).

cesario que la mujer tenga propios para que tenga derecho a devoluciones. Se necesita, además, que haya desorden en los negocios del marido y que este desorden sea un peligro para la mujer. En primer lugar, la comunidad será mala en vista de estos desórdenes, de manera que la mujer no podrá ejercer sus devoluciones en los bienes comunes. Tendrá, en este caso, recurso contra los bienes del marido, pero este recurso puede también hacerse ilusorio a consecuencia de los malos negocios del marido. En estas circunstancias, no sólo la dote mueble estará en peligro sino también los propios de la mujer se encontrarán amenazados de perecer en el naufragio: sólo le queda una vía de salvación, ésta es la separación de bienes (1).

Núm. 3.—De las pruebas.

218. La mujer que pide la separación de bienes debe probar la existencia de las causas por las cuales la ley le permite promover la disolución de la comunidad. ¿En qué consiste esta prueba? Esta cuestión da lugar a numerosas dificultades. Creemos que provienen de la confusión que hacen la mayor parte de los autores de las dos causas por las que la separación puede ser pedida: el peligro de la dote y el peligro de las devoluciones. Si se admite que ambas causas sólo constituyen una sola, resulta que se debe aplicar al peligro de la dote lo que la ley dice de las devoluciones, es decir, que la mujer deberá probar en todos los casos el desorden de los negocios del marido, y que este desorden da lugar a temer

1 No hay para qué distinguir entre las devoluciones actuales y las devoluciones futuras. Bruselas, 12 de Diciembre de 1832 (*Pasilcrisia*, 1832, pág. 288).

DE LA COMUNIDAD LEGAL

275

que estos bienes no sean suficientes para llenar los derechos de la mujer, ya por lo que mira a su dote, ya en cuanto a sus devoluciones.

En nuestro concepto, el texto de la ley se resiste a esta interpretación. La dote de la mujer, bajo el régimen de la comunidad legal, nunca da lugar a una acción sobre los bienes personales del marido, pues esta dote entra en la comunidad y la mujer no tiene ya ningún derecho sobre ella; sus efectos muebles y sus rentas se confunden en la masa, la mujer sólo tiene ya derecho en ellas como copartícipe; aunque el marido hubiese disipado todas sus rentas y toda su fortuna mueble, es decir, toda su dote, la mujer no tendría por este capítulo ninguna acción sobre los bienes de su marido. Luego es imposible aplicar al peligro de la dote lo que dice el final del artículo 1,443 hablando de los derechos y devoluciones de la mujer, pues si estas devoluciones dan a ésta el derecho de promover la separación, esto es porque la mujer puede actuar contra los bienes personales de su marido; sólo en este caso se puede probar el desorden de los negocios del marido y la insuficiencia de sus bienes personales. El peligro de la dote existe independientemente de la insuficiencia de los bienes del marido; esta causa de separación nada tiene de común con los bienes del marido, porque la mujer no posee ninguna acción en estos bienes por razón de su dote. Es, pues, de toda necesidad distinguir las dos causas que dan lugar a la separación; cada una tiene sus condiciones particulares, por lo mismo, cada cual tiene también sus pruebas especiales.

I.—¿Cuándo se encuentra en peligro la dote?

219. La dote de la mujer comprende su fortuna mue-
P. de D. C. TOMO XXII.—18

ble presente y futura y los productos de sus propiedades. Comensemos por el capital mueble. Si éste se encuentra en peligro la mujer puede pedir la separación. ¿Cuándo puede decirse que la dote mueble está en peligro? El peligro no concierne a la restitución de la dote, pues ésta no se restituye a la mujer, no tiene ésta ninguna acción contra su marido por este punto; el peligro sólo existe, por lo que se refiere al empleo de la dote. ¿Para qué la aportó la mujer al marido? La ley lo dice: para subvenir a los cargos del matrimonio; agreguemos: y para hacer fructificar y prosperar la puesta social de ambos esposos. Toda sociedad se contrata con espíritu de ganancia (art. 1832); la comunidad no constituye excepción: los esposos procuran aumentar su fortuna, menos para procurarse para sí los mayores goces que para educar y establecer a sus hijos. Tal es el destino de la dote según la intención de las partes contratantes. Si este destino no se cumple la dote está en peligro, porque si el marido, en lugar de emplearla en las necesidades actuales y futuras de la familia, la gasta, la disipa, la mujer no encontrará ya su puesta cuando la disolución de la comunidad. ¿Cómo evitar la ruina que la amenaza? El marido tiene un poder absoluto para usar y abusar; la mujer no puede intervenir en su administración, no puede oponerse a los actos de mala gestión; sólo tiene un medio para salvar su dote: éste es pedir la disolución de la comunidad. ¿Qué debe probar? El peligro de la dote, es decir, que el marido no la emplea en su destino legal y convencional.

Tal es el texto y el espíritu de la ley cuando la mujer pide la separación por encontrarse su dote en peligro. ¿Se necesita además que pruebe el desorden de los negocios del marido y la insuficiencia de sus bienes? En

nuestra opinión la cuestión no tiene razón de ser. Si la ley habla de la insuficiencia de los bienes del marido es porque la mujer tiene un recurso contra los bienes del marido para el ejercicio de sus devoluciones. Y la dote mueble no da lugar a ninguna devolución, a ninguna acción sobre los bienes personales del marido; sería, pues, absurdo obligar a la mujer a que probara que los bienes del marido son insuficientes para llenar los derechos de la mujer cuando no tiene derecho sobre estos bienes. En cuanto al desorden en los negocios del marido, la ley sólo habla de él para inducir que es de temer que los bienes del marido sean insuficientes para el ejercicio de las devoluciones de la mujer. Luego la mujer no necesita probar el desorden cuando sólo se trata del peligro de su dote.

¿Se dirá que el peligro de la dote, tal cual lo entendemos, acusa un cierto desorden, si no en los negocios del marido cuando menos en la gestión de la comunidad? Sin duda, puesto que en lugar de emplear la dote de la mujer en su destino, el marido abusa de ella en gastos ruinosos para la comunidad. Así, el desorden que supone el peligro de la dote es para con la administración de la comunidad; el marido, en lugar de usar de su poder de señor y dueño para acrecentar la comunidad y enriquecerla, abusa de él. Si continúa esta mala gestión, la ruina de la mujer será la consecuencia, la dote está en peligro; por esto la mujer tiene el derecho de demandar la separación de bienes. ¿Qué debe probar? Nada, si no es que el marido no emplea la dote en su destino convencional y legal. Puede suceder que no haya ningún desorden en los negocios del marido: cuida sus bienes y gasta los bienes comunes. ¿Quiere esto decir que la demanda de separación no sea admitida? En opinión

general debiera decirse, puesto que se sostiene que la mujer debe probar la insuficiencia de los bienes del marido. Esto es absurdo. ¿Qué importa a la mujer que los bienes del marido sean gestionados con cuidado, si su dote es mal gastada y si nada le queda de su fortuna?

220. Excelentes autores se han dado cuenta de que hay que hacer una distinción entre el peligro de la dote y el de los derechos y devoluciones. Aubry y Rau enseñan que la mujer que pide la separación fundándose en el peligro en que se halla su dote, debe probar que el peligro que alega tiene por causa la mala administración o la mala conducta del marido (1). Esto es ir más allá de la ley. Es verdad que cuando el marido no emplea la dote de la mujer en su destino convencional y legal, la causa ordinaria está en una vida de desórdenes o en una mala gestión; de manera que el marido gasta la dote de su mujer en sus excesos o se convierte en presa de los acreedores. Pero la ley no pide que la mujer pruebe la causa del peligro en que se encuentra la dote, sólo exige que la dote esté peligrando y que este hecho esté comprobado. Colmet de Santerre dice muy bien que la ley no quiso obligar a la mujer a probar la mala conducta de su marido, o su incapacidad, o sus especulaciones ruinosas; si se le obligase a ello, la mayor de las mujeres retrocederían ante la acción de separación; al establecer una garantía en favor de la mujer, la ley ha tenido que vigilar que esta acción fuese posible; y se haría imposible si para obtener la separación la mujer tuviera que descubrir las faltas de su marido (2). Se olvida que la vida común continúa en caso de separación de bienes, y ¿cómo había de ser posible la vida común si la mujer debiera pro-

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 392 y nota 14, pfo. 516.

2 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 233, núm. 91 bis IX.

DISPOSICIONES GENERALES

279

bar las faltas de su marido o su incapacidad para gestionar sus negocios?

221. Lo que hemos dicho de los muebles dotalés se aplica a la letra a los productos de los propios de la mujer. Estos productos tienen el mismo destino que la dote mueble; desde que el marido no los emplea a este destino, la dote está en peligro, pues estos productos hacen parte de la dote, y desde que la dote está comprometida hay lugar a la separación. Esto es evidente cuando el temor se ha realizado ya, es decir, cuando la mujer y los hijos no tienen lo necesario. No hay para que buscar cuales son las causas del hecho; éste basta para sí.

Debe irse más allá. Nada le falta todavía a la mujer, se provee ampliamente a sus necesidades; pero la gestión del marido hace temer que los productos de la mujer no sean empleados en su destino si continúa la comunidad. ¿Se permitirá a la mujer pedir la separación? La cuestión fué debatida ante la Corte de Casación por un hábil abogado, Fabre, más tarde Procurador General. Las partes en causa eran una Duquesa de Montmorency que pedía separación de bienes contra un Talleyrand-Périgord, Duque de Valencay. Ella se fundaba en que su marido había contraído deudas considerables que estimaba en un millón; estas deudas, decía, ponían en peligro los productos de su dote de 4.000,000 francos porque éste era el único valor con el cual se podían pagar. El abogado reconocía que la separación puede ser pedida cuando los productos de la dote no se emplean en su destino, es decir, cuando la familia está amenazada con la miseria o, cuando menos, cuando puede menguar la situación a la que le da derecho el estado del marido. Pero mientras que el marido satisface a sus obligaciones de padre y de marido, la mujer no tiene derecho para quejarse.

Y en el caso no se le reprochaba al marido el no haber subvenido convenientemente a las necesidades de la familia, sólo se pretendía que tendría que emplear una parte de las rentas de su mujer para saldar su pasivo. ¿Qué importaba si el resto y su personal fortuna le permitían mantener su casa en el pie que debía tener? La Corte de Casación pronunció, no obstante, una sentencia de denegada. Sienta en principio que los productos de los bienes dotales, por tener que servir para soportar los cargos del matrimonio, forman parte de la dote. Puede, pues, haber peligro para ésta si por actos del marido las rentas no tienen el destino que les da la ley. Y la Corte de París había comprobado de hecho que el marido era deudor de sumas importantes, lo que probaba el desorden en sus negocios; la Corte deducía que dicho desorden era de naturaleza tal que hacía temer que las rentas de la mujer fuesen desviadas en gran parte de su destino, para el pago de las deudas del marido (1). El hecho así comprobado decidía la cuestión. En vano decía el recurso que se daba ampliamente lo necesario a la familia; no es por razón de la miseria o del menoscabo actual y ya existente por lo que la ley autoriza la disolución de la comunidad, es por causa del *peligro* que tiene la dote; y el peligro se refiere necesariamente a lo futuro, y al juez del hecho toca decidir si estos temores están fundados.

La jurisprudencia opina en este sentido. En un caso sentenciado por la Corte de Caen constaba que el capital de la dote no se encontraba en peligro, pero los productos de ella eran absorbidos por las deudas del marido y, por consiguiente, desviados de su destino legítimo. Esto bastaba para justificar la demanda de separación, aunque se hubiese establecido que las deudas del marido no eran

1 Denegada, 17 de Marzo de 1847 (Dalloz, 1847, 1, 140).

imputables a su mala conducta. No había, pues, desorden; no había insuficiencia de los bienes del marido; no obstante, la separación fué sentenciada. Esta es la aplicación de nuestra doctrina (1).

222. Hemos supuesto que el marido está en posesión de la dote y que no emplea los productos en su destino convencional. Puede suceder que la dote no haya sido pagada aún. ¿Podrá, no obstante, la mujer pedir la separación? A primera vista se está dispuesto a contestar que no corre peligro la dote mientras no la percibe el marido; pero esto sería olvidar que la ley se refiere a lo futuro, en el sentido de que en su justa previsión cuida de que la dote sea empleada en su destino; desde que hay lugar a temer que esto no sucederá, la mujer debe tener el derecho de conjurar el peligro que la amenaza cuando se pague su dote. La Corte de Burdeos lo sentenció así, sentando en principio que no es necesario que la dote haya sido entregada al marido; basta que pueda recibirla en cualquier momento y que dé lugar a temer que la dote no se hallará en seguridad en sus manos (2).

Hay una sentencia, en el mismo sentido, de la Corte de Casación. Pero la Corte confunde las devoluciones con el peligro de la dote. Los padres habían constituido a su hija una dote de 180,000 francos. Esta dote, por ser puramente mueble, no daba lugar a ninguna devolución. La mujer no podía, pues, pedir la separación sino fundándose en el peligro de la dote, es decir, en que había lugar a temer que la dote no fuese empleada en su destino. La Corte dice que no es necesario que la dote se halle perdida en todo o en parte, que basta que se encuentre en peligro; esto es verdad, pero la sentencia agrega que se en-

1 Caen 11 de Diciembre de 1848 (Dalloz, 1850, 2, 16).

2 Burdeos, 1º de Mayo de 1848 (Dalloz, 1848, 2, 192).

cuenta en peligro cuando los desórdenes de los negocios del marido son tales que sus bienes no bastan para garantizar las devoluciones de la mujer. Aquí la Corte confunde dos casos absolutamente distintos: la mujer no tenía derecho a devoluciones, nunca podía tenerlas por su dote mueble, a no ser que la hubiese realizado, lo cual no lo dice la sentencia. Desde luego la Corte hizo mal en hablar de devoluciones y de insuficiencia de los bienes. Bastaba comprobar, como lo hizo la Corte de Apelación, que había lugar a temer que la dote, si se pagaba al marido, sirviera para pagar sus deudas (1).

II.—¿Cuándo las devoluciones están en peligro?

223. Según el art. 1,443, “la mujer puede pedir la separación de bienes cuando *el desorden de los negocios del marido da lugar a temer que los bienes de éste no sean suficientes para llenar los derechos y devoluciones de la mujer.*” La mujer debe, pues, probar que tiene devoluciones que ejercer; acerca de este punto trasladamos a lo que fué dicho más atrás. Si la dote es puramente mobiliar, la mujer no tiene devoluciones que ejercer; por consiguiente, no puede pedir la separación por razón del desorden en los negocios de su marido y de la insuficiencia de sus bienes para el pago de las devoluciones. Si la mujer tiene propios, tiene devoluciones, cuando menos eventuales, y estas devoluciones le dan una acción sobre los bienes del marido (art. 1,472); el desorden de los negocios del marido puede comprometer este recurso. La mujer tiene, pues, que probar que los negocios del marido están mal, puesto que este desorden da lugar a temer la insuficiencia de sus bienes para llenar las devoluciones.

1 Denegada, 11 de Agosto de 1870 (Dalloz, 1870, 1, 288).

224. ¿Qué se entiende por desorden? Se pregunta si se trata de un desorden moral, de mala conducta. La misma ley contesta la cuestión: dice que el desorden *en sus negocios*. Sin duda este desorden puede provenir de la mala conducta, el desorden moral tiene ordinariamente como consecuencia el desorden material. Pero la ley no quiere que se investiguen las causas del desorden que existe en los negocios del marido. Se conforma con el hecho. Este hecho puede tener muchas causas independientes de la conducta del marido; una revolución, una crisis industrial o comercial, pueden traer el desorden de los negocios aunque ninguna culpa tenga el marido. Es inútil insistir, puesto que el texto es terminante, y este es el parecer de todos los autores (1).

El desorden en los negocios ¿implica, cuando menos, la prueba de una mala gestión? En realidad, tal será el caso ordinario. No todos los días hay revoluciones o crisis; por otra parte, estos acontecimientos extraordinarios sólo alcanzan a los comerciantes y a los industriales. Si, pues, los negocios del marido están mal, la primera causa será frecuentemente la mala gestión. ¿Quiere esto decir que la mujer deba probar que el marido administra mal? Repetimos que la ley no exige que la mujer señale la causa que ha producido el desorden en los negocios del marido; esto puede tener muchas causas, y las hay, que la mujer tal vez ignore, otras hay que tiene interés en esconder para no avergonzar al marido y hacer la vida común imposible. Sería, pues, estorbar el derecho de la mujer exigirle pruebas tan delicadas y tan difíciles. Por lo demás, ¿de qué servirían? El hecho del desorden

1 Troplong, núm. 1,329, dice: "Si se pesan los términos del art. 1,443 se verá que la insuficiencia de los recursos del marido debe provenir de su mala conducta." Y en el núm. 1,333 Troplong establece muy bien lo contrario.

basta para que los derechos de la mujer se encuentren comprometidos; se entiende si el desorden hace que los bienes del marido sean insuficientes para llenar las devoluciones de la mujer.

La tradición opina en este sentido. “No es necesario, dice Pothier, que el mal estado de los negocios del marido haya sucedido por su culpa o por su mala conducta. Aunque el desarreglo en los negocios provenga por culpa suya, por pérdidas considerables sobrevenidas en su comercio y que no pudo prever, basta para obtener la separación que las bienes del mardo no sean suficientes para devolver la dote de la mujer.” Estas últimas expresiones no son exactas. Bajo el régimen de la comunidad legal, los bienes del marido no responden por la dote, puesto que la mujer no tiene ninguna acción por este punto en los bienes del marido; por *dote* debe aquí entenderse *derechos y devoluciones* de la mujer para las cuales la ley le da acción contra el marido. Hay otra reserva que hacer acerca de lo que dice Pothier: la insuficiencia de los bienes no basta para autorizar la separación; volveremos a tratar este punto. La doctrina de los autores modernos está conforme con la tradición (1).

Queda por saber cuándo puede decirse que hay desorden en los negocios del marido. Esta es una cuestión de hecho de la cual la doctrina hace mal en ocuparse porque no puede prever las mil circunstancias que se encuentran en los diversos casos. Así se pregunta si hay desorden cuando el marido ha sufrido pérdidas en su comercio o en su industria. Se puede responder que sí y

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 510. Aubry y Rau, t. V, pág. 392, nota 13, pfo. 516, y Rodière y Pont, t. III, pág. 598, núm. 2,094, citan las autoridades.

que no (1) afirmativamente si las pérdidas han descompuesto sus negocios provocando promoción y embargos e impidiéndole pagar sus deudas. No, si las pérdidas no han alterado su crédito. Abandonemos estas dificultades a los jueces que podrán ilustrarse en la demanda y en la defensa y que decidirán de hecho lo que no pudiera hacer en teoría el jurisconsulto más sutil.

225. El desorden sólo no basta: es necesario, según el art. 1,443, que dé lugar a temores de que los bienes del marido no basten para llenar las devoluciones de la mujer. La insuficiencia de los bienes del marido, según el texto de la ley, debe ser la consecuencia del desorden de sus negocios. Si los bienes eran ya insuficientes cuando la celebración del matrimonio y además ningún desorden ha sobrevenido desde entonces, la mujer no podrá pedir la separación de bienes. Para que haya lugar a pedir la disolución de la comunidad es necesario que sobrevenga un cambio en la situación de las partes contratantes. Así los bienes del marido suficientes para responder por las devoluciones de la mujer cuando el matrimonio, se hacen insuficientes a consecuencia del desorden de sus negocios; él mismo rompe, en este caso, el contrato disminuyendo o destruyendo las garantías con que contaba la mujer. Pero si el marido era ya insolvente cuando el matrimonio, en el sentido de que sus bienes eran insuficientes para llenar los derechos y devoluciones de la mujer, ésta no puede quejarse de que el contrato sea roto en su perjuicio; el contrato permanece lo que era, nada ha

1 Rodière y Pont, t. III, pág. 598, núm. 2,095; Colmet de Santerre, t. VI, pág. 232, núm. 91 bis VIII. Véanse casos en las sentencias relatadas por Dalloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núms. 1640, 1643-1645.

cambiado la situación de las partes, luego no hay lugar a pedir la disolución de la comunidad (1).

226. El art. 1,443, al habrar de las devoluciones, se expresa en términos análogos a los que emplea al hablar de la dote. Esta debe de estar en *peligro* y el desorden de los negocios del marido debe dar lugar a *temer* que sus bienes no sean *suficientes*, o, para decir mejor, que se vuelven insuficientes a consecuencia de dicho desorden. No es, pues, necesario que los bienes sean insuficientes; la ley, en su solicitud, piensa en el porvenir de la mujer, a la que quiere asegurar desde que los negocios del marido se hallan en mal estado. La separación es una garantía, y ésta sería divisoria si para promoverla la mujer tuviera que esperar a que se realizara el mal. Es en este sentido como debe entenderse lo que dice Pothier: “No es necesario para que la mujer pueda pedir la separación, que el marido esté enteramente en la insolvencia; la separación sería entonces para ella un remedio inútil. Basta que comience a serlo y que la mala marcha de sus negocios *dé lugar a temer* que llegará a serlo completamente.” El Código es más explícito. La *mala marcha* que toman los negocios del marido debe constituir un *desorden* y la insuficiencia de los bienes debe ser la consecuencia de este desorden. De manera que accidentales y reparables pérdidas no permitirían a la mujer promover la separación. La palabra *desorden* implica un mal que irá creciendo y acabará por la ruina del marido. Pero también desde que el desorden existe y que inspira temor para el porvenir, la mujer puede pedir la separación de bienes.

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 392 y nota 12, pfo. 516. Rodière y Pont, t. III, pág. 599, núm. 2,098; Troplong, t. I, pág. 386, núm. 1,329. Turín, 23 de Marzo de 1811 (Dalloz, en la palabra Contrato de matrimonio, núm. 1,651).

DE LA COMUNIDAD LEGAL.

287

La doctrina (1) y la jurisprudencia están en este sentido. Se lee en una sentencia de la Corte de Rouen: "Para obtener la separación de bienes, la mujer no está obligada a probar precisamente la quiebra de su marido y demostrar por una especie de liquidación previa de su haber, que éste se encuentra en la imposibilidad de satisfacer a todos sus compromisos." El primer juez así lo había decidido; al reformar su decisión, la Corte dice que en esta doctrina el remedio de la separación ya no lo sería para la mujer, puesto que la separación no podía obtenerse sino cuando ésta no tuviera ya manera de salvar sus devoluciones. Según la ley, dice la sentencia, la mujer sólo tiene que probar una cosa, que el mal estado de los negocios de su marido es tal que sus devoluciones están en peligro (2).

227. De esto se sigue que la mujer no puede promover si la insuficiencia de los bienes del marido no es de temer, aunque hubiese algún desorden en sus negocios. Así, la circunstancia de que el marido tiene deudas no autoriza a la mujer para pedir la separación de bienes. Esto es seguro cuando las deudas existían ya en la época del matrimonio: la mujer no tiene derecho de quejarse en este caso, puesto que ningún cambio ha sobrevenido en la situación de su marido; a la mujer tocaba estipular la separación de deudas, si quería ponerse al abrigo de las deudas de su futuro esposo; no lo hizo, debe sufrir las consecuencias.

La separación de bienes es un remedio contra los peligros que se producen durante la comunidad; si las cosas quedan en el estado en que estaban cuando la celebra-

1 Toullier, t. VII, 1, pág. 34, núm. 29. Rodière y Pont, t. III, pág. 599, núm. 2,097. Colmet de Santerre, t. VI, pág. 234, núm. 91 bis X.

2 Rouen, 30 de Agosto de 1856 (Dalloz, 1857, 2, 99).

ción del matrimonio, no hay ningún motivo para derogar la inmutabilidad de las convenciones matrimoniales (1). Lo mismo sucedería si las deudas hubiesen sido contraídas posteriormente al matrimonio; las deudas por sí solas no son una prueba del desorden y no inspiran ningún temor para el porvenir, debe verse con qué objeto fueron contraídas. Puede suceder que en lugar de ser un signo de ruina tiendan el crédito del marido favoreciendo sus empresas. Pero si las deudas fomentaban especulaciones ruinosas, o eran la consecuencia de gastos locos, habría desorden y temor de insolvencia.

228. Los temores de insolvencia no bastan para justificar la separación de bienes; la ley exige que la insuficiencia de los bienes del marido comprometa las devoluciones de la mujer. Si ésta tiene garantías para el ejercicio de sus derechos contra el marido, no puede promover la separación, cualquiera que sea el desorden en sus negocios, pues no se puede decir que sus devoluciones peligran. La mujer tiene una hipoteca legal para sus derechos y devoluciones; si dicha hipoteca le da entera seguridad, no será admitida a pedir la separación de bienes, puesto que el pago de sus devoluciones está asegurado (2).

Hay, sin embargo, que aceptar con reserva esta decisión. Nos referimos a la segunda de las causas por las que la separación puede ser pedida: el peligro de las devoluciones; es seguro que si no hay peligro la separación no puede ser promovida por este capítulo. Pero podría serlo si la dote se encuentra en peligro, y la dote puede estarlo en el sentido legal de la palabra, a pesar de

1 Denegada, Cámara Civil, 15 de Julio de 1867 (Dalloz, 1867, 1, 321).

2 Toullier, t. VII, 1, pág. 34, núm. 29. Troplong, t. I, pág. 386, número 1324.

la hipoteca legal. Supongamos que el marido tenga más deudas que bienes, esto no compromete las devoluciones de la mujer si su hipoteca legal prima la de los demás acreedores. Pero esta situación pone la dote en peligro, porque los acreedores pueden embargar el total de los muebles y los productos de los propios, o el marido puede emplear las rentas en pagar los intereses de las deudas, lo cual lo pondrá en la imposibilidad de proveer a las necesidades de la familia. En este sentido la dote de la mujer estará en peligro y, por consiguiente, ésta se hallará en aptitud de promover la separación. Tal cosa prueba que deben distinguir las dos causas por las cuales la ley permite pedir la separación de bienes. Los autores mismos que enseñan que ambas causas se confunden, lo hacen notar. Colmet de Santerre dice muy bien: "Si la causa de la separación es la disipación de los productos de los propios de la mujer o de los productos de su trabajo, la hipoteca legal no es obstáculo para la separación, pues el marido es deudor por este punto y, por consiguiente, la hipoteca es insuficiente." La dote mueble no se restituye, ni los productos del trabajo; no puede, pues, haber lugar a separación por insuficiencia de los bienes del marido, lo cual no impide que estos recursos se hallen desviados de su destino cuando el marido tiene deudas que absorben sus rentas. La hipoteca legal impide, en este caso, que la mujer pida la separación por peligro de sus devoluciones, pero no la impide para pedirla por el peligro de la dote (1).

Hay todavía una observación que hacer en lo que concierne a la hipoteca legal. Según nuestro sistema hipotecario, la hipoteca legal de la mujer está sometida a las reglas de la especialidad y de la publicidad; la mujer

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 235, núm. 91 bis XII.

no tiene, pues, hipoteca legal para sus devoluciones sino desde el día en el que la haya registrado; y no puede registrar un crédito que no existe; no tiene nunca, por lo mismo, hipoteca para sus devoluciones futuras, sólo la tiene para las devoluciones existentes cuando la inscripción. Síguese de esto que la mujer podrá ser preferida por los acreedores anteriores. La hipoteca legal no impedirá que la mujer pida la separación; puede promoverla desde que hay lugar a temer que sus *futuras* devoluciones estén comprometidas; y no tiene hipoteca para las devoluciones futuras hasta que la devolución nazca y el registro se efectúe. Y en este momento la mujer será preferida por los acreedores anteriores. Debemos agregar que esto es muy discutido y dudoso.

229. ¿Qué debe decidirse si las devoluciones de la mujer se hallan garantizadas por una hipoteca convencional? Desde que hay hipoteca completa para el pago de las devoluciones ya no se puede decir que haya lugar a temer que los bienes del marido sean insuficientes para satisfacer a la mujer. Hay, pues que aplicar a la hipoteca convencional lo que acabamos de decir de la hipoteca legal (1).

Existe una sentencia de la Corte de Casación que parece opuesta a la anterior. La Corte de Apelación comprueba de hecho que la dote de 60,000 francos había sido malgastada y que el marido no se encontraba en estado de cumplir los derechos y devoluciones de la mujer; desecho, no obstante, la demanda de separación, fundándose en una garantía hipotecaria ministrada por el padre del demandado. No se ve por la sentencia bajo que régimen estaban casados los esposos. Bajo el de la comu-

1 Consúltase Troplong, t. I, pág. 387, núm. 1328, quien tiene razón en el fondo, pero que embrolla todas las cosas.

nidad no puede tratarse de la restitución de una dote mueble; así es que por este capítulo no había lugar a la separación de bienes. Sólo podrá haber peligro de la dote en el sentido de que habiéndola gastado el marido no podía emplearla en su destino. La sentencia de Casación nada dice acerca de este punto, de modo que, en definitiva, no se sabe lo que quiso decir la Suprema Corte. Dice que la ley hace depender el derecho de pedir la separación de bienes, no de las probabilidades más o menos seguras de la *restitución* de la dote en el fin del matrimonio, sino del hecho de la *mala administración* del marido, a consecuencia de la cual la dote se encuentra actualmente comprometida y con mayor razón cuando ha sido ya malgastada (1). Si esto quiere decir que la mujer promovía la separación por *peligro de la dote* en el sentido legal de la palabra; tiene razón; pero entonces era inútil hablar de la restitución de la dote y de las garantías que la aseguran, porque los frutos de la dote pertenecen al marido y no deben ser restituidos bajo ningún régimen. Sólo que los productos de los bienes de la mujer tienen un destino legal; si el marido los disipa, la mujer puede promover la separación.

Una sentencia de la Corte de Orleáns distingue claramente lo que la Corte de Casación parece confundir. Una cosa es la dote y otra las devoluciones. Estas se ejercen en la disolución del matrimonio o de la comunidad, tienen por objeto garantizar a la mujer la propiedad de sus bienes. Si la mujer tiene garantía por una hipoteca legal o en otra cosa, no podrá promover la separación fundándola en la insuficiencia de los bienes del marido. La dote, por el contrario, bajo el régimen de la comunidad,

1 Casación, 27 de Abril de 1847 (Dalloz, 1847, 1, 125).

no se restituye; tiene un destino legal, el de subvenir a los gastos del matrimonio, a la manutención y educación de los hijos. Si la dote se desvía de este destino, se encuentra en peligro, según el lenguaje del Código y, por consiguiente, la mujer puede pedir la separación de bienes (1).

230. Existen hechos que alteran más o menos las relaciones pecuniarias de los esposos y hasta atacan las convenciones matrimoniales. ¿Resulta de esto que la comunidad se disuelva de pleno, o que cuando menos pueda disolverse a pedimento de la mujer?

La quiebra del marido autoriza a la mujer para pedir la separación de bienes. Esto se comprende, la dote está en peligro, mejor dicho, ya pereció, puesto que los acreedores recogen el activo de la comunidad. ¿No es esto una razón para declarar disuelta la asociación conyugal? No, pues el principio es que las convenciones matrimoniales sólo se deshacen por causas determinadas por la ley; y el Código no considera a la quiebra entre estas causas de disolución (art. 1,441). Esto es decisivo, pues no puede haber disolución de derecho pleno sino en virtud de la ley. Sin embargo, un autor estimado escribe que la quiebra opera la disolución de la comunidad de pleno derecho. Se dice: ¿cómo conservará el marido la administración de los bienes de la mujer cuando ya tiene perdida la de los suyos, y con qué título puede gozar de los frutos afectos a cargas que ya no puede soportar? (2) Es verdad que la situación del marido está gravemente alterada y en teoría se pudiera deducir que la comunidad se halla rota (art. 1,865, 4º). Así pasa con la sociedad ordi-

1 Orléans, 7 de Agosto de 1845 (Dalloz, 1846, 2, 114). Consúltense Montpellier, 20 de Enero de 1852 (Dalloz, 1852, 2, 170).

2 Rodière y Pont, t. III, pág. 605, núm. 2106.

naria; pero la comunidad se encuentra sujeta a reglas especiales; no es el art. 1,865 el que decide la cuestión, sino el 1,441; y el silencio de la ley, en lo que toca a la quiebra, no permite sostener que la comunidad esté disuelta de pleno derecho. Aun hay más: el art. 1,446 implica que la comunidad subsiste en caso de quiebra del marido; si estuviera disuelta, la ley no necesitaría ocurrir a una ficción para considerarla como disuelta respecto de los acreedores; la ficción prueba que la comunidad subsiste entre los esposos apesar de la quiebra. La opinión de Rodière y Pont ha quedado aislada, porque no podemos tomar a lo serio lo que dice Troplong de que la separación se efectúa *de alguna manera* de derecho pleno cuando el marido se presenta en quiebra (1). ¿Qué es esto de una disolución *de alguna manera*? Esto es no decir nada. La jurisprudencia permite a la mujer pedir la separación en caso de quiebra, pero nunca se pretendió siquiera ante los tribunales que la comunidad estuviera disuelta de pleno derecho (2).

231. El estado de demencia del marido ¿autoriza a la mujer a pedir la separación de bienes? Mientras la demencia del marido no está legalmente comprobada por su entredicho no puede tratarse de una disolución de derecho pleno. Aun es dudoso que la mujer pueda, por este punto, pedir la separación. La afirmativa ha sido resuelta por el Tribunal del Sena. El Tribunal dijo que el estado de demencia constituye un incesante peligro para la mujer, ya sea en lo que se refiere a su dote, ya por lo que mira a sus devoluciones. En efecto, el marido incapaz para administrar debe, necesariamente, compro-

1 Troplong, t. I, pág. 405, núm. 1395.

2 Lieja, 25 de Noviembre de 1824 (*Pasicrisia*, 1824, pág. 229); 3 de Julio de 1830 (*ibid.*, 1830, pág. 170). Gaute, 31 de Diciembre de 1859 (*ibid.*, 1860, 2, 86).

meter los intereses de la comunidad y los de la mujer. Por esta consideración es por lo que la ley quiere que esté entredicho; el entredicho tiene únicamente por objeto resguardar los intereses de la familia y de la persona demente; es decir que si no hay entredicho no existe peligro para la mujer (1). Un tribunal se ha pronunciado por la opinión contraria (2). En teoría, preferimos la decisión del Tribunal del Sena. No es a un marido demente a quien el contrato ha confiado la administración de la comunidad y de los bienes personales de la mujer; dejar un poder absoluto en manos de un hombre que no goza de su razón, es favorecer los abusos. Por otra parte, este hecho, que sobreviene durante la comunidad, cambia radicalmente la situación de las partes contratantes; la demencia del marido disuelve de hecho la sociedad; luego la ley debería permitir disolverla de derecho. Pero no se trata de lo que debiera haber hecho el legislador, se trata de saber lo que ha hecho. Ha declarado la comunidad irrevocable, y sólo permite la disolución mediante sentencia de juez pronunciada por las causas que prevé en el artículo 1,443. Se dirá en vano que la ley no es restrictiva. Lo admitimos; de hecho, la mujer podrá pedir la separación probando que la demencia del marido tiene por efecto poner en peligro su dote o sus devoluciones. Pero a ella toca dar esta prueba. Decir que hay peligro por sólo estar demente el marido es dispensar de la prueba por una presunción: ¿Puede el intérprete crear presunciones e invertir el orden de las pruebas que la ley establece?

1 Sentencia del Tribunal del Sena, 18 de Marzo de 1868 (Dalloz, 1868, 3, 23) y 25 de Agosto de 1868 (Dalloz, 1870, 3, 79).

2 Lyon, 15 de Enero de 1868 (Dalloz, 1868, 31).

DE LA COMUNIDAD LEGAL.

295

232. ¿Qué debe decidirse si el marido está entredicho? La cuestión es la misma. En teoría habría un motivo más para terminar la sociedad de bienes que existe entre los esposos. La mujer se asoció con su futuro esposo, y he aquí que se le nombra un tutor a su marido; por consiguiente, la mujer se encuentra asociada al tutor. El contrato roto de hecho debiera estarlo también de derecho. Pero el Código no consagra esta teoría: el art. 1,441 no cuenta al entredicho entre las causas que disuelven la comunidad, y el 1,443 no permite disolverla sino cuando los derechos de la mujer están en peligro. A ella toca ministrar las pruebas. Decir que existe la prueba por el solo hecho del interdicto es crear una presunción que la ley ignora. La doctrina (1) así como la jurisprudencia están divididas (2). Esto se explica; hay conflicto entre el espíritu de la ley y el texto; pero, en el caso, el texto, digo, el silencio de la ley, debe triunfar. Lo que se llama espíritu de la ley sólo son consideraciones que se relacionan con el legislador.

No hablaremos del entredicho legal, no existe ya en Bélgica (t. I, núm. 404). En derecho francés la cuestión es discutida. En nuestro concepto, debe aplicarse al entredicho legal lo que acabamos de decir del judicial (2).

233. Creemos que debe decirse otro tanto del estado de rebeldía. Hay excelentes razones para permitir a la mujer pedir la separación de bienes por este capítulo.

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 396, nota 16, pfo. 516 y las autoridades que citan. En sentido contrario, de Folleville, en la *Revista crítica*, 1870, tomo XXXVI, pág. 481.

2 Lyon, 11 de Noviembre de 1869 (Dalloz, 1870, 2, 69). París, 18 de Marzo de 1870 (Dalloz, 1870, 2, 102). Véase Lyon, 20 de Junio de 1845 (Dalloz, 1846, 2, 152). En sentido contrario, sentencia del Tribunal del Sena, 18 de Marzo de 1868 (Dalloz, 1868, 3, 23).

3 Aubry y Rau, t. V, pág. 393, nota 17, pfo. 516 y los autores que citan en diversos sentidos.

La sentencia tiene por efecto secuestrar los bienes del contumaz y de confiar su administración a la recaudación rural. He aquí, seguramente, una ruptura del contrato de matrimonio; se debería, pues, permitir a la mujer pedir la disolución de la comunidad (1). Pero el Código no ha contado la contumacia entre las causas de disolución y la separación judicial sólo puede ser pronunciada sobre prueba ministrada por la mujer de que su dote o sus devoluciones están en peligro; y no hay peligro cuando una administración pública es la que administra los bienes. Lo seguro es que la mujer no creyó asociarse con la recaudación de rentas. Existe un vacío en la ley: lo señalamos al legislador.

Núm. 4.—De la denegación.

234. Los maridos han tratado de rechazar las demandas por una denegación. Ninguna ha sido admitida ni podía serlo, aunque la equidad parece argüir en favor de los maridos. La ley da a la mujer el derecho de pedir la separación; este derecho es de la misma esencia de la comunidad legal, régimen bajo el cual el marido tiene todo el poder y la mujer no tiene ninguno. Como contrapeso de este absolutismo, la ley permite a la mujer disolver la asociación conyugal cuando los hechos comprueban que la comunidad no corresponde al objeto para el cual fué contraída. Si se permitiera al marido rechazar la demanda en separación por una denagada, se impediría a la mujer ejercer su derecho. Solo el legislador, que le da tal derecho, podría determinar los casos en los que no

1 Esta es la opinión de Rodière y Pont, t. III, pág. 603, núm. 2104, seguido, aunque con hesitación, por Aubry y Rau, t. V, pág. 393 nota 18, pfo. 516.

se admitiría a la mujer ejercerlo; y la ley no establece ninguna denegada, por tanto, no la hay.

235. El marido pretende que la mujer no debe admitirse a la demanda de separación de bienes, porque las operaciones que han convertido su fortuna y la de la mujer en créditos litigiosos e incobrables han sido hechas por consejos y excitaciones de ésta, que procuraba favorecer a su familia a expensas del marido. Esta tesis sostenida ante la Corte de Gante por un marido que litigaba él mismo, no encontró acogida. La Corte le contestó que, según el sistema del Código, el marido sólo es jefe de la comunidad que la administra solo y dispone de ella sin el consentimiento de su mujer; que también es único administrador de los bienes de la mujer; señor y dueño, como decían nuestras costumbres, debe sufrir las consecuencias de su autoridad absoluta; si administra solo, también es solo responsable de su gestión. Que si oye y sigue los consejos de su mujer, si la admite a concurrir en la gestión, lo hace a sus riesgos y perjuicios. Legalmente la mujer está fuera de litigio, ninguna responsabilidad pesa sobre ella; por consiguiente, no se le puede declarar no admisible cuando ejerce su derecho y promueve la separación (1).

236. Sucede frecuentemente que el desorden en los negocios del marido proviene de gastos que exceden a su fortuna, y estos gastos la mujer es quien los hace, ella es que los motiva; cuando después llega a pedir la disolución de la comunidad, tiene poca gracia el que impute al marido los gastos locos que ella misma provocó. No obstante, el marido también tiene la culpa; él es el dueño, su deber estriba en no permitir gastos excesivos, pues sabe que las consecuencias recaerán sobre él y que su mujer,

1 Gante, 15 de Enero de 1859 (*Pasicrisia*, 1859, 2, 363).

después de haberle arruinado, podrá pedir la disolución de una sociedad cuya ruina ella causó (1). Esto es duro y Troplong no tiene razón para reclamar, en nombre de la equidad, en contra de este rigor. Se dice que el marido no puede encontrar una excepción de denegada en su debilidad y en su incuria. Sea. ¿Pero puede la mujer encontrar un principio de acción en su mala conducta? (2). La respuesta es que el marido tiene el poder y que debe usar de él para refrenar la tendencia a lujo que lo conducirá infaliblemente a la ruina; él, que sólo es el amo es también el único responsable.

237. La mujer abandona el domicilio conyugal. ¿Podrá el marido oponerle este hecho como denegación a la demanda de separación? No, según la opinión unánime de los autores (3) y según la jurisprudencia (4). Es verdad que la mujer falta a su deber rehusando habitar con su marido; ante la Corte de Bruselas se le ha opuesto esta violación de una obligación legal como motivo de denegada resultante de la naturaleza de los contratos sinalagmáticos. La parte que falta a sus compromisos no puede pedir la resolución de la convención; se le opondría la excepción *non adimpleti contractus*. ¿No puede decirse otra tanto de la mujer que viene a pedir la disolución de la sociedad conyugal cuando ella misma la rompió de hecho? La Corte contesta que el argumento confunde las dos sociedades que existen entre los es-

1 Angérs, 22 de Febrero de 1828 (Dalloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 1655). Rodière y Pont, t. III, pág. 597, núm. 2094. Aubry y Rau, t. V, pág. 394, nota 28, pfo. 516.

2 Troplong, t. I, pág. 388, núm. 1,334.

3 Aubry y Rau, t. V, pág. 394, nota 19, pfo. 516. Rodière y Pont, t. II, pág. 609, núm. 214.

4 Véanse las sentencias en el **Repertorio** de Dalloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 1667.

posos: el deber de cohabitación concierne a la sociedad de personas y nada tiene de común con la sociedad de bienes. Cuando se trata de la sociedad de bienes, no se le puede reprochar a la mujer el haber faltado a una obligación, puesto que no tiene más obligaciones que derechos durante la comunidad. Si abandona el domicilio conyugal falta a sus deberes de mujer casada, lo que puede motivar contra ella una demanda de divorcio o de separación de cuerpos, pero no viola una obligación de mujer común en bienes. Todos los derechos pertenecen al marido y sólo él tiene obligaciones. Por esto el marido no puede pedir la separación de bienes, pero se puede pedir contra él (1). Con mayor razón el marido no puede reprochar a la mujer el haber abandonado el domicilio conyugal cuando la mala conducta del marido o las faltas que ha cometido han obligado a la mujer a huir del domicilio, en el que no encontraba ya seguridad ni honor (2). Que si la mujer desertó del domicilio conyugal sin que haya culpa que achacar al marido, éste tiene acción contra ella, pero esta acción nada tiene de común con la separación de bienes que la mujer demanda; no se le puede, pues, oponer una excepción de denegada.

238. También se ha opuesto como excepción de denegada, a la mujer, los hurtos que hubiese cometido y que hayan originado la ruina de la comunidad. El hecho debe ser bastante frecuente, a juzgar por las numerosas sentencias que han ido desechando esta excepción; en apariencia es la que mejor está fundada, puesto que tiende a probar que la mujer es la primera causa del

1 Brusolas, 12 de Diciembre de 1822 (*Pasicrista*, 1822, pág. 301).

2 Véanse las sentencias en el *Repertorio* de Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1677.

desorden de la comunidad, del cual se queja: ¿puede uno invocar su propio delito para fundar una acción? Se contesta que la mujer no funda su demanda de separación en el delito de hurto, sino en el art. 1,443. Al marido toca vigilar que la comunidad no sea malgastada ni despojada. Se ve que la respuesta es siempre la misma; el marido es señor y dueño, debe soportar las consecuencias de su absoluta autoridad (1).

§ III.—DEL PROCEDIMIENTO.

239. El procedimiento es extraño a nuestra trabajo; sin embargo, hay excepciones. Hemos tenido que tratar del procedimiento en materia de divorcio y de separación de cuerpos, a causa de la relación que existe entre el procedimiento y el derecho. Lo mismo pasa con la separación de bienes; vamos a decir los fundamentos de las reglas especiales que la ley establece en esta materia; las consecuencias que resultan de su inobservancia son graves: es la nulidad. Sería, pues, dar una idea incompleta de la materia el limitarse a los principios del puro derecho civil; no entraremos en discusión de las cuestiones de procedimiento, pero debemos cuando menos exponer la doctrina admitida por los autores y consagrada por la jurisprudencia.

240. La mujer en materia civil nunca puede actuar en juicio sin la autorización de su marido (art. 215). Pero cuando se trata de promover la separación de bienes contra el marido, se concibe que la ley no exige la autorización marital; ni siquiera exige la autorización

1 Bruselas, 5 de Mayo de 1824 (*Pasicrisia*, 1824, pág. 111) y las sentencias relatadas en el *Repertorio* de Dalloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núms. 1678-1681. Rodière y Pont, t. III, pág. 609, núm. 2112.

de la justicia propiamente dicha, es decir, la del tribunal. Según el art. 865 del Código de Procedimientos, “ninguna demanda de separación de bienes podrá ser formada sin la previa autorización que el presidente del tribunal deberá dar a la solicitud que se le presentará con este objeto. El Presidente podrá, sin embargo, hacer las observaciones que le parezcan convenientes antes de dar la autorización.” Así el presidente reemplaza al tribunal, y su autorización reemplaza la del marido, la ley agrega que la autorización puede ser negada. ¿Por qué debe concederse a la mujer que la pide? Porque la mujer ejerce un derecho, y un derecho que es de la esencia de la comunidad; desde luego era necesario permitirle promover y, por consiguiente, era inútil dirigirse al marido o al tribunal. Si el presidente interviene, es en primer lugar para cubrir la incapacidad de la mujer, y después está llamado a hacer observaciones, dice el artículo 865. Una demanda de separación que no estuviese fundada provocaría la desunión en la familia. El presidente debe, pues, inquirir las razones por las cuales la mujer pide la separación, y darle con este motivo los consejos que la prudencia ordena (1).

Se ha pretendido que además de la autorización del presidente, que el art. 865 exige como medida *previa*, la mujer debe obtener la autorización *definitiva* de su marido. La jurisprudencia ha rechazado esta interpretación tan contraria al texto y al espíritu de la ley. Si la autorización del marido fuere requerida, la ley no habría hecho intervenir al presidente para autorizar a la mujer; y si la ley quiere en principio que la mujer sea autorizada, es que el marido puede rehusar la autorización; cuan-

1 Rodière y Pont, t. III, pág. 616, núms. 2122 y 2123. Lyon, 22 de Marzo de 1836 (Dalloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 1719).

do está obligada a darla es inútil pedirla. Sólo se trata de una formalidad, y es más conveniente que el presidente la llene mejor que el marido (1).

La autorización requerida para cubrir la incapacidad de la mujer es generalmente especial; sólo habilita a la mujer para el acto por el que se le concede. No pasa lo mismo con la autorización que da el presidente para promover la separación. La Corte de Casación ha sentenciado que esta autorización habilita a la mujer para promover en todos los grados de jurisdicción; aun hay más: la Corte de Bruselas decidió que la mujer podía, en virtud de la autorización del presidente, promover la instancia de liquidación de sus derechos, siendo esta instancia una consecuencia necesaria de la demanda de separación (2). La razón jurídica es que la autorización sólo es de forma, no puede ser negada; por consiguiente, es inútil renovarla.

241. No sólo es la introducción de la demanda de separación la que se halla sometida a reglas especiales. Todo el procedimiento se encuentra gobernado por reglas particulares. La razón es que la experiencia de todos los tiempos prueba que las separaciones de bienes tienen a menudo por objeto defraudar a los acreedores quitándoles la prenda que tienen en la dote de la mujer. La ley debía vigilar que la separación fuera seria y dar a los acreedores el medio de combatirla si tuviese por objeto, defraudarlos. Los testimonios abundan desgraciadamente cuando se trata de fraude; y, cosa notable, estas quejas son sobre todo frecuentes en lo que se llama el *buen antaño*. “Se sabe, dice Poullain du Parc, que *casi todas las separaciones de*

1 Denegada, Sala Civil, 15 de Julio de 1867 (Dalloz, 1867, 1, 321). Gante, 26 de Diciembre de 1834 (Pasicrisia, 1834, 2, 286).

2 Sentencia citada (nota 2) y Bruselas, 27 de Marzo de 1858 (Pasicrisia, 1859, 2, 242).

bienes son colusorias, entre el marido y la mujer, en contra de los acreedores.” “Las separaciones, dice Bourjón, por ser *casi siempre* espantajos de que se sirven los deudores injustos para apartar a sus acreedores y poner sus muebles a cubierto de las promociones de éstos últimos, son consideradas como poco favorables.” (1). Berlier hace notar el abuso en la reposición de los motivos; al hablar de la separación de bienes dice: “Esta palabra no podía pronunciarse sin recordar los fraudes que se practican demasiado frecuentemente a propósito de separaciones; pero no era posible desechar todas las separaciones de bienes porque las ha habido fraudulentas: ¿de cuál institución no se abusó?” Es seguro que el abuso se ha hecho más raro, precisamente porque la ley ha multiplicado las garantías en favor de los acreedores. Estos reclaman a menudo porque sus intereses se encuentran lesionados por cualquiera separación aunque haya sido hecha de buena fe; pero es raro que la justicia los oiga. ¿No es esta una prueba de que se gana en moralidad y que es una extraña ilusión pensar que en antaño eran mejores los hombres?

Núm. 1.—La demanda.

242. La demanda de separación debe hacerse pública. Cuando la ley prescribe la publicidad, es siempre por interés de los terceros; éstos están muy interesados en la publicidad de la demanda de separación de bienes. La ley da a los acreedores del marido el derecho de intervenir en la instancia para contestar la demanda de la mujer (art. 1,447). Es, pues, necesario que sepan que el proceso está incoado. Los mismos que no son acreedores, pero que quisieran tratar con el marido, tienen interés en

1 Toullier, t. VII, 1, pág. 67, núm. 75.

saber que una acción por separación está formulada contra él, pues si la separación se pronuncia tiene efecto desde el día de la demanda (art. 1,445). A consecuencia de esta retroacción, la mujer puede atacar los actos de su marido posteriores a la introducción de la demanda; los terceros deben estar prevenidos con el fin de poder resguardar sus intereses. Por esto la ley quiere que la demanda se publique en los periódicos; esta es la publicidad predilecta de los tiempos modernos, es mucho más eficaz que la que se hace por avisos pegados en los auditorios de los tribunales.

243. ¿Cuáles son las formas prescriptas para la publicidad? Transladamos acerca de este punto a los artículos 866-868 del Código de Procedimientos. El artículo 869 agrega: "Salvo para los actos conservatorios, no podrá pronunciarse ninguna sentencia sino un mes después de la observancia de las formalidades arriba prescriptas." Es necesario un tiempo normal para que los acreedores advertidos por la publicidad de la demanda recojan los informes que les permitan apreciar si la demanda es seria o si está hecha en fraude de sus derechos. Si la demanda pudiera ser sentenciada inmediatamente, se favorecía el fraude; el tribunal decidiría sin estar ilustrado por la oposición de los acreedores. Es verdad que la ley permite a los acreedores atacar la separación pronunciada en fraude de sus derechos, aunque no hubiesen intervenido en la instancia, pero es mejor prever una separación fraudulenta que verse obligado a anularla (1).

El art. 869 sanciona la observancia de estas formalidades por la pena de nulidad, la cual puede ser opuesta

1 Toullier, t. VII, 1, pág. 46, núm. 49. Rodière y l'ont, t. III, pág. 120, núm. 2131.

por el marido o por los acreedores. Cuando el interés de los terceros está en litigio, la ley pronuncia ordinariamente la nulidad, porque el interés de los terceros es el interés público. Volveremos a tratar este punto más adelante.

244. Pothier dice que el juez no debe declarar la separación sino después que la mujer haya probado los hechos que sirven de fundamento a su demanda. Este es el derecho común y es también el derecho común el que determina la naturaleza de las pruebas. Hay, sin embargo, una excepción. Cuando en materia civil el demandado reconoce la legitimidad de la demanda, el demandado obtiene el gane, puesto que la confesión judicial constituye fe plena contra quien la hizo (artículo 1,356). ¿Será suficiente la confesión del marido para admitir la separación? No. Aunque, dice Pothier, el marido hubiese confesado los hechos que sirven de fundamento a la demanda de la mujer, el juez no por eso debe dejar de exigir que la mujer ministre la prueba. Esta es una consecuencia que prohíbe las separaciones voluntarias. No pudiendo hacerse las separaciones por consentimiento de las partes, es necesario, para evitar la colusión entre el marido y la mujer, que los hechos estén justificados por la mujer independientemente de la confesión del marido. La opinión de Pothier está consagrada por el Código de Procedimientos (art 870). (1).

Núm. 2.—De la sentencia.

245. “Toda separación de bienes debe hacerse pública antes de su ejecución (art. 1,445). ¿Por qué prescribe la ley la publicidad de la sentencia que pronuncia

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 515. Aubry y Rau, t. V, pág. 394, nota 21, pfo. 516.

la separación? Pothier da de esto una razón que es decisiva. La separación de bienes trae un cambio considerable en el estado de la mujer; ésta vuelve a tomar la *libre* administración de sus bienes muebles; es decir, que se ve libertada del poder marital para todo cuanto se refiere a la administración de sus bienes; puede disponer de ellos, puede obligarse sin autorización del marido o de la justicia. Vuelve, además, al goce de sus bienes y, por consiguiente, el marido no lo tiene ya. Los terceros que tratan con el marido o de la mujer tienen grande interés en conocer los cambios que la separación produce en los derechos del marido y en el estado de la mujer. Además, los acreedores del marido tienen la facultad de atacar la separación que se haya hecho en fraude de sus derechos. La publicidad de la sentencia que declara la separación los advierte de todo esto. En fin, los acreedores pueden atacar la ejecución de la sentencia si ésta se hace en fraude de sus derechos. Es también un motivo para dar la mayor publicidad a la sentencia, la cual los pone en posición de cuidar de sus intereses (1).

246. El modo de publicidad está determinado por el art. 1,445, completado por el art. 872 del Código de Procedimientos. Según el Código Civil, la sentencia debe ser fijada en la Sala del Tribunal de Primera Instancia y además, si el marido es comerciante, banquero o industrial, en la sala del Tribunal de Comercio de su domicilio. El Código de Procedimientos ordena el anuncio en el Tribunal de Comercio, aunque el marido no sea comerciante, porque necesariamente debe cultivar relaciones con los comerciantes que tienen interés en saber si es común en bienes o si la comunidad está disuelta. Ade-

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 517. Demante, t. V, pág. 241, número 93.

más, el Código de Procedimientos exige el anuncio en la Sala de Abogados y de Notarios, porque por la naturaleza de sus funciones están llamados a dar consejos a los que tratan con el marido. Hay, sin embargo, un vacío en el art. 872. La demanda de separación debe ser hecha pública por medio de los periódicos, mientras que la ley no prescribe la inserción de la sentencia de separación en dichos periódicos. Este es un olvido del legislador, pues no hay ninguna diferencia entre la sentencia y la demanda. De hecho, la publicación de aquélla se efectúa por los periódicos; pero como la ley no la prescribe terminantemente, no se podría pronunciar la nulidad por la no observancia de esta formalidad, por no extenderse la pena de nulidad por analogía (1).

247. El art. 1,445 declara la nulidad de la ejecución por falta de publicidad de la sentencia. ¿Debe extenderse esta sanción a la inobservancia de las formalidades prescriptas por el art. 873 del Código de Procedimientos? Hay un motivo de duda: que no se extiende la nulidad. En materia de procedimiento es de principio que ninguna acta puede ser declarada nula si la nulidad no está terminantemente pronunciada por la ley (art. 1,030). Sin embargo, no han prevalecido estas dudas, y con razón. Debe, desde luego, apartarse el 1,030 que sólo concierne a las *actas de procedimientos*; no puede calificarse así el anuncio en un tribunal y la inserción en los periódicos. Además, el art. 872 del Código de Procedimientos y el 1,445 del Código Civil, sólo forman en realidad una sola disposición, que tiene un solo y mismo objeto, la publicidad. No se concibe que uno de los elementos de la publicidad sea sancionado por la pena de nulidad, y

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 241, núm. 93 bis I y II.

el otro quede sin sanción. Quizá estas razones no sean suficientes, pero hay otras que son decisivas. El artículo 872 agrega al final: "todo esto sin perjuicio de las disposiciones citadas por el art. 1,445 del Código Civil." Y el art. 1,445 ordena la publicidad de la sentencia bajo pena de nulidad de la ejecución; esta nulidad alcanza, pues, a cualquiera inobservancia de las formas prescritas por la publicidad, las del art. 1,445 completadas por las del art. 872 que están concebidas en forma irritante y, por consiguiente, implican nulidad. Tal es la jurisprudencia (1) así como la doctrina (2).

248. La separación de bienes que resulta de la separación de cuerpos ¿debe hacerse publicar? Según el Código de Procedimientos, art. 880, un extracto de la sentencia que declara la separación debe ser publicada, *como se dice en el art. 872*. ¿Es esto bajo pena de nulidad? La Corte de Casación coloca la separación de bienes que resulta de la separación de cuerpos en la misma línea que la separación de bienes promovida por la mujer; y en teoría esta asimilación es perfectamente exacta, cuando menos en lo que toca a la publicidad de la sentencia; existe identidad de razones si se admite que la sentencia retrotrae en ambos casos. Aun sin tener en cuenta la retroacción, el interés de los terceros exige la publicidad (t. III, núm. 339). Pero la cuestión de nulidad presenta una dificultad especial. El art. 880 sólo translada al art. 872, y el art. 872 translada al 1,445 del Có-

1 Véanse, entre otras sentencias, Caen, 15 de Julio de 1828 (Dalloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 1779) y Amiens, 25 de Diciembre de 1825 (Dalloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 1777). Consúltase **Pasicrisia**, 1861, 2, 301, en nota acerca de la requisitoria del Procurador General Donny.

2 Aubry y Rau, t. V, pág. 396 y nota 26. Rodière y Pont, t. III, pág. 625, núm. 2143.

digo Civil. ¿Puede deducirse de esto, como lo hace la Suprema Corte, que el art. 1,445 es aplicable a la separación de cuerpos? (1). Esto nos parece dudoso; sin embargo, admitimos la nulidad porque el art. 872 la establece implícitamente, según acabamos de decirlo (núm. 247).

Núm. 3.—Ejecución de la sentencia.

249. La sentencia que declara la separación de bienes debe ser ejecutada, bajo pena de nulidad, en el plazo y en las formas prescriptas por el art. 1,444. Esto es también una regla especial en nuestra materia. Según el derecho común, el que obtuvo una sentencia es libre para ejecutarla cuando quiere, puede conceder un plazo al demandado; la ley se atiene, a este respecto, al interés de las partes. ¿Por qué sucede de manera distinta para la sentencia de separación? Debe ejecutarse en los quince días y de la manera que la ley determina, si no es nula. Esto es porque el legislador teme las separaciones simuladas y fraudulentas. Si realmente hay peligro de la dote o de las devoluciones, la mujer se apresurará a ejecutar la sentencia con el fin de evitar la pérdida completa de la comunidad y de los bienes del marido. Pero si en lugar de activar la ejecución la mujer no gestiona ¿qué debe deducirse de su inacción? Es que la dote y las devoluciones no están en peligro; la separación no es, pues, seria, oculta un fraude; la mujer pudiera concertarse con su marido para engañar a los terceros mediante la apariencia de una comunidad realmente disuelta,

1 Denegada, 14 de Marzo de 1837 (Dalloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 1792).

a reserva de oponerles después la disolución cuando quieran obrar contra la comunidad. La ley evita estas fraudes al exigir la ejecución inmediata y seria de las sentencias (1).

250. La disposición del art. 1,444 es absoluta, debe tener su ejecución en todos los casos en que hay separación de bienes, aunque haya habido declaración de quiebra. La Corte de Bruselas así lo sentenció (2). Sin embargo, no se aplica el art. 1,444 a la separación de bienes que resulta de la de cuerpos. Desde luego no hay ningún artículo de nuestros códigos del que pueda inducirse que el art. 1,444 es aplicable a la separación de cuerpos. Tampoco hay igual motivo para decidir. No es por peligro de la dote y de sus devoluciones por lo que el esposo pide la separación de cuerpos; ¿y cómo pudiera sospecharse una colusión entre los cónyuges cuando los divide el odio y su desavenencia acaba de manifestarse por un proceso escandaloso? Las razones especiales que motivan el art. 1,444 son, pues, extrañas a la separación de bienes que resulta de la separación de cuerpos por vía de consecuencia (3).

251. Se ha creído que el art. 872 derogaba el Código Civil. El Código de Procedimientos quiere que un extracto de la sentencia se ponga a la vista por un año en el auditorio de los Tribunales de Primera Instancia y de Comercio, así como en la Sala de Abogados y de Notarios. Después de haber prescripto estas formalidades, el art. 872 agrega: "La mujer no podrá comenzar la ejecución de la sentencia sino desde el día en que estas forma-

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 236, núm. 92 bis I.

2 Bruselas, 14 de Marzo de 1855 (*Pasicrisia*, 1858, 2, 38).

3 Burdeos, 4 de Febrero de 1811 (*Dalloz*, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1802). Lieja, 11 de Mayo de 1867 (*Pasicrisia*, 1867, 2, 353).

DE LA COMUNIDAD LEGAL

311

lidades hayan sido aceptadas, *sin que, sin embargo, sea necesario esperar la expiración del plazo de un año.*" Si la ejecución debe hacerse en la quincena, bajo pena de nulidad, era inútil decir que la mujer lo puede hacer sin esperar un año de plazo. Esta es la objeción; no ha influido en la doctrina ni en la jurisprudencia. Se admite con dificultad que el Código de Procedimientos derogue al Código Civil, por formar ambos códigos sólo uno desde el punto de vista de los principios. No hay derogación terminante; no se pudiera, pues, admitirla sino cuando hubiese incompatibilidad entre los arts. 872 y 1,444, y estas disposiciones se concilian muy bien. La ejecución debe hacerse en la quincena: esto es lo que manda el Código Civil. Un extracto de la sentencia tiene que quedar expuesto durante un año a la vista del público: esto es lo que ordena el Código de Procedimientos. La mujer expondrá el extracto y ejecutará en la quincena. Se dirá; ¿de qué sirve entonces el final del art. 872? Es una explicación. Se habría podido creer que la sentencia no podía ejecutarse sino después del plazo de un año; la ley dice que puede ejecutarse antes. ¿Cuándo debe ejecutarse? En este punto nada dice el art. 872; no deroga, pues, al 1,444, puesto que ni siquiera se ocupa en la cuestión decidida por este artículo (1).

252. El art. 1,444 quiere que la sentencia se ejecute, o cuando menos que haya principios de ejecución, en la quincena. No debe inducirse de esto que debe forzosamente haber ejecución de la sentencia de separación. La ley no lo exige. Comienza por decir que la separación debe ser ejecutada por el pago de los derechos de la mujer efec-

1 Duranton, t. XIV, pág. 545, núm. 411 y todos los autores. (Aubry y Rau, t. V, pág. 397, nota 29, pfo. 516.) Debe agregarse, Colmet de Santerre, t. VI, pág. 239, núm. 92 bis VI. Véase la jurisprudencia en el *Repertorio* de Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1798.

tuado por acta auténtica, lo que supone una ejecución voluntaria. Sólo cuando el marido se niega a ejecutar es cuando la mujer deberá promover la ejecución que comienza en la quincena. Tal es el derecho común; nunca ordena la ley dirigirse a la justicia cuando las partes están acordes en hacer lo que ordena. No hay ninguna razón para apartarse, en este punto, del derecho común. La doctrina y la jurisprudencia se hallan conformes (1).

253. El art. 1,444 deroga el derecho común en lo que toca a las formas. Quiere primero que la ejecución sea sincera: por temor a una separación fraudulenta es por lo que la ley ha dictado todas estas disposiciones. El pago de los derechos y devoluciones de la muáer debe ser *real*, es decir, no simulado. Cuando el legislador quiere impedir la simulación o hacerla, cuando menos, más difícil, prescribe la intervención de un oficial público y exige una acta auténtica. La autenticidad es, pues, una condición de la validez de la ejecución. Una acta privada, que tenga fecha cierta, no bastaría. Troplong cita una sentencia de la Corte de Casación que parece admitir una interpretación más suave; (2) confiesa que esto es hacer alguna violencia a la letra de la ley. Esta confesión condena al intérprete, pues no le está permitido apartarse de la ley, sobre todo cuando tiene por objeto evitar el fraude. Si se cree demasiado rigurosa, que se cambie, pero que no se autorice a los jueces a colocarse más alto que ella cuando la encuentran demasiado severa, a su parecer.

No se debe tampoco sobrepasar el rigor de la ley; todo

1 Troplong, t. I, pág. 396, núm. 1360 y todos los autores. Véase la jurisprudencia en el *Repertorio* de Dalloz, en la palabra *Contrato de Matrimonio*, núm. 1816.

2 Casación, 23 de Agosto de 1825 (Dalloz, en la palabra *Venta*, número 430). Troplong, t. I, pág. 396, núm. 1360. En sentido contrario. Rodière y Pont, t. III, pág. 631, nota 2.

cuanto quiere es que el pago sea auténticamente comprobado; basta, pues, que lo sea por un oficial público con calidad para recibir el pago, no es necesario que intervenga un notario. Se ha sentenciado que el pago de los derechos de la mujer está válidamente comprobado cuando un escribano de diligencias ha sido encargado de notificar la sentencia con mandato de ejecutarla y recibe y hace constar lo que el marido paga. En efecto, los mandamientos son actos jurídicos procedentes de un oficial ministerial que obra en el ejercicio de sus funciones; hacen prueba de su fecha y de su contenido; corresponden al objeto del art. 1,144 (1).

Nos vemos obligados a entrar en estos pormenores porque todas las prescripciones de la ley están sancionadas por la nulidad. Una mujer obtiene la separación de bienes; notifica la sentencia a su marido, el cual le devuelve sus dones. Diez años pasan sin otro acto de ejecución. La separación fué declarada nula porque no había sido seguida del pago real de los derechos de la mujer (2).

254. Puede suceder que el marido se niegue a ejecutar la sentencia. En este caso debe haber promociones. La ley quiere que éstas comiencen en la quincena. Este plazo da lugar a una dificultad. El Código de Procedimientos (art. 174) concede a la mujer separada de bienes un plazo de tres meses, y cuarenta días para hacer los inventarios y para deliberar. Puede aceptar o repudiar, pero no debe ejercer su derecho de opción sino al cumplir el plazo legal. Si la mujer tiene tres meses para hacer inventario, más cuarenta días para deliberar ¿cómo puede estar obligada a ejecutar la sentencia en la quincena? Esta ejecución sólo puede hacerse cuando la mujer ha optado,

1 Denegada, 12 de Agosto de 1847 (Daloz, 1847, 1, 322).

2 Denegada, 28 de Diciembre de 1858 (Daloz, 1858, 1, 108).

puesto que los derechos de la mujer difieren según acepta o renuncia. A primera vista parece que hay antinomia radical entre el Código Civil y el de Procedimientos. Una distinción concilia a ambos códigos, cuando menos en parte. Hay derechos que la mujer ejerce independientemente de su opción: son sus devoluciones; que renuncie o acepte, siempre vuelve a tomar sus propios o el precio si fueron vendidos, así como las recompensas que le debe la comunidad; aquí el Código de Procedimientos está fuera de causa; el art. 1,444 es el aplicable: la mujer debe gestionar en la quincena. No pasa así con los derechos que pertenecen a la mujer sólo cuando acepta, es decir, su parte en la comunidad; no puede estar obligada a pedir la partición en la quincena, puesto que tiene tres meses para hacer inventario y cuarenta días para deliberar su aceptación o repudio. En este punto el Código de Procedimientos deroga al Código Civil (1).

255. Según el art. 1,444 basta que las promociones estén *comenzadas* en la quincena; la ley no exige que la ejecución sea completa, esto es imposible; desde que hay ejecución forzada se necesita una sentencia que liquide los derechos de la mujer, y las sentencias no se obtienen en veinticuatro horas. Sin embargo, la ley siempre desconfiada, quiere que las promociones principiadas en la quincena continúen sin interrupción. Un principio de promoción podría ser un acto simulado. Si la mujer tiene interés serio en la separación, se cuidará mucho de no interrumpir las promociones, puesto que las moras e interrupciones podrían serle fatales. Cuando hay interrupción, la ley presume la simulación y anula. ¿Pero cuándo puede decirse que las promociones están interrumpidas? Acerca de este punto nada dice la ley; esto equivale a decir que se-

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 237, núm 92 bis IV.

atiene al juez. En efecto, la cuestión es de hecho más que de derecho. Las promociones pueden ser interrumpidas por motivos legítimos; en este caso, la separación es sostenida; si, al contrario, la interrupción no está justificada resulta que no es seria la separación; la ley la declara nula. Los fundamentos de excusa se dejan necesariamente a la apreciación del juez (1). Citaremos algunas aplicaciones tomadas de la jurisprudencia.

La mujer cesa de promover contra el marido para litigar contra un tercero que había embargado los inmuebles del marido; este proceso incidental debía estar resuelto antes que la mujer pudiera ejercer sus derechos sobre los inmuebles; era, pues, menos una interrupción de las promociones que una continuación de la ejecución, siendo la distracción de los inmuebles embargados un preliminar indispensable sin el cual las promociones no podían continuarse (2). Pero si la mujer se conforma con embargar los muebles y levantar acta de carencia cuando su marido posee inmuebles; si la mujer no se presenta al mandamiento de venta de los inmuebles, debe deducirse que la separación no es seria: fué declarada nula y la decisión fué confirmada por una sentencia de denegada. En el caso no había ninguna duda: la mujer permaneció más de veinte años sin ejecutar ningún acto de ejecución (3).

Resulta de lo que acabamos de decir que no hay ningún tiempo prescripto en el que deba durar la interrupción para que haya nulidad de la separación. Marcadé pretende que la Corte de Casación ha fijado el plazo de

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 398, nota 36, pfo. 516 (4ª edición).

2 Denegada, 23 de Marzo de 1818 (Dalloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 1838).

3 Denegada, 28 de Febrero de 1833 (Dalloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 1845). Consúltese las sentencias citadas por Dalloz, (*ibid* núms. 1836 y 1847).

un año; después él hace una gran crítica de dicha decisión. Antes de censurar una sentencia se debe cuando menos estar seguro de lo que decidió la Corte; y en el caso, es muy seguro que la Corte de Casación no dijo lo que se le hace decir: sentenció de hecho que, en las circunstancias de la causa, la interrupción de menos de un año no anulaba la separación de bienes (1).

256. La ejecución debe comenzar en la quincena y ser continuada hasta que se complete, pues el art. 1,444 quiere que el pago sea real *hasta concurrencia de los bienes del marido*. El marido cede a la mujer todo su mobiliar, su pago de sus derechos y devoluciones: ¿es esto una ejecución en el sentido del art. 1,444? Sí, cuando el marido sólo posee muebles, no, cuándo tiene inmuebles; si la mujer no traba ejecución en los inmuebles, la separación será nula; la ley supone que es simulada y hecha en fraude de los terceros (2).

257. Queda por saber lo que se entiende por ejecución. La cuestión es muy importante, puesto que sin ejecución la sentencia de separación cae; pero como se relaciona con el procedimiento, nos limitaremos a hacer constar la doctrina y la jurisprudencia. Los autores y las sentencias no están muy acordes. ¿No será por haberse apegado demasiado a los principios generales de los procedimientos? El Código Civil quiere que la separación sea sincera, y para asegurarse de que lo es, exige que la mujer ejecute la sentencia. ¿No pasa lo mismo con la ejecución que con la interrupción de las promociones? Esto es, ante todo, una cuestión de hecho, pues se trata de saber

1 Denegada, 2 de Mayo de 1831 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1843).

2 Colmar, 30 de Noviembre de 1838 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1811). París, 27 de Diciembre de 1871 (Dalloz, 1873, 5, 414, núm. 1).

en definitiva si la separación es seria o simulada. Y estas cuestiones son esencialmente de hecho. De cualquiera manera, he aquí en qué términos uno de nuestros más exactos autores fundándose en la doctrina y en la jurisprudencia, formula el principio. Hay ejecución cuando la mujer hace notificar la sentencia a su marido, con mandamiento de satisfacerla, o citación para presentarse ante un notario para proceder con ella a la liquidación de sus derechos. La simple notificación de la sentencia no constituye un principio de ejecución. Sin embargo, se agrega una restricción: así sucede *generalmente*. Esto supone excepciones (1). ¿Cuándo hay excepción? No se dice, luego el juez es quien decidirá de hecho. Dejarle la apreciación de la excepción, es hacerlo dueño de la regla, de manera que en definitiva todo dependa de él. ¿No será esta la razón de la diversidad de jurisprudencia en esta materia?

Núm. 4.—De la nulidad por falta de ejecución.

I.—Carácter de la nulidad.

258. El art. 1,444 dice: “La *separación de bienes es nula* si no ha sido ejecutada.” Se han promovido numerosas discusiones acerca de esta nulidad. Ante todo, debe determinarse su carácter. La ley no dice que el procedimiento es nulo, ni que la sentencia es nula; anula la separación. Esta es la misma expresión de que se sirve hablando de la separación voluntaria: la declara nula. Síguese de esto que la nulidad no es una nulidad de procedimientos, la que debe ser propuesta antes de cualquiera defensa del fondo; es una excepción perentoria que las partes interesadas pueden presentar en cualquier estado en que se

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 398, notas 34 y 35, pfo. 516 4.ª edición).

encuentre la causa (1). Esto está también fundado en la razón. En el espíritu de la ley, la separación no ejecutada no es seria; equivale, pues, a una ejecución que no tiene otra causa que la voluntad de las partes. Es decir, que es radicalmente nula; todo es nulo.

Hay, acerca de este punto, una excelente sentencia de la Corte de Casación. La nulidad, dice la Corte, no se aplica limitativamente a la sentencia de separación de bienes, la ley dice que la *separación es nula*; esta expresión quiere decir que el legislador no sólo tuvo en vista la sentencia sino también los procedimientos originados para obtenerla; es decir, la instancia introducida por las partes; es, pues, dicha instancia la que queda anulada como si nunca hubiese sido introducida. Se objetaba el art. 156 del Código de Procedimientos, según el cual las sentencias por falta de presencia deben ser ejecutadas en los seis meses de su obtención, si no serán reputadas como no existentes. La Corte contesta que el art. 156 lejos de contrariar la interpretación que ella da al art. 1,444, la justifica. En efecto, el Código de Procedimientos considera sólo las *sentencias* y se limita a decir que se reputan no existentes, mientras que el art. 1,444 se expresa de manera muy distinta, y decide en términos generales y absolutos que la *separación es nula*. La Corte de Casación agrega consideraciones que se refieren al principio fundamental en esta materia; por esto las reproducimos. Deben dejarse a un lado las reglas de derecho común establecidas por los artículos 156 y 397 del Código de Procedimientos, porque la demanda de separación de bienes está regida por disposiciones especiales que derogan el derecho común. Tales son las formalidades prescriptas para la publicidad y

1 Burdeos, 22 de Enero de 1834 (Dalloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 1862 Aubry y Rau, t. V, pág. 400 y nota 40, pfo. 516.

para la ejecución de la sentencia. El legislador las estableció principalmente en favor de los acreedores del marido para que puedan evitar los fraudes que los esposos pudieran cometer en su perjuicio. Según tal espíritu es como debe interpretarse la nulidad de la separación pronunciada por el art. 1,444. La ley cree volver a colocar a las partes en el estado en que se encontraban antes de la demanda; por consiguiente, anula esta demanda y todos los procedimientos de que fué objeto. Si, como lo pretende el recurso, la ley no anulase más que la sentencia dejando subsistir los procedimientos anteriores, sucedería que la mujer podría, cuando ejecutara, volver a sus errores. Así cuando la sentencia haya caducado por falta de ejecución en la quincena, la mujer podrá presentar de nuevo su demanda después de una simple citación, y hacer que se declare la separación en el plazo de algunos días sin nueva publicidad, por lo tanto, sin que lo sepan los acreedores que deben creer que la separación quedó abandonada. Por esto se harían ilusorias todas las garantías que la ley introdujo en favor de los terceros, y la ley misma proporcionaría un medio legal de eludir sus disposiciones. El espíritu de la ley y el texto protestan contra semejante interpretación (1).

259. Se ha sostenido ante la Corte de Gante que la nulidad es de orden público. Berlier dijo, en efecto, en la exposición de los motivos, que las formas prescriptas para llegar a la separación de bienes son requeridas por el orden público. Esto es verdad en el sentido de que están establecidas en interés de los terceros, lo cual es un interés general y, por lo tanto, de orden público si se toma esta expresión en su sentido más lato. Pero de que los

1 Casación, 11 de Junio de 1823 (Daloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 1862) y 3 de Abril de 1848 (Daloz, 1848, 1, 89)

motivos que han hecho establecer las formas interesen a los terceros, no resulta que la nulidad sea de orden público. Se entiende por esto una nulidad absoluta que reclama el interés de la sociedad, y en la cual, por consiguiente, las partes interesadas no pueden renunciar. Este no es el carácter de la nulidad pronunciada por el artículo 1,444. Es verdad que los terceros, en general, se hallan interesados en la observancia de las formalidades legales; pero cuando las formas no han sido observadas, ya no son todos los terceros quienes tienen interés en la nulidad, son sólo los que han tratado con los esposos.

Por consiguiente, la nulidad es pedida por interés particular y no por interés social (1).

De esto resulta una consecuencia muy importante. La nulidad, por ser de interés privado, puede cubrirse, mientras que si fuese de orden público no podría lograrse tal cosa. Se cubre por la renuncia, pudiendo cualquiera renunciar a lo que está establecido en su interés propio. Después del plazo de quince días la sentencia caduca, como dice la Corte de Casación, si no ha sido ejecutada. El marido, en lugar de prevalerse de la nulidad, deja ejecutar la sentencia en su contra, o reconoce a su mujer la calidad de mujer separada, dejándole la administración y el goce de sus bienes personales. Esto es renunciar tácitamente al derecho que tiene de oponer la nulidad de la separación. La mujer también puede renunciar al derecho de oponer la nulidad de la separación, como puede renunciar a la separación no ejecutándola: sólo su interés está a discusión en esta renuncia. Si ejecuta la sentencia después del plazo de quince días; si vuelve a tomar la administración y goce de sus propios, ya no puede decir que la sentencia ha caducado. Podrá haber considerado la sentencia

1 Gante, 27 de Abril de 1861 (*Pasicrisia*, 1861, 2, 301).

como no existente; la considera, al contrario, como válida; luego renuncia a la nulidad según tenía derecho de hacerlo. Los acreedores están muy interesados en que la separación se anule; pero este interés sólo es un interés privado al que pueden renunciar; y lo renuncian si, después de la quincena, concurren a la ejecución de la sentencia; no se ejecuta un acto del cual se tiene intención de pedir la nulidad. Tales son la doctrina y la jurisprudencia (1).

II.—Quién puede oponer la nulidad.

260. La nulidad puede ser opuesta por todo tercero interesado. Esto resulta del carácter de la nulidad establecida para resguardar los intereses de los terceros, es natural que cualquiera de ellos pueda hacerla valer. Tales son, ante todo, los acreedores del marido. La ley tiende, sobre todo, a protegerlos cuando prescribe formas que tienden a impedir las separaciones fraudulentas y simuladas; en consecuencia, cuando estas formas no han sido cumplidas los acreedores del marido deben tener el derecho de oponer la nulidad.

La aplicación del principio presenta una cuestión que es discutida. ¿Debe distinguirse entre los acreedores anteriores a la ejecución tardía y los acreedores posteriores a dicha ejecución? La Corte de Casación se ha pronunciado en favor de la distinción. Parte del principio de que la nulidad de la separación está fundada en una presunción de colusión fraudulenta entre los esposos, en perjuicio de los acreedores del marido; y ¿puede decirse que los esposos han querido perjudicar a los acreedores que todavía no existen? (2). Esto nos parece decisivo, en el

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 400, notas 42-44 y las sentencias que citan.

2 Denegada, 1º de Julio de 1863 (Dalloz, 1864, 1, 66). Troplong, t. I, pág. 397, núm. 1368. En sentido contrario, Rodière y Pont, t. III, pág. 634, núm. 2159.

sentido de que los acreedores no pueden formular en su nombre la acción de nulidad. Distinta es la cuestión de saber si los acreedores del marido, cualquiera que sea la fecha de sus créditos, pueden oponer la nulidad en nombre del marido, su deudor. Si el marido tiene este derecho, hay que admitir que sus acreedores también lo ejercen; este es el derecho común; y el derecho común es también que los acreedores pueden ejercer los derechos de su deudor, aunque su crédito sea posterior. Transladamos a lo que fué dicho acerca del art. 1,166 (t. XVI, núm. 396).

Se nos pudiera objetar que no permitiendo a los acreedores posteriores promover la nulidad en su nombre, les aplicamos los principios que rigen la acción pauliana (tomo XVI, núm. 460); y la acción de nulidad del art. 1,444 no es una acción pauliana, los acreedores deben probar que la separación es fraudulenta, sólo tienen que dar una prueba, la de que las formalidades legales no se han cumplido. Esto es verdad, por esto no hemos invocado las reglas de la acción pauliana; pero siempre es verdad decir que la acción de los acreedores está fundada en un perjuicio; si la fecha de sus créditos prueba que no pueden estar perjudicados por la ejecución tardía, no tienen el derecho de promover.

261. ¿Tiene el marido el derecho de oponer la nulidad de la separación de bienes resultante de la falta de ejecución o de la ejecución tardía? Deben distinguirse las relaciones entre los esposos; sus relaciones con los terceros. Se admite generalmente que el marido puede oponer a su mujer la nulidad de la separación. El art. 869 le da terminantemente este derecho cuando la nulidad está fundada en la inobservancia de las formas prescriptas para la publicidad de la demanda y de la sentencia; el Código

de Procedimientos pone al marido en la misma línea que los acreedores. ¿Puede esta asimilación ser extendida a la nulidad del art. 1,444? El Código Civil no dice que pueda promover la nulidad. Deben, pues, aplicarse los principios generales de derecho. ¿El art. 1,444 entiende resguardar sólo a los intereses de los acreedores del marido? Todos los que están interesados en combatir la separación tienen el derecho de promover la nulidad, así es que tanto el marido como los acreedores. Se dice en vano que el marido no se puede prevalecer de la presunción de colusión fraudulenta para atacar la separación; contestamos que la acción de nulidad del art. 1,444 no es la acción pauliana, se funda únicamente en la inobservancia de las formas. El marido interesado en mantener la comunidad puede, pues, oponer a la mujer que la comunidad subsiste, puesto que no ha sido legalmente disuelta (1).

262. La cuestión es más dudosa en lo que concierne a la mujer. Lo que prueba es que buenos autores hayan cambiado de opinión: Aubry y Rau, después de haber sostenido que la mujer no puede prevalecer de la nulidad para con su marido, se han adherido a la opinión contraria en la última edición de su excelente obra. Preferimos su opinión primera. La resolución depende del carácter de la nulidad. Cuando una nulidad es de orden público, todos los que tienen interés en promover lo pueden hacer; la provoca, por decirlo así, a todas las personas interesadas a atacar el acta, porque el interés de la sociedad exige que

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 399 y nota 37 y los autores que citan. Debe agregarse Colmet de Santerre, t. VI, pág. 240, núm. 92 bis VIII. En sentido contrario, Dutrae, *De la separación de bienes*, pág. 173, núm. 227. Véase la jurisprudencia en el *Repertorio* de Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núms. 1851 y 1852.

el acta se anule; no se distingue, en este caso, entre las partes y los terceros, ni entre el que tiene la culpa y el que no la tiene. No sucede así cuando la nulidad no es de orden público: al ser privado el interés, debe verse en favor de quién fué introducida; sólo éstos pueden promover (1). Y ¿cuál es el carácter de la nulidad del art. 1,444? Hemos contestado a la cuestión enseñando, con la doctrina y la jurisprudencia, que no es de orden público (núm. 259); desde luego debe decidirse que la mujer no tiene calidad para prevalecerse de la nulidad, pues no es seguramente por interés suyo por lo que ha sido introducida. Lo que ha comprometido esta opinión son las malas razones que se han dado para justificarla. La mujer no puede oponer la nulidad, se dice, porque proviene de su conducta, y la mujer no puede apoyarse en su negligencia (2). Estos no son argumentos para decidir. Si la nulidad fuera de orden público se debería permitir a la mujer oponerla aunque estuviera en falta.

Las razones que alegan en apoyo de la opinión contraria nos parecen igualmente de extrema debilidad. Se dice que debe haber igualdad entre los esposos; que pudiendo el marido prevalecerse de la nulidad para con respecto de la mujer, ésta debe tener el mismo derecho para con su marido. ¿Por qué esta igualdad cuando la situación no es la misma? Se olvida que la mujer pide la separación contra el marido; es, pues, natural que el marido tenga el derecho de sostener la comunidad, mientras que no se comprende que la mujer venga a oponer la nulidad de una separación por ella promovida. Se objeta también que el mantenimiento o la disolución de la comunidad dependerán del capricho del marido, cuando importa que se fije y que se

1 Véase el tomo I de estos Principios, pág. 115, núm. 72.

2 Odier, t. I, pág. 387, núm. 362. Toullier, t. V, pág. 132.

sepa si hay comunidad o separación de bienes. Contestamos que esta incertidumbre reina siempre cuando un acto está sujeto a la nulidad, por todo el tiempo en que ésta no es declarada. Los que tienen derecho para promover, pueden hacerlo durante todo el tiempo que la ley les concede; no se dirá por esto que la anulación depende de su capricho, pues el ejercicio de un derecho no es un capricho (1). Agregaremos que, en el caso, no reina mucho tiempo después del hecho, la incertidumbre, pues ésta puede ser cubierta. Lo será por el concurso del marido a los actos de ejecución de la sentencia o a los actos que la mujer celebra en calidad de mujer separada (núm. 259).

263. ¿Pueden los esposos oponer la nulidad a los terceros? Según nuestra opinión la mujer no puede prevalerse de la nulidad respecto de los terceros como no lo puede con relación a su marido, hay una razón más para rechazar a la mujer, es que las formas cuya inobservancia trae la nulidad, han sido introducidas en interés de los terceros; sólo ellos pueden, pues, en principio, prevalerse de la nulidad. En cuanto al marido, si se le reconoce el derecho de oponer la nulidad, hay que concedérsela para con todos; la ley y los principios no permiten establecer distinciones.

La cuestión es muy discutida. Cada autor tiene su sistema. Unos niengan en todos los casos a ambos esposos el derecho de oponer la nulidad a los terceros. Invocan el principio de que nadie puede fundar un título sobre su fraude; y, se dice, cuando la sentencia de separación no ha sido ejecutada, hay necesariamente fraude por parte de los esposos (2). Esto es demasiado absoluto; la nu-

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 299, nota 38, pfo. 516. Troplong, t. I, página 398, núm. 1373. Colmet de Santerre, t. VI, pág. 291, núm. 92 bis IX.

2 Rodière y Pont, t. III, pág. 635, núm. 2159.

lidad no está fundada en el fraude, está fundada únicamente en la inobservancia de las formalidades prescriptas por la ley. Otros autores distinguen. Los editores de *Zachariae* permiten al marido invocar la nulidad contra los terceros que hubiesen tratado con la mujer como separada de bienes; niegan este derecho a la mujer, aunque le reconocen el derecho de oponer la nulidad al marido. *Troplong* hace otra distinción (1). Creemos inútil entrar en la discusión de todas estas opiniones; el principio que hemos sentado, si se le admite, basta para refutarlas.

De hecho, la nulidad será cubierta las más veces. Tomaremos algunos ejemplos de la jurisprudencia. Una sentencia de la Corte de Grenoble niega a la mujer el derecho de oponer la nulidad del art. 1,444, puesto que ella es quien debe ejecutar la sentencia y no puede prevalerse de su negligencia. Después la Corte agrega que la mujer, en el caso, había siempre tomado la calidad de mujer libre en sus bienes desde la sentencia que había pronunciado la separación; estos actos habían sucedido en presencia y con consentimiento de su marido, esto era una ejecución de la sentencia y, por consiguiente, ambos esposos habían renunciado, ejecutando la separación al derecho que pudiera tener en atacarla (2).

Existe en el mismo sentido una sentencia de la Corte de Colmar. Los esposos invocaban la nulidad de la separación contra un tercero a quien la mujer había cedido el mobiliario recogido por ella en una sucesión de su hermana. Esta venta era válida suponiendo que la mujer estuviese realmente separada de bienes; ésta pretendía, de cierto con su marido, que la separación era nula como

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 399 y nota 39, pfo. 516. *Toplon*, t. I, página 398, núm. 1375.

2 Grenoble, 8 de Abril de 1835 (*Dalloz*, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1856).

si no hubiera sido ejecutada conforme al art. 1,444. La Corte contesta que la nulidad no es de orden público, que sólo se ha establecido en favor de los acreedores que no concurren a la liquidación; la Corte parece, pues, rehusar al marido tanto como a la mujer el derecho de prevalerse de la nulidad contra los terceros. Pero dice la sentencia que en todos los casos la nulidad puede ser cubierta, sea por los acreedores, sea por los esposos; y los esposos habían procedido a la liquidación de la comunidad después de la expiración del plazo legal; habían por esto renunciado al derecho de oponer la nulidad de la separación, pues no se ejecuta un acto que se quiere atacar (1).

§ IV.—DE LOS DERECHOS DE LOS ACREEDORES
DEL MARIDO.

264. “Los acreedores del marido pueden intervenir en la instancia de la demanda de separación para contestarla” (art. 1,447). ¿Por qué da la ley a los acreedores el derecho de intervenir? Se contesta que el art. 1,447 es la aplicación del art. 1,166: los acreedores ejercen los derechos del marido interviniendo en la instancia para completar la defensa que opone a la demanda de la mujer (2). Esto no es enteramente exacto. Cuando los acreedores ejercen los derechos de su deudor, se supone que el mismo deudor no los ejerce. Y cuando la mujer pide la separación contra el marido, éste se encuentra necesariamente en causa, y tiene el mayor interés en defenderse; desde luego la presencia de los acreedores sería inútil si se supone que el marido se defiende de buena fe. Pero el marido puede estar de acuerdo con su mujer para hacer una separación

1 Colmar, 8 de Agosto de 1820 (Dalloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 1988).

2 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 250, núm. 96 bis.

simulada y fraudulenta; para vigilar que la separación no se haga en fraude de sus derechos, intervienen los acreedores. El mismo texto del Código indica que tal es la mente del legislador; el art. 1,447 comienza por dar a los acreedores del marido el derecho de atacar la separación de bienes declarada en fraude de sus derechos; después agrega que los acreedores hasta pueden intervenir en la instancia; su intervención tiene, pues, por objeto impedir una separación fraudulenta; mejor es evitar el fraude que tener que atacarlo cuando está consumado. Por motivos análogos es por lo que la ley da a los acreedores el derecho de intervenir en la partición (art. 882).

265. Cuando los acreedores intervienen, son partes en la causa y con este título pueden interponer apelación. Se ha sentenciado que tienen este derecho aunque no hayan intervenido (1). En este caso obran en virtud del artículo 1,166, ejerciendo el derecho de su deudor. Esta disposición es general, sólo tiene excepción para los derechos exclusivamente ligados a la persona del deudor; y la facultad de interponer apelación no es uno de esos derechos morales que sólo el deudor puede ejercer; es un derecho esencialmente pecuniario y en el caso es una garantía que deben tener los acreedores para que puedan defender sus intereses ante la justicia, con el fin de evitar una separación fraudulenta; es mejor evitar el fraude por la apelación, que tener que combatirlo por una nueva acción.

266. ¿Qué acreedores pueden intervenir? La cuestión está en saber si es necesario un interés nato y actual. Tal es la regla cuando el demandante reclama la ejecución de un derecho; no puede ejecutar un derecho even-

1 Poitiers, 6 de Julio de 1824 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1903).

tual. Pero el que tiene un derecho eventual puede ejecutar actos conservatorios. La ley lo dice del acreedor condicional (art. 1,180). Y la intervención sólo es un acto conservatorio, tiende a ilustrar a la justicia, a evitar un fraude con que la mujer, de concierto con su marido, quiere sorprender al juez. La Corte de Casación lo sentenció así (1).

267. Según el art. 1,447, “los acreedores del marido pueden proveer en casación contra la separación de bienes pronunciada y aun ejecutada en fraude de sus derechos.” ¿Cuál es la vía por la que deben proveerse? Es la acción de nulidad, por aplicación del art. 1,167, que permite a los acreedores pedir la nulidad de los actos que el deudor hace en fraude de sus derechos. Cuando el acta fraudulenta, es una sentencia, las partes interesadas en obtener la anulación deben promover por vía de tercería (Código de Procedimientos, art. 474).

268. ¿Qué deben probar los acreedores que intervienen o que forman tercería? Se oponen a la separación o piden su nulidad con motivo de que la demanda de la mujer no tiene por causa el peligro de su dote o de sus devoluciones, que sólo tiende a quitar a los acreedores la prenda que poseen sobre los bienes de la comunidad. La acción de los acreedores supone, pues, que la separación les causa un perjuicio. Este existe casi siempre, puesto que el efecto de la separación es disminuir la prenda de los acreedores. Pero el perjuicio no basta para que los acreedores puedan oponerse a la separación, es necesario además que prueben que la demanda de separación está hecha en fraude de sus derechos o que la separación sorprendió a la justicia por fraude. El art. 1,147 lo dice

1 Denegada, 27 de Junio de 1810 (Dalloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 1730).

de la acción de nulidad, esta es la aplicación del derecho común. El fraude es la base de la acción pauliana, y por fraude se entiende el perjuicio causado con el ánimo de perjudicar. Transladamos a lo que fué dicho, acerca de la acción pauliana, en el título *De las Obligaciones*. Esta es la opinión general, excepto el disentiimiento de Toullier quien, apoyándose en el sentido que tenía la palabra *fraude* en el derecho antiguo romano, ha sostenido que bastaba el perjuicio (1). No se trata del derecho romano antiguo, sino de la acción pauliana, para la que siempre se ha exigido una intención dolosa. En materia de separación de bienes esto es de toda evidencia; la separación de bienes perjudica casi siempre a los acreedores; si, pues, el perjuicio bastara para permitirles oponerse a ella, o para pedir su nulidad, la mujer no podría nunca ejercer su derecho. El perjuicio sólo es requerido para establecer el interés que tienen los acreedores; si, por excepción, la separación no les perjudica, no podrán promover, puesto que no hay acción sin interés (2). Una vez que el perjuicio queda establecido, deben, como acabamos de decirlo, probar que la separación es dolosa.

269. El derecho de intervención y el derecho de oposición en el fondo son idénticos, pues el Código de Procedimientos no permite intervenir sino a aquellos que tienen el derecho de interponer tercería (arts. 466 y 467) (3). Sucede algunas veces que la ley sólo permi-

1 Toullier, t. VII, 1, pág. 81, núms. 88-90 y la nota de Duvergier, página 85 Zachariae adoptó esta opinión; se entiende que ha sido abandonada por Aubry y Rau (t. VI, pág. 395, nota 22, pfo. 516).

2 Limoges, 2 de Agosto de 1837, (Daloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1177).

3 Véase, en lo que se refiere a la intervención, Loeja, 3 de Julio de 1833 (*Pancristia*, 1833, 2, 191, y 3 de Julio de 1830 (*ibid*, 1830, pág. 170). Grenoble, 26 de Abril de 1806 (Daloz, en la palabra *Contrato de matri-*

te promover la nulidad a los que han usado del derecho que les da para intervenir; así, los acreedores que no se han opuesto a que se proceda al reparto de una sucesión fuera de su presencia, no son admitidos a pedir la nulidad (art. 882). ¿Pasa lo mismo en materia de separación de bienes? No. La dificultad ha sido prevista cuando se comunicó el proyecto al Tribunado; según la redacción adoptada en el Consejo de Estado, se hubiera podido creer que los acreedores no eran de admitirse en instancia. El Tribunado propuso un cambio de redacción que no dejaba ninguna duda en este punto, y la disposición así modificada fué la que definitivamente se admitió. La intención del legislador es, pues, dar a los acreedores el derecho de promover la nulidad en toda hipótesis aunque no hayan intervenido. La ley les da este derecho cuando se trata de la ejecución de la separación, pues la liquidación de la comunidad podía hacerse en perjuicio y fraude de los acreedores. Si el legislador se muestra severo en esta materia, es porque quiso a cualquier precio evitar el fraude o reprimirlo, habiéndole enseñado una experiencia secular la frecuencia de las separaciones fraudulentas (1).

270. Hay, sin embargo, un punto en el que la ley parece mostrarse menos favorable para los acreedores. Según el derecho común, la acción pauliana dura treinta años, y éste es también el plazo que la ley concede para oponer la tercería. El Código Civil nada prescribía a este respecto; mantenía, pues, el derecho común. Fué derogado por el Código de Procedimientos; éste limita a

monio, núm. 1731). Y en cuanto a la acción pauliana, Bruselas, 26 de Junio de 1828 (*Pasicrisia*, 1828, pág. 240). Casación, 2 de Febrero de 1870 (Dalloz, 1870, 1, 119) y 9 de Noviembre de 1872 (Dalloz, 1873, 1, 38).

1 Observaciones del Tribunado, núm. 12, acerca del art. 58 del Proyecto (Laaré, t. VI, pág. 379).

un año la duración de la acción pauliana o de la tercería que los acreedores pueden oponer contra la sentencia de separación por causa de fraude. ¿Por qué el legislador que tanto empeño muestra en impedir el fraude en esta materia, limita a tan corto plazo la acción que tiene por objeto anular la separación fraudulenta? Esto es porque la sentencia que pronuncia la separación de bienes tiene efectos mucho más extensos que las sentencias ordinarias; trae consigo un cambio de estado para la mujer, la que se vuelve capaz para ejecutar sin autorización marital todos los actos de administración relativos a sus bienes, y disminuye los derechos del marido, quien pierde el goce de los propios de la mujer, y debe devolverle la mitad de los bienes que componen la comunidad. Estos cambios en la situación de los dos esposos influyen en los actos diarios de la vida; era imposible dejar el estado de la mujer y los derechos del marido en incertidumbre durante treinta años; era menester, por el contrario, fijarlos en el tiempo más breve. Además, el plazo bien corto de un año no impide que los acreedores promuevan. La demanda de separación ha sido publicada, la sentencia la hace pública, los acreedores, por esta gran publicidad, están prevenidos para obrar; si no promueven inmediatamente, debe creerse que la separación es sincera (1).

271. El plazo de una año ha dado lugar a largas controversias que aun no han terminado. Se pregunta si el plazo se aplica a la liquidación de los derechos de la mujer. Los acreedores pueden atacarla si se hizo en fraude de sus derechos; el art. 1,447 les da la acción pauliana o la tercería por dos causas: pueden proveerse contra la sentencia que pronuncia la separación, y pueden atacar la

1 Toullier, t. VII, 1, pág. 87, núm. 93. Troplong, t. I, pág. 406, núm. 1399.

ejecución de la sentencia si ésta se hizo en fraude de sus derechos. ¿Se aplica el art. 873 a una y otra acciones? Nos parece que el texto decide la cuestión; dice que los acreedores no son ya admitidos después de un año a promover tercería contra la *sentencia de separación*; la ley nada dice de la liquidación, ésta no debe hacerse por sentencia, puede hacerse de común consentimiento por acta auténtica; no está, pues, comprendida en el texto del Código de Procedimientos. El espíritu de la ley se opone también a que se extienda a la ejecución de la sentencia, lo que dice el art. 873 de la tercería dirigida contra la sentencia de separación. Acabamos de dar los motivos por los cuales la ley limitó a un año la acción de los acreedores; estos fundamentos son extraños a la liquidación; no se trata ya del estado de la mujer y de los derechos del marido éstos están fijados por la sentencia; los acreedores sólo alegan un acto aislado, el cual no tuvo la publicidad que establece el procedimiento de separación. La ejecución es nula y la nulidad queda de derecho común; debe, pues, estar sometida a la prescripción general.

Suponemos que la liquidación se hace después de la sentencia que declaró la separación de bienes. En este caso la cuestión no es muy dudosa. Los acreedores debieron atacar la separación en el plazo de un año; el estado y los derechos de los esposos están, pues, fijados; sólo se trata de un hecho aislado que se halla fuera del texto y del espíritu del art. 873 (1). La cuestión es más difícil cuando la sentencia que pronuncia la separación liquida también los derechos de la mujer; esto sucederá pocas veces, pero puede suceder. ¿En este caso tienen los acreedores sólo un año para atacar la liquidación, o tienen

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 396, nota 24, pfo. 516. Véase la jurisprudencia en el *Repertorio* de Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, número 1891, Bruselas, 13 de Marzo de 1845 (*Pasicrisia*, 1845, 2, 57).

el plazo ordinario de treinta años? La jurisprudencia de la Corte de Casación ha variado. Comenzó por aplicar el plazo de un año a la liquidación lo mismo que a la separación. Después se ha pronunciado en favor de la distinción de los dos actos; creemos que esta última jurisprudencia debe ser preferida. Hay acerca de esta cuestión una sentencia de la Sala Civil muy bien fundada. La Corte parte del principio de que la acción de separación de bienes y la de liquidación de los derechos de la mujer, son esencialmente distintas. Pueden, es verdad, ser formuladas y sentenciadas simultáneamente, puesto que son relativas, pero esto no impide que difieran por su naturaleza y objeto. La Corte reproduce aquí los motivos que hemos dado para justificar la corta prescripción de un año, motivos que son extraños a la liquidación. Es verdad que los dos actos son distintos; que uno, la separación, es esencialmente constencioso, puesto que la separación debe promoverse en justicia; mientras que el otro, la liquidación, puede ser voluntario. Si la liquidación se hiciera ante notario, no se aplicaría seguramente el art. 873; tampoco se le debe aplicar cuando se hace ante la justicia, pues la naturaleza del acto es la misma. Poco importa también que la liquidación se haga por una sentencia separada o por la misma que declara la separación, siempre es la liquidación un acto distinto. Esto decide la cuestión. En efecto, el art. 873 establece una prescripción excepcional, por tanto, de estricta interpretación; no se extienden las excepciones. El plazo de un año prescripto por el Código de Procedimientos para atacar la *sentencia de separación* no puede, pues, ser extendido a la sentencia que liquida los derechos de la mujer: la liquidación queda bajo el imperio del derecho común, por esto sólo: porque ninguna ley lo

deroga (1). Estos motivos parecen ser perentorios. Sin embargo, no nos atreveríamos a asegurar que el debate esté cerrado, pues encontramos algunas reservas en favor de la primera jurisprudencia en un caso de sentencia de la Sala de Requisiciones (2). Cuando menos en la hipótesis en que la liquidación se hace por la sentencia que pronuncia la separación. La doctrina se ha declarado en favor de la opinión que acabamos de defender.

Núm. 3.—Derechos de los acreedores en caso de inobservancia de las formas legales.

272. El art. 873 dice que la acción de los acreedores se limita a un año cuando las formas prescriptas por la ley han sido observadas. Esto implica que los acreedores del marido tienen también otra acción fundada en la inobservancia de las formas legales. El Código de Procedimientos lo dice; después de haber descrito las formalidades que la mujer debe observar para dar publicidad a la sentencia, el art. 869 agrega que estas formalidades serán observadas bajo pena de nulidad, la cual podrá ser opuesta por el marido o por sus acreedores. El art. 869 no habla de las formalidades relativas a la publicidad de la demanda. El Código Civil había ya establecido la nulidad para la inobservancia de las formalidades prescriptas para la publicidad de la sentencia. No dice quien puede valerse de la nulidad; la cosa no es dudosa, puesto que, sobre todo, por interés de los acreedores del marido es por lo que debe cumplirse con ellas.

273. ¿Cuál es la duración de esta acción? El ar-

1 Denegada, Sala Civil, 11 de Noviembre de 1835 (Daloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1890). Véanse las sentencias citadas en el *Repertorio* de Daloz, *ibid.*, núm. 1890.

2 Denegada, 26 de Marzo de 1833 (Daloz, *ibid.*, núm. 1891).

título 873 del Código de Procedimientos contesta implícitamente a la pregunta. Limita los derechos de los acreedores sólo cuando las formalidades han sido observadas; es decir, cuando la acción está fundada en el fraude. Cuando el acto es atacado por inobservancia de las formalidades, no se está en el caso de la excepción; por consiguiente se entra en el imperio del derecho común, es decir la prescripción de treinta años. La cuestión es, sin embargo, discutida (1). Se ha sentenciado que si la separación de bienes no ha sido ejecutada, es nula en el sentido de que se la considera como si no hubiere existido nunca. Esto sería, pues, un acta inexistente de la que no ha lugar a pronunciar la nulidad, pues no se pide la nulidad de la nada (2). Sería decisivo este argumento, si realmente la separación fuera inexistente. Se necesitaría para esto que la ejecución de la separación fuese un acta solemne; y aunque la ejecución voluntaria debe ser auténticamente comprobada, no se puede considerar la autenticidad de una acta como una solemnidad que implique la inexistencia de la separación; las formalidades que producen este efecto son las que concierne a la expresión del consentimiento, mientras que las del art. 1,444 sólo están prescriptas para impedir el fraude. Resulta que la separación, aunque nula, tiene una existencia legal. Así, la jurisprudencia admite que la nulidad puede cubrirse (número 263). lo que no se podía hacer si la separación fue-

1 Odier, t. I, pág. 390, núm. 363; Troplong, t. I, pág. 406, núm. 1400; Rodière y Pont, t. III, pág. 638, núm. 2163; Aubry y Rau, t. V, pág. 395, nota 23, pfo. 516.

2 Bourges, 15 de Febrero de 1823 (Dalloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 1897). En el mismo sentido, Rodière y Pont, t. III, página 637, núm. 2162, que citan una sentencia de la Corte de Casación. Denegada, 15 de Enero de 1843 (Dalloz, *ibid.*, núm. 1897). La sentencia no dice lo que se le hace decir.

ra inexistente. Siendo la separación solamente nula, se necesita una acción de nulidad, y cualquiera acción prescribe en los treinta años (1).

§ V.—EFECTOS DE LA SEPARACIÓN DE BIENES.

Núm. I.—Disolución de la comunidad.

274. La separación de bienes disuelve la comunidad así como la separación de cuerpos que importa siempre separación de bienes (arts. 311 y 1,446). Cuando la comunidad se encuentra disuelta la mujer tiene la facultad de aceptarla o de renunciarla (art. 1,453). La mujer separada de bienes ¿tiene la misma opción? Ni siquiera se haría esta pregunta si un tribuno no hubiera sostenido ante el cuerpo legislativo que la mujer debe necesariamente renunciar (2). Este es uno de esos errores bastante frecuentes que se encuentran en los trabajos llamados preparatorios; si lo señalamos no es para desprestigiar estos trabajos, y particularmente los informes y discursos de los miembros del Tribunado. Los hay muy notables; los de Chabot acerca de las sucesiones lo son, y los de Duveyrier acerca del contrato de matrimonio, así como los de Jaubert respecto de las obligaciones, siempre se consultarán con fruto. Pero los autores modernos han abusado de la discusión del Código Civil para hacer decir a la ley lo que, en su opinión, la ley quiere decir y que a menudo no dice. Hay que desconfiar de este género de argumentos como los que se toman en la tradición; se halla en ellos casi todo cuanto se quiere. Nuestra ciencia

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 400, nota 61, pfo. 516 (4ª edición).

2 Toullier critica el error de Mouricault con alguna acritud; no gusta de los tribunos (t. VII, 1).

requiere una argumentación más seria. Por esto es bueno criticar los errores de los que han tenido participación en la discusión del Código Civil. Nosotros no admitimos otra autoridad que la del texto del Código y de los principios.

Pothier dice que la mujer que obtuvo la separación de bienes renuncia ordinariamente la comunidad porque ésta es mala, se limita entonces a ejercer sus devoluciones. En el derecho antiguo se discutía a la mujer separada el derecho de aceptar; es, sin duda, el recuerdo de esta controversia lo que ha equivocado al tribuno Mouricault. Pero Lebrún ha hecho notar que la demanda de separación de bienes no prueba necesariamente que la comunidad sea mala; la mujer puede, pues, tener interés en aceptarla, aunque fuese para resguardar algún resto de su dote; y desde que hay interés su derecho no puede ser discutido. Esta es la opinión de Pothier y de todos los autores modernos (1).

275. Ya sea que la mujer separada de bienes acepte o renuncie, siempre se le aplica el derecho común en lo que se refiere a su dote o a sus devoluciones. Cuando renuncia, su dote mueble se pierde, sólo le quedan sus propios y las compensaciones a las que puede tener derecho. Si acepta, tomará la mitad de la comunidad y estará obligada a las deudas de la misma hasta concurrencia de su emolumento si tiene el cuidado de hacer inventario.

El art. 1,452 bastante mal redactado, parece establecer una excepción al derecho común, mientras que realmente sólo lo aplica. Dice: "La disolución de la comunidad operada por el divorcio o por la separación de bienes y de cuerpos, o sólo por la separación de bienes, no da en-

1 Pothier, *De la comunidad*, núms. 519 y 520. Rodière y Pont, t. II, pág. 313, núm. 1038. Colmet de Santerre, t. VI, pág. 269, núm. 105 bis III.

DE LA COMUNIDAD LEGAL

339

trada a los derechos de supervivencia de la mujer, pero ésta conserva la facultad de ejercerlos cuando su marido muere." Un derecho de supervivencia es un derecho condicional, como lo dice la misma palabra; la mujer sólo puede ejercerlo si sobrevive, y cuando se disuelve la comunidad por una causa distinta de la de la muerte, no se sabe quien sobrevivirá puede tratarse de ejercer un derecho condicional antes que se cumpla la condición. No es esto un principio especial a la mujer, puesto que es una consecuencia de la naturaleza del derecho. Hay que aplicar al marido lo que el art. 1,452 dice de la mujer. Si la ley nada afirma del marido, es probablemente porque en el capítulo de la *Separación de Bienes* sólo se trata de los derechos de la mujer.

276. La ley debió haber concedido garantías a la mujer separada para sus derechos de supervivencia, como lo hace cuando la mujer tiene derecho a un tanto convencional en caso de supervivencia y la comunidad llega a disolverse por el divorcio o la separación de cuerpos. Volveremos a hablar del art. 1,518 que está igualmente incompleto. En el caso de la separación de bienes la ley no contiene ninguna disposición particular; se permanece, por consiguiente, bajo el imperio del derecho común. La mujer tiene un derecho condicional, y cualquier acreedor condicional puede ejecutar los actos conservatorios de sus derechos (1). Transladamos al título de las *Obligaciones* por lo que toca a las actas que el acreedor está autorizando a hacer. Se dice que la mujer que renuncia a la comunidad puede exigir de su marido una caución para la restitución de sus derechos de superviven-

1 Rodière y Pont, t. III, pág. 675, núm. 2219.

cia. Esto no nos parece dudoso. Es verdad que el artículo 1,518 da este derecho a la mujer que obtuvo el divorcio o la separación de cuerpos; cuando el contrato de matrimonio estipula un tanto en su favor; pero esto es una disposición enteramente excepcional. El acreedor nunca puede exigir una caución, salvo el caso en el cual la ley le da este derecho; y el art. 1,518 no habla de la mujer separada de bienes: este silencio es decisivo. Se sostiene también que la mujer puede ejercer su hipoteca legal en las órdenes abiertas en los bienes de su marido, por razón de donaciones entre vivos que éste le ha hecho en caso de supervivencia (1). Esto también nos parece dudoso. Traducimos para el examen de la dificultad al título de las *Hipotecas*.

277. La incertidumbre en que se hallan los esposos en cuanto a su derecho de supervivencia y la ausencia de toda garantía para el caso en que sobrevivan, los conduce a transigir. Se pregunta si la transacción es válida. La Corte de Casación distingue: cuando la transacción no implica convención en una sucesión futura es válida, mientras que es nula si contiene un pacto sucesorio.

El contrato de matrimonio concedía a la mujer una pensión vitalicia para el caso en que sobreviviera. Transigió acerca de este derecho después de haber obtenido la separación de bienes. Los herederos del marido pretendieron que la transacción era nula por encerrar un pacto sucesorio. Fué muy bien sentenciado que, en el caso, no había ninguna convención acerca de una convención futura. Lo que hace equivocar a las personas extrañas a la ciencia del derecho es que el provecho de supervivencia se abre a la muerte del marido y se ejerce por suce-

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 287, nota 20, pfo. 516, y los autores que citan.

sión, pero de esto no resulta que estos derechos formen parte de la sucesión; en efecto, la mujer no lo ejerce como heredera sino como acreedora, en virtud de un contrato, y el acreedor puede transigir en sus derechos eventuales (1).

Sucede de modo distinto cuando el derecho de la mujer consiste en una donación de bienes futura. Esto es lo que se llama una institución contraactual; el mismo nombre prueba que se trata de un derecho hereditario. Poco importa que este derecho se halle estipulado por contrato, pues no resulta de ello ningún derecho actual para el donatario, salvo la calidad de heredero; pero es heredero, y como tal, llamado a aceptar o a renunciar; lo que prueba que su derecho no se abre sino a la muerte de su donante. Síguese de aquí que el que transige en una institución contractual celebra un pacto sucesorio: cambia un derecho, eventual en cuanto al emolumento hereditario, por un derecho actual; he aquí un trato acerca de una sucesión futura. Por lo mismo, la transacción es nula (2).

Núm. 2.—Contribución a los cargos.

278. “La mujer que obtuvo la separación de bienes debe contribuir, proporcionalmente a sus facultades y a las de su marido, tanto a los gastos de casa como a los de educación de los hijos comunes” (art. 1,448). En principio estas cargas pesan sobre ambos esposos. El artículo 203 dice que “los esposos contratan juntos, por el solo hecho del matrimonio, la obligación de mantener y educar a sus hijos.” Según el art. 212 se deben mutuos socorros y asistencia. El art. 214 dice que el marido está

1 Denegada, 22 de Febrero de 1831 (Daloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 3357).

2 Denegada, Sala Civil, 16 de Agosto de 1841 (Daloz, en la palabra **Obligaciones**, núm. 447).

obligado a ministrar a la mujer lo suficiente para las necesidades de la vida, según sus facultades y su oficio. Estas disposiciones son generales y se aplican a todos los regímenes que determinan como concurren los esposos al cumplimiento de las obligaciones que la ley les impone; es decir, en qué medida soportan las cargas que resultan del matrimonio. Ordinariamente el marido goza de los bienes que su mujer le trae en dote; es por su dote, cuyo goce abandona a su marido, por lo que la mujer contribuye a los gastos del matrimonio (art. 1,540). Así sucede bajo los regímenes de la comunidad, el de exclusión de la comunidad y bajo el régimen dotal. Cuando los esposos se encuentran separados de bienes la mujer tiene el goce de sus bienes. Fué, pues, necesario determinar como debe contribuir a los gastos del matrimonio. La ley distingue que bajo el régimen de separación contractual la mujer contribuye a los gastos hasta concurrencia de la tercera parte de sus rentas si los esposos no han fijado otra proporción en sus convenciones matrimoniales. Cuando la separación es judicial la ley no establece proporción fija, porque ordinariamente el marido se halla sin fortuna, en virtud del desorden de sus negocios. La ley establece como principio que los esposos contribuyen en proporción a sus bienes. Al juez toca determinar esta proporción. La decisión del juez no es fija ni irrevocable, como lo son ordinariamente las sentencias. En efecto, al querer la ley una igualdad proporcional, esta proporción debe cambiar según la fortuna de los esposos; los negocios del marido pueden componerse, la base de la proporción cambia entonces y debe igualmente cambiar la proporción (1).

1 Rodière y Pont, t. III, pág. 652, núms. 2181 y 2182. París, 4 de Abril de 1835. (Dalloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 1949).

El art. 1,448 agrega que, si nada le queda al marido, la mujer debe soportar enteramente los gastos de casa y los de educación. Esta es una consecuencia de los principios que la ley sienta en el título *Del Matrimonio*; acabamos de recordarlo. Los gastos de educación pesan igualmente sobre ambos esposos, y el deber de asistencia les incumbe a ambos; si uno de ellos nada posee, la carga recae en el otro por entero. Así sucede bajo el régimen de la comunidad, cuando la mujer no tiene dote ni profesión: el marido soporta sólo el cargo. Asimismo la mujer lo debe soportar cuando nada le queda al marido después de la disolución de la comunidad, a reserva de que la mujer pida que contribuya el marido si vuelve a tener mejor fortuna.

279. La aplicación de estos principios ha dado lugar a discusiones. Hemos dicho en otro lugar que la doctrina y la jurisprudencia consideran la obligación alimenticia, sea como solidaria, o sea como indivisible; según el texto y los principios debe decirse que no es solidaria ni indivisible; sólo que puede incumbir por entero a uno de los deudores si el otro no tiene bienes. Esto es lo que dice el art. 1,448. Al afirmar que la mujer debe soportar sola los gastos de la casa y de educación, la ley habla del porvenir, puesto que se trata de la mujer que obtuvo la separación de bienes. Mientras dura la comunidad la mujer contribuye a los cargos con su dote, el marido sólo está obligado a los gastos para con los acreedores. Ha sucedido que la pensión de los hijos no haya sido pagada al efectuarse la disolución del matrimonio; hallándose el marido insolvente el acreedor ha perseguido a la mujer, los tribunales han condenado a la madre. Nada hay más justo desde el punto de vista de la equidad, pero la decisión es muy discutible en el terreno del

derecho. La Corte de Agén comienza por decir que la obligación de los padres de pagar los gastos de manutención y educación de sus hijos es de derecho natural, anterior y superior a todas las legislaciones. Esto es verdad en teoría, ¿pero el derecho natural dará acción al acreedor contra el deudor? Sí, cuando la ley ha sancionado el deber que impone la naturaleza. No, si es una obligación puramente natural. La Corte agrega que esta obligación es solidaria. Esto es un error, porque sólo hay solidaridad en virtud de la ley o de las convenciones y, en el caso, no existe convención ni ley. El art. 203, que la Corte de Agén cita, sólo establece un principio: la aplicación de dicho principio se deja a los diversos regímenes y varía según las convenciones matrimoniales. La Corte confiesa que durante la comunidad el marido es quien debe llenar la obligación que el art. 203 impone a ambos esposos: cualquiera que sea el desorden de sus negocios aunque esté en la insolvencia, el acreedor de los gastos de educación no tendrá ninguna acción contra la mujer, y a la disolución de la comunidad no tiene acción contra ella sino como mujer común en bienes; es decir, por mitad si acepta, y si renuncia queda sin acción alguna. Sin embargo, la Corte decide, fundándose en la supuesta solaridad, que la mujer podrá ser demandada por el todo en razón de la deuda contraída durante la comunidad (1). ¿Cómo tendría acción el acreedor contra la mujer cuando ésta no se ha obligado personalmente? Y si no existe acción durante la comunidad ¿cómo podrá promover contra ella después de disuelta la comunidad? Que se piense en las consecuencias del principio invocado por la Corte. Los gastos de casa son igual-

1 Agén, 18 de Junio de 1851 (Dalloz, 1851, 2, 228). En el mismo sentido, Agén, 13 de Julio de 1849 (Dalloz, 1849, 2, 168).

mente una deuda natural; los alimentos de los esposos son tan favorables como los alimentos de los niños. Los acreedores de la comunidad podrán, pues, reclamar contra la mujer el pago íntegro de lo que se les debe por gastos de casa, pues todos estos gastos se relacionan con los alimentos. De manera que, en definitiva, la mujer separada de bienes estaría obligada a pagar en gran parte las deudas de la comunidad, aun cuando la hubiere renunciado. Hay que hacer a un lado el derecho natural y atenerse a la ley positiva y a los principios que ella consagra; por muy favorables que sean los créditos de los gastos de educación el acreedor no puede tener acción sino contra aquel que contrajo la deuda; por tanto, contra el marido, jefe de la comunidad, y contra la mujer en su calidad de común en bienes.

280. La mujer debe soportar enteramente los gastos de casa y de educación si nada le queda al marido. ¿Tendría derecho por este punto a una indemnización si los negocios del marido se arreglaran? Se ha sentenciado que la mujer no puede pedir ninguna compensación (1). Creemos que la decisión está fundada en los verdaderos principios. Al pagar los gastos por el todo la mujer ha pagado su deuda, puesto que está obligada a ello en virtud del art. 1,448, y el que paga lo que debe no puede seguramente reclamar una indemnización por haber pagado lo que debía. Se objeta el art. 203. Si este artículo estableciera el principio de la solidaridad entre esposos independientemente del régimen matrimonial adoptado, la mujer debería tener un recurso contra su marido, codeudor suyo. En nuestro concepto, no hay solidaridad y la cuestión debe ser decidida para los alimentos de los hijos lo mismo que para los de los esposos, no en virtud de

1 Riom, 20 de Julio de 1853 (Dalloz, 1855, 2, 358).

los arts. 203 y 212, sino según los principios que rigen los diversos regímenes. Y bajo el régimen de separación judicial la parte contributiva de la mujer se halla fijada por el art. 1,448; contribuye a los gastos según su fortuna y la de su marido, y si el marido no tiene nada ella los soporta enteramente. Paga, pues, su deuda y no la de su marido, porque éste nada tiene. Que si arregla sus negocios la mujer puede pedir que contribuya según sus bienes; pero esta contribución no será obligatoria para el marido, sólo para las deudas por venir y no para las pasadas; para éstas el marido no es deudor, por tanto, no debe contribuir a ellas (1).

281. ¿Debe la mujer entregar al marido la suma a la que llega su parte contributiva en los gastos de casa? La afirmativa no es dudosa. Aunque la comunidad esté disuelta el matrimonio subsiste; hay, pues, una sociedad conyugal de la que es jefe el marido. ¿Se dirá que esta sociedad es extraña a los bienes, puesto que la comunidad está disuelta? Es verdad que ya no hay bienes comunes, pero siempre quedan gastos comunes en el sentido de que se hacen por interés de ambos esposos y de sus hijos. ¿Quién hace los gastos? ¿Quién contrata con los terceros? ¿Es el marido, la mujer, o son ambos esposos separados de bienes, cada uno por su parte contributiva? La ley responde a estas preguntas. Según el art. 214, la mujer debe habitar con su marido; el domicilio conyugal es el del marido, ahí es donde debe recibir a su mujer y ministrarle todo lo que necesita; el marido es, pues, el jefe bajo cualquier régimen por lo que se refiere a los gastos de casa. También él es quien dirige la educación de los niños; es verdad que los hijos están so-

1 Rodière y Pont, t. III, pág. 672, núm. 2213. Aubry y Rau, t. V, página 404, nota 62, pfo. 516.

metidos a la autoridad paterna y materna, pero el padre sólo ejerce esta autoridad durante el matrimonio (artículos 472 y 473). Estas disposiciones rigen a la situación de ambos esposos, independientemente de cualquier régimen acerca de sus bienes; el marido es el jefe de la familia, él la representa; él quien provee a sus necesidades y determina los gastos y contrae las obligaciones para con los terceros; cuando la mujer obra, es en calidad de mandatario, no se obliga personalmente, obliga a su marido. Para ayudar a éste a soportar los cargos del matrimonio, la mujer le lleva su dote; ésta varía según los diversos regímenes, pero bajo cualquiera de ellos el marido recibe lo que la mujer lleva a título de dote; y dispone de ello sea de la propiedad de las cosas muebles bajo el régimen de la comunidad, sea de las rentas bajo el régimen exclusivo de la comunidad y el régimen dotal. En caso de separación de bienes hay también dote en el sentido lato de esta palabra, pues la mujer trae a su marido su parte contributiva para los gastos. Esta suma anual debe ponerse a disposición del marido. Es seguro que esto pasa bajo el régimen de la separación contractual; debe ser lo mismo cuando hay separación judicial; los principios establecidos en el título del *Matrimonio* así lo quieren.

La jurisprudencia y la doctrina se hallan en este sentido. Merlin ha establecido los principios en el negocio Montmorency. Una sentencia de Châtelet de París declaró la separación de bienes del Duque y de la Duquesa de Montmorency. El Duque emigró, después volvió a Francia y se hospedó en el hotel de su mujer, en donde fué alojado y alimentado a expensas de la Duquesa, dirigiendo ésta la casa. En 1806 el Duque pidió que el tribunal fijase la suma a que montaba la parte con-

tributiva de su mujer en los gastos de casa, cuya dirección pretendía el Duque volver a tomar. La Duquesa contestó que desde hacía veinticinco años ella era quien hacía los gastos y los pagaba; que proveía a las necesidades de su marido; que nada pedía a éste, y que, por su parte, éste debía pedirle menos aun. El Tribunal del Sena y la Corte de París rechazaron la demanda del Duque. Recurso de Casación. Merlin pronunció una de sus magníficas requisitorias. Apoyándose en los textos del Código, prueba que el marido es el *jefe* de la sociedad conyugal; que él es quien recibe a la mujer en su casa, y no la mujer la que recibe en ella al marido. Amo en su casa mientras dura la comunidad, el marido conserva su autoridad después de disuelta la comunidad. ¿Qué importa que la mujer vuelva a administrar sus bienes personales? No se trata de esta administración, sino de saber quien tiene derecho de mandar en la casa conyugal. La separación de bienes no implica ningún cambio en el matrimonio ni en el poder marital, excepto en lo que concierne a los actos de administración que la mujer puede hacer sin autorización de su marido. Esta única excepción confirma la regla: el marido sigue siendo lo que era: jefe; él es, pues, quien tiene la dirección de la casa; en sus manos es en las que debe poner la mujer su parte contributiva. Tal era el derecho antiguo que Merlin gusta de citar. Tal es también el derecho moderno. Lo hemos probado resumiendo la luminosa demostración de Merlin. La Sala de Requisiciones admitió el recurso, y no dudamos que la Sala Civil habría casado la sentencia de París si el divorcio obtenido por la Duquesa de Montmorency no hubiese terminado el debate (1). Hay una

1 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Separación de bienes*, sec. II, párrafo V, núm. 8 (t. XXX, pág. 394).

muy buena sentencia de la Corte de Nancy en este sentido (1) y no es necesario decir que la doctrina está acorde con la jurisprudencia.

282. Pero la doctrina y la jurisprudencia han aflojado en la aplicación del principio. Existe una objeción contra la opinión de Merlin. De ordinario, cuando se ha pronunciado la separación de bienes el desorden de los negocios del marido proviene de una conducta desordenada o de costumbres disipadas. ¿Qué sucederá con la contribución de la mujer en manos del marido disipador y calavera? ¿No debe preverse que hará un uso tan malo de la pensión anual de la mujer, como de la dote, y que, por consiguiente, el objeto de la separación no se alcanzará? La Corte de Nancy dice que no hay otro remedio al mal que la separación de cuerpos, la cual podrá pedir la mujer si el marido deja que carezca de lo necesario. El derecho de pedir la separación de cuerpos o el divorcio por este punto es muy dudoso; disipar los bienes de la mujer no es una injuria grave que constituya causa determinante de divorcio y autorice la separación de cuerpos. El mal proviene de una mala gestión y la ley debía haberlo remediado reglamentando la administración. No lo hizo. Los tribunales han intentado llenar el vacío. ¿Tienen este derecho?

Sólo hay un medio de impedir que el marido derroche las sumas que la mujer debe entregarle por su parte en los gastos: no entregarle el dinero, autorizando a la mujer para que pague directamente a los proveedores. Los autores reconocen este derecho a los tribunales, (2) y los

1 Nancy, 28 de Enero de 1841 (Daloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 1950).

2 Aubry y Rau, t. V, pág. 405 y nota 165, pfo. 516. Colmet de Santerre, t. VI, pág. 152, núm. 99 bis III.

tribunales lo usan (1). Merlin ha probado que esto es derogar el poder marital dando la dirección de la casa a la mujer, cuando la ley quiere que el marido sea el jefe. La cuestión está, pues, en saber si los tribunales pueden despojar al marido, en todo o en parte, del poder que le da la ley. En nuestro concepto, la negativa es segura. El poder marital es de orden público; los tribunales no tienen el derecho de quitárselo al marido; no tienen tampoco el derecho de disminuirlo ni estorbarlo. No hay nada más débil que lo que dicen los autores en apoyo de la opinión general. Troplong ni siquiera ve el verdadero objeto de la dificultad. “El *interés* de la mujer, dice, y el *interés* de los hijos exigen que la mujer sea dispensadora de su parte contributiva. Esto interesa hasta al marido, y los tribunales deben prestarse a esta templanza si no quieren que la separación no alcance todos sus efectos.” (2). He aquí razones excelentes para fundar una ley; ¿pero dónde está la ley? Al legislador pertenece consultar el interés de los hombres; el juez no decide acerca de estos *intereses*, sólo tiene una cosa que considerar: ¿cuál es el derecho? Odier cita el art. 1,449, que devuelve a la mujer la libre administración de sus bienes (3). Esto es confundir dos órdenes de ideas enteramente distintas: al obligar a la mujer a entregar al marido su parte contributiva, no se le quita su poder de administración, ella es quien administra sus bienes y percibe sus rentas; pero de estas rentas toma una suma que debe entregar a su marido. El es quien después dispondrá de ella para

1 Caen, 8 de Abril de 1851 (Dalloz, 1852, 2, 127). Consúltese Denegada, 6 de Mayo de 1835 (Dalloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, número 1954).

2 Troplong, t. I, pág. 416, núm. 1435.

3 Odier, t. I, pág. 375, núm. 401.

DE LA COMUNIDAD LEGAL

351

soportar los cargos del matrimonio; obrará como jefe y no como administrador legal de los bienes de la mujer.

Hay una sentencia de la Corte de Riom en el sentido de nuestra opinión. El primer juez había autorizado a la mujer para pagar directamente una parte de los gastos hasta concurrencia de su parte contributiva. Esta decisión fué reformada en apelación. La Corte establece en principio que la parte contributiva debe reunirse a las rentas del marido para que él provea, como jefe de la asociación conyugal, a las necesidades comunes. "Permitir a la mujer pagar por sí una parte de sus gastos no sólo sería destruir el conjunto de la dirección, traer luchas continuas entre el marido y mujer, sino que se destruiría el orden establecido por la ley y transmitir a la persona de la mujer la autoridad marital, fundamento de la autoridad conyugal, autoridad que, apesar de la separación de bienes, reside intacta en la persona del marido." (1). Estos son los verdaderos principios, tales como los estableció Merlin; el legislador sólo podía cambiarlos.

283. Los maridos, por su lado, han tratado de substraerse a la ley. En virtud del art. 1,449 la mujer vuelve a tomar la libre administración de sus bienes, pero el artículo 1,448 quiere que contribuya a las cargas del matrimonio; ¿no implica esta contribución que el marido tiene el poder de administrar cuando menos los bienes que procuran las rentas destinadas a los cargos del matrimonio? Estas pretensiones tenían aún menos fundamento que los de la mujer; la jurisprudencia y la doctrina las han rechazado. La ley dice en términos absolutos que la mujer vuelve a adquirir la libre administración de sus bienes, en consecuencia, de todos sus bienes sin excepción. El art. 1,448 no deroga al art. 1,449; sólo somete a la mujer

1 Riom, 16 de Febrero de 1853 (Dalloz, 1854, 5, 685, núm. 2).

a una contribución; es decir, a entregar a su marido la suma fijada por el juez; la mujer toma esta pensión de sus rentas, lo que no le impide administrar libremente su patrimonio (1).

No pudiendo los maridos quitar a la mujer la administración de los bienes que la ley le concede, han pretendido que la mujer les debía una garantía para el pago de su parte contributiva. Existe una respuesta perentoria que darles: que las garantías deben ser estipuladas por las partes interesadas, o establecidas por la ley; y no hay ley ni convención que obliguen a la mujer a dar garantía a su marido, lo cual es decisivo. La Corte de París lo sentenció así agregando, sin embargo, una reserva: que, en el caso, la mujer no había tratado de substraerse a la obligación que la ley le impone (2). Esto supone que si la mujer faltara a sus obligaciones el marido podría exigir garantías; debe decidirse, al contrario y sin vacilar, que el marido nunca tiene el derecho de exigir una garantía; tiene los derechos de un acreedor, el de promover contra el deudor y embargar sus bienes: la ley no le da otro (3).

284. ¿Cuáles son las relaciones de los esposos con los terceros en lo que se refiere a los gastos de casa y de educación? La cuestión está en saber si la mujer se halla obligada personalmente con los acreedores. Nos parece que la negativa resulta del texto de la ley y de los principios. El art. 1,448 dice que la mujer debe *contribuir*; esta expresión supone que se trata de las relaciones de los es-

1 Burdeos, 27 de Abril de 1831 (Dalloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 1956). Aubry y Rau, t. V, pág. 405, pfo. 516.

2 Poitiers, 17 de Febrero de 1842 (Dalloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 1955).

3 Rodière y Pont, t. III, pág. 655, núm. 2186. Aubry y Rau, t. V, página 405, nota 64, pfo. 516.

posos entre sí, y no de una liga con los terceros. En efecto, como acabamos de decirlo, la mujer debe entregar a su marido su parte contributiva; cuando tiene pagada esta suma pagó su deuda y, por consiguiente, no puede ser demandada por los acreedores, así como no lo podría ser bajo el régimen de la comunidad o cualquier otro, cuando contribuye a los gastos del matrimonio mediante su dote o los intereses de ésta. Y que no se objete el segundo inciso del art. 1,449 que dice que la mujer debe *soportar* enteramente estos gastos si nada le queda al marido. La obligación de la mujer no cambia de naturaleza según que soporta todos los gastos o sólo una parte de ellos; consiste siempre en entregar al marido la suma con la que contribuye; por esto la ley no dice que la mujer esté *obligada* por todos los gastos para con los acreedores; dice que la mujer *soporta* todos los gastos, lo que significa que están a su cargo. Esto está en armonía con los principios generales que rigen las relaciones de los esposos con los terceros acreedores. El marido es el jefe, como dice Merlín; él es quien debe ministrar lo necesario a su mujer y a sus hijos; él es, pues, quien debe contraer con los terceros; si no es él sino la mujer quien hace los gastos diarios o contrae deudas con los proveedores, ella obra como mandataria del marido que está obligado. ¿Cambia en algo estas relaciones la separación de bienes? No, esto es imposible, pues los principios proceden del poder marital y de la subordinación de la mujer. La mujer separada vuelve a tomar la libre administración de sus bienes: tal es el único efecto que produce la separación judicial; permanece sometida al poder marital; luego no tiene ninguna calidad para tratar personalmente con los terceros, aunque ella sea quien soporte los gastos; ella es deudora de su marido y éste lo es de los terceros.

Nos extraña ver que estos principios elementales sean desconocidos por excelentes autores. Aubry y Rau enseñan que la mujer separada está *obligada personalmente* hacia los acreedores en los límites de su parte contributiva. De donde deduce que la mujer no puede rehusarse a satisfacerlos *bajo el pretexto* de que hubiese entregado al marido el monto de su parte contributiva (1). Esta doctrina nos parece singular. ¿Puede la mujer estar *obligada personalmente* cuando no se ha obligado? Y no es ella quien se obliga en los gastos de casa y de educación: ni siquiera tiene el derecho de hacerlo, pues no es capaz para obligarse sino para la administración de sus bienes personales. No es ella quien es el jefe y quien gobierna la casa, es el marido; poco importa que ella pague los gastos con su contribución; de que debe contribuir con su marido, no hay que deducir que sea deudora para con los acreedores. La consecuencia a la que conduce esta opinión, testifica en contra del principio de donde procede. ¡Cómo! La mujer satisface la obligación que la ley le impone entregando a su marido su parte contributiva; el marido no paga a los acreedores, éstos demandan a la mujer, y ésta tendría que pagar por segunda vez ¡y si opone que está liberada, se calificará esta excepción de *pretexto*! ¡Cómo! es un *pretexto* el sostener que está uno liberado cuando se ha pagado lo que se debe!

La jurisprudencia ha consagrado esta singular doctrina. No le reconocemos ninguna autoridad en esta materia, porque en lugar de probar se conforma con afirmar. Así, la Corte de París ha condenado a la Condesa de Montholón a pagar el monto de las provisiones que le fueron hechas desde la sentencia de separación; la Corte invoca el art. 1,448 que declara que la mujer debe sopor-

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 405 y nota 67, pfo. 516 (4ª edición).

tar enteramente los gastos de la casa cuando el marido está en la imposibilidad absoluta de proveer a ellos (1). La Corte olvida probar lo que anticipa, y esperamos la prueba todavía; que se pruebe que la separación de bienes pone fin al poder marital, en el sentido de que el marido insolvente deja de ser el jefe de la familia, y que la mujer es la que se vuelve jefe. Troplong, no obstante, aprueba esto. Los proveedores, dice, al tratar con el Sr. de Motholón, sabían que el Conde no tenía otro auxilio que la fortuna de su mujer (2). ¿Y qué importa? ¿La insolvencia del marido tiene acaso el singular efecto de que cese de ser deudor y que la mujer lo sea aunque el marido haya figurado en el contrato cuando la mujer fué extraña a él? Estos son argumentos dignos de un proveedor, pero indignos de un jurisconsulto.

La Corte de Casación ha exagerado aún más esta doctrina singular. En el caso, los esposos estaban separados de bienes por contrato de matrimonio, lo que es lo mismo. Unas provisiones habían sido ministradas a nombre del marido, entraban en los gastos de casa. La Corte de París condenó al marido a pagar solidariamente con la mujer, dando por motivo que los proveedores habían obrado de buena fe y en la inteligencia de que las mercancías serían pagadas tanto por el marido como por la mujer. La decisión sería excelente si nuestros tribunales fueran cortos de equidad. Pero tenemos leyes y la Corte de Casación es el guardián de ellas. ¿Qué decide? Que la Corte de París no había violado ninguna ley, sacando de estos hechos la consecuencia de que el marido estaba obli-

1 París, 21 de Abril de 1830 (Dalloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 1959).

2 Troplong, t. I, pág. 417, núm. 1440.

gado *solidariamente* para con los acreedores a pagar el monto de sus facturas (1). Si la Corte hubiese sentenciado que el marido se hallaba obligado como jefe en virtud del mandato tácito de que está investida la mujer casada bajo cualquier régimen, su decisión habría sido jurídica. Pero decir que el marido está obligado solidariamente, implica que la mujer es codeudora solidaria. Y ¿cuándo hay solidaridad? Cuando está *expresamente estipulada*, o cuando se efectúa en virtud de una *disposición de la ley* (art. 1,202). En el caso ¿dónde se halla la *estipulación expresa* o la *disposición de la ley*? El artículo 1,202 estaba, pues, violado. Los principios más elementales fueron desconocidos, puesto que la Corte fundaba una obligación en la *buena fe* de los proveedores: ¿basta, acaso, con la *buena fe* para que haya acreedor y deudor?

285. Hemos dicho que la separación de bienes relaja, de hecho, la liga del matrimonio, aunque de derecho el matrimonio subsista con todas sus consecuencias. La experiencia lo prueba. Sucede a menudo que los esposos separados de bienes se separan también de habitación, de manera que cesa la vida común. De ahí nuevas dificultades acerca de los gastos de los esposos: ¿quién los soporta? Ordinariamente intervienen convenciones a este propósito entre los cónyuges; no hay que decir que éstas son radicalmente nulas. En un caso en que los esposos habían convenido soportar cada uno los gastos de su casa separada, el marido pidió que la mujer estuviera obligada a participar, en lo pasado como en lo venidero, de los gastos que había hecho y que pudiera hacer. Se fundaba en el art. 1,448. La Corte contestó, y la respuesta fué categórica, que la ley supone la vida común y

1 Denegada, 27 de Enero de 1857 (Dalloz, 1857, 1, 142).

que si el marido quería promover contra la mujer debía, ante todo, pedir que volviera al domicilio conyugal, que era el del marido (1).

No puede haber acción entre esposos por alimentos mientras vivan separados de hecho, porque los jueces no pueden reconocer una separación de hecho que viola el primer deber de los esposos, el de la vida común. La ley admite una acción por alimentos entre esposos separados de cuerpos por la sentencia de un juez. Pero mientras sólo están separados de bienes el marido es el jefe de la asociación conyugal; él es quien soporta los gastos de casa; esta casa debe ser común; en ese caso el marido tiene acción contra la mujer en virtud del art. 1,448; puede exigir la contribución de la mujer, pero no pedir su pensión por alimentos (2).

La Corte de Burdeos dice muy bien que esto sería favorecer las separaciones de hecho, el autorizar a los esposos a formular demandas por alimentos cuando el matrimonio subsiste. Sin embargo, la Corte admite que hay circunstancias excepcionales que hacen la cohabitación imposible. Tal era, en ese caso, el estado de quiebra del marido que nada poseía; no había aún pagado el diviendo ofrecido a sus acreedores y sólo vivía de la hospitalidad de su yerno y de su hija. El marido, dijo la Corte, no podría obligar a la mujer a vivir con él, puesto que no tenía domicilio en el que pudiera recibirla. En tales circunstancias, la Corte admitió la acción por alimentos del marido contra la mujer (3). La decisión nos deja alguna duda. Si el marido nada poseía la mujer estaba en la obligación de soportar por entero los cargos

1 Grenoble, 11 de Marzo de 1851 (Dalloz, 1853, 2, 62).

2 Paris, 9 de Julio de 1858 (Dalloz, 1858, 2, 186).

3 Burdeos, 31 de Mayo 1854 (Dalloz, 1855, 2, 289).

del matrimonio; el primero de estos cargos consiste en tener domicilio, por lo mismo, el domicilio conyugal podía y debía ser establecido a costas de la mujer y, por consiguiente, el marido volvía a tomar la dirección de la casa, a reserva de que la mujer pagase los gastos. Tal es la ley, y no vemos con qué derecho los tribunales la derogan.

Núm. 3.—Derechos de la mujer separada de bienes.

I.—De la administración y del goce.

286. El art. 1,449 dice que la mujer separada de cuerpos y de bienes o sólo de bienes, vuelve a hacerse cargo de la libre administración de ellos. No se dice que vuelva también a tener su goce. Era inútil decirlo, es una consecuencia natural de la disolución de la comunidad y de la separación de bienes. En principio, los frutos pertenecen al propietario (art. 547) cuando los esposos se casan bajo el régimen de la comunidad y pone fin, por esto mismo, al goce del marido; la mujer readquiere sus derechos de propietaria. Al tratar de la separación de bienes contractual, la ley dice que la mujer conserva el goce libre de sus rentas (art. 1,536); lo dice también de los bienes parafernales bajo el régimen dotal, quedando estos bienes sometidos al régimen de la separación (artículo 1,576). Debe pasar lo mismo en caso de separación judicial.

287. Lo que decimos del goce es exacto también por lo que mira a la administración: la mujer vuelve a tomar el manejo de sus bienes en virtud de su derecho de propietaria. Si el art. 1,448 se explica acerca de la administración, esto es para decir que la mujer vuelve a to-

mar la *libre* administración de sus bienes. Es *libre* en el sentido de que queda libertada del poder marital. Según el rigor de la ley, la mujer separada de bienes queda bajo el poder del marido; por consiguiente, no podría hacer ningún acto, ni siquiera de administración, sin autorización marital o de justicia. El art. 1,449 exceptúa la incapacidad de la mujer en lo que se refiere a los actos de administración, y le permite hacerlos libremente, sin necesidad de ninguna autorización. La derogación del derecho común es grave, pues se trata de una excepción al poder marital, que es de orden público: la mujer separada de bienes, aunque quede bajo el poder marital, queda en libertad para los actos más usuales de la vida. Se ve que el relajamiento de la liga que establece el matrimonio es legal, porque la misma ley debilita el poder marital derogándolo.

¿Cuáles son los motivos de esta excepción? Fué probablemente una necesidad práctica la que la introdujo. La administración exige actos muy frecuentes y que deben amenudo ejecutarse desde luego, sin retardo. Se encontraría estorbada si el marido o la justicia tuvieran que intervenir en cada acto que la mujer tiene la necesidad de ejecutar, en este sentido la mujer debe tener el derecho de administración libre. Otra consideración justifica, cuando menos en los casos ordinarios, esta derogación del derecho común. La autorización marital es requerida para que el marido, jefe de la familia, examine si el acto que la mujer se propone hacer conviene a su interés y al de la familia; esto supone que el marido tiene la costumbre y la capacidad de un hombre de negocios. En caso de separación de bienes esta suposición se halla casi siempre desmentida por el desorden de su gestión y aun de su moralidad. El marido no merece, pues, conservar

el poder marital en toda su plenitud (1). Esta consideración deja mucho que desear, según nuestro parecer. Diremos más adelante que el poder marital y, por consiguiente, la necesidad de la autorización, subsiste: la mujer debe estar autorizada por su marido cuando enajena un inmueble, cuando promueve ante la justicia. Si el marido conserva su autoridad para los actos más importantes, se podría y debería dársele también para los actos de menor importancia. Es, pues, menos por dignidad que por necesidad por lo que la ley dispensa a la mujer de la autorización para los actos de administración.

288. La mujer vuelve a tomar de derecho la administración y el goce de sus bienes. ¿Puede dejarlo a su marido, ya sea por una convención, ya de hecho por un consentimiento tácito? ¿Y cual es la consecuencia de este hecho o de esta convención? La ley prevé estas cuestiones en el capítulo *De la Separación Contractual*. Según el art. 1,539, la mujer separada puede dejar de hecho el goce de sus bienes a su marido. Decimos de hecho, porque la ley no supone ninguna convención, ningún mandato, ni siquiera tácito. ¿A qué está obligado el marido en este caso? El art. 1,539 dice: “El marido está obligado, sea a pedimiento de su mujer, sea por la disolución del matrimonio, sólo a la entrega de los frutos existentes, sin responder por los que haya consumido hasta entonces.” La mujer puede, pues, volver a tomar en todo tiempo el goce de sus bienes, así como la administración, tal es su derecho mientras subsiste la separación. En el caso no existe ningún convenio entre los esposos; el goce del marido es, pues, de puro hecho; la mujer puede ponerle fin cuando guste. ¿Por qué el marido, a pedimento de la mujer, o

1 Troplong, t. I, pág. 409, núm. 1405.

en la disolución del matrimonio, debe dar cuenta sólo de los frutos existentes y no de los consumidos? Porque la mujer, al dejarle el goce sin mandato, le abandona por esto mismo los frutos para soportar los cargos del matrimonio.

¿El art. 1,539 se aplica a la separación judicial? Esto se ha discutido, y hay, en efecto, motivo de duda. La separación convencional no supone ningún desorden, ningún desarreglo; da una gran independencia a la mujer, sin que nada pueda reprocharse al marido. Nada impide, pues, que de hecho la mujer, sin renunciar dicha independencia, deje a su marido gozar de sus bienes. Sucede de modo diferente en el caso de separación judicial; ésta acusa un desorden cualquiera: ¿es este el caso de dejar al marido el goce y la administración de unos bienes de que ha hecho mal uso, y cuando se ha pedido la separación para poner la dote al abrigo del peligro que la amenaza? ¿Y por qué, se dice, establecer una excepción en su favor a la regla que obliga a todo mandatario a rendir cuenta? (1). Hay aquí un error. El art. 1,539 no supone ningún mandato. Y como la separación judicial puede llevarse a cabo sin que haya mala gestión ni mala conducta, no se ve por que la mujer separada judicialmente no había de poder abandonar a su marido el goce de sus bienes; después de todo, ella goza de sus rentas como gusta; tiene, pues, el derecho de dárselas a su marido. La Corte de Burdeos ha sentenciado en este sentido. Dice muy bien, que no hay diferencia entre la separación de bienes judicial y la contractual; y de hecho, a la mujer toca saber lo que conviene que haga; en fin, desde el punto de vista de la equidad, esto sería

1 Odier, t. I, pág. 373, núm. 399. En sentido contrario, Aubry y Rau, t. V, pág. 405, nota 96, pfo. 516.

una obligación muy onerosa, la de exigir del marido la restitución de los frutos consumidos cuando pudo creer que la mujer se los abandonaba para ayudarlo a soportar las cargas del matrimonio (1).

289. La hipótesis de un mandato está prevista por el art. 1,577 que dice: "Si la mujer da su poder al marido para administrar sus bienes parafernales con obligación de darle cuenta de los frutos, ésta quedará obligado para con ella como cualquier mandatario." Esta disposición, aunque colocada bajo la rúbrica del régimen dotal, tiene aplicación a la separación de bienes judiciales o convencionales, porque tal es la aplicación del derecho común. Además, el régimen de los bienes parafernales es, en realidad, el régimen de la separación; por esto el art. 1,578 repite para los bienes parafernales lo que el art. 1,539 dice de los bienes personales de la mujer bajo el régimen de la separación contractual. El derecho común es aplicable siempre, salvo derogación. Cuando el marido es mandatario debe dar cuenta de los frutos todavía existentes y de los consumidos sin distinción. Sin embargo, debiendo la mujer contribuir a los gastos de casa proporcionalmente a sus facultades y a las del marido, éste puede descontar la parte contributiva de su mujer, la que se deducirá de la entrada como gasto a cargo de la mujer.

290. El art. 1,579 prevé también una hipótesis que sólo es una excepción rara, porque implica una violación de la ley. Se supone que el marido goza de los bienes parafernales a pesar de la oposición comprobada de la mujer; la ley decide que el marido deberá dar cuenta de todos los frutos, tanto de los consumidos como de los

1 Burdeos, 26 de Enero de 1831 (Dalloz, *Contrato de matrimonio*, número 1923).

existentes. Esto es asimilar el marido usurpador al marido mandatario; si la ley dice que el marido debe dar cuenta de los frutos consumidos, es en oposición con la hipótesis del artículo precedente, en el que se trata del goce que la mujer abandona de hecho al marido. No debe inducirse de esto que el marido que goza a pesar de su mujer no tiene otras obligaciones que las que le impone el art. 1,579; comete una vía de hecho, es responsable del daño que resulta para su mujer; ésta puede, pues, reclamar daños y perjuicios, si hay lugar, además de la restitución de los frutos. ¿Es esto decir que el marido, hasta usurpador, no pueda tener en cuenta la parte contributiva de la mujer en los gastos de casa? Es bien seguro que tiene este derecho, pues la mujer no se halla dispensada de cumplir sus obligaciones, aunque el marido viole la ley, reteniendo la administración y el goce, a pesar de los derechos de la mujer (1).

291. Aunque el marido goce de hecho o en virtud de un mandato, la mujer puede siempre volver a tomar la administración y goce de sus bienes; el hecho no da ningún derecho al marido, y el mandato es revocable por su esencia. Aunque la mujer haya declarado dejar a su marido la administración y el goce de sus bienes, sin limitación de tiempo o por toda su vida, no queda obligada por esto; esto sería restablecer indirectamente la comunidad; y la separación de bienes no puede cesar legalmente sino bajo las condiciones determinadas por la ley. La Corte de Burdeos lo sentenció así en un caso en el cual la mujer había dejado al marido para cubrir su contribución en los gastos de casa, la administración y goce durante el matrimonio, de una finca de que era propietaria. La mujer pidió la nulidad de esta conven-

1 Aubry y Rau, t. V, págs. 405 y 406, pfo. 516 (4ª edición).

ción en virtud del art. 1,451 que prescribe las condiciones y formas según las cuales es permitido a los esposos hacer cesar su separación. La nulidad fué declarada; en efecto, la mujer no puede despojarse de la administración de sus bienes en todo o en parte. Esto sería destruir o modificar la sentencia que falló la separación y esto sólo puede hacerse por el restablecimiento de la comunidad conforme al art. 1,451 (1).

II.—*Qué actos puede ejecutar la mujer.*

292. La ley nada dice del goce de la mujer. En el capítulo de la *Separación contractual* se dice que la mujer separada conserva el *libre goce* de sus rentas. Lo mismo sucede con la mujer separada de bienes judicialmente. Es propietaria, y la propiedad da el derecho de goce del modo más absoluto (art. 544). Es verdad que a la mujer se le considera entre los incapaces, pero su incapacidad sólo consiste en la necesidad de la autorización del marido o de la justicia para los actos jurídicos que está en el caso de ejecutar. La mujer separada de bienes se halla dispensada de esta necesidad para los actos de administración, y en cuanto a su goce es igualmente libre, en el sentido de que puede disponer de sus rentas como guste, excepto cuando ejecuta un acto para el cual tiene necesidad de autorización. Tal sería una donación, como lo diremos más adelante.

293. La mujer tiene la libre administración de sus bienes. Puede, pues, hacer sin autorización todos los actos que conciernen a la administración. ¿Cuáles son estos actos? Puesto que la mujer sólo tiene la libre administración de sus bienes y no la libre disposición de ellos,

1 Burdeos, 25 de Marzo de 1848 (Dalloz, 1848, 2, 192).

DE LA COMUNIDAD LEGAL.

365

debe decirse que no puede efectuar sin autorización sino los actos que un administrador tiene derecho de ejecutar. Sin embargo, el principio así formulado es demasiado restrictivo. Existe una diferencia radical entre el administrador ordinario y la mujer separada de bienes; el primero administra bienes que no le pertenecen, mientras que la mujer es propietaria de los bienes que administra. Se comprende, pues, que la mujer tenga un poder más extenso que el de un simple administrador; sería poco lógico el raciocinar por analogía entre la mujer y el administrador ordinario. ¿Pero se puede, cuando menos, aplicar a la mujer los principios que rigen al administrador de los bienes ajenos? Sí, a reserva de tener en cuenta los derechos más extensos que la ley concede a la mujer.

Hay un administrador cuya situación, en apariencia, es idéntica a la de la mujer; es el menor emancipado, el cual también administra bienes propios. ¿Debe deducirse de esto que hay analogía entre la mujer separada y el menor emancipado? Así se ha dicho; (1) en nuestro concepto esto es un error. El mismo texto del Código establece una diferencia. Según el art. 484, el menor emancipado sólo puede llevar a cabo por sí *actos de pura administración*; el menor tiene, pues, menos poder que un administrador ordinario; esto se comprende el menor emancipado es incapaz por razón de su edad y de su inexperiencia. El art. 1,449 no se expresa en estos términos restrictivos hablando de la mujer separada; dice que administra libremente sus bienes. En vano se dirá que ella es incapaz, su incapacidad es muy distinta de la del menor. La suponemos mayor de edad, por lo mismo, capaz, según las leyes de la naturaleza; si está tachada de

1 Battur, *De la comunidad*, t. II, pág. 190, núm. 514, y página 336, número 651.

incapacidad, esto es únicamente por razón de su matrimonio y del poder marital a que se halle sometida. Y la ley la liberta precisamente de este poder, cuando menos en parte. Debe, pues, verse hasta donde quiso la ley extender la libertad de la mujer. Esta es una cuestión muy diversa de la que se refiere a la incapacidad del menor emancipado. En definitiva, la situación de la mujer separada es enteramente especial; no puede ocurrirse a la argumentación analógica sino con gran circunspección.

294. ¿Es el contrato de arrendamiento un acto de administración? Sí, cuando no pasa de nueve años; si pasa este límite, la ley lo considera como un acto de disposición. Tal es la teoría del Código; la hemos expuesto al tratar de la administración de los bienes de la mujer que la ley confía al marido (núm. 134). ¿Debe aplicarse esta distinción a la mujer separada? Existe un motivo de duda: que la mujer es propietaria. Sí, pero propietaria incapaz cuando se trata de sus inmuebles; no los puede enajenar, dice el art. 1,449, sin el consentimiento de su marido o sin estar autorizada por la justicia cuando este le niega la autorización. Esto decide la cuestión; la mujer no puede, pues, dar sus inmuebles en arrendamiento sino por el término de nueve años, y no puede renovar el contrato sino en las épocas determinadas por la ley. Tal es la opinión unánime de los autores (1).

¿El arrendamiento que pasa de nueve años es nulo? Lo es como acto de disposición; pero es válido como acto de administración. Esta es la decisión del Código en lo que se refiere a los arrendamientos celebrados por el

1 Véanse las autoridades en Rodière y Pont, t. III, pág. 657, núm. 2189, nota 2.

marido administrador, el tutor y el menor emancipado; hay igual motivo para decidir en los arrendamientos consentidos por la mujer. Si, pues, ésta consiente en un contrato de arrendamiento sin autorización, por más de nueve años, sólo queda ligada por un período de nueve años. ¿Quién puede prevalerse de la nulidad del contrato considerado como acta de disposición y pedir su reducción? Es necesario aplicar los principios que rigen la incapacidad de la mujer casada; porque el contrato está consentido por una mujer casada es por lo que no puede valer como acta de disposición. Y según el artículo 225, la nulidad fundada en la falta de autorización sólo puede ser opuesta por la mujer, por el marido o por sus herederos. El arrendatario no puede prevalerse de ella; la nulidad no se encuentra establecida en su favor (1).

Si el contrato de arrendamiento se halla hecho por nueve años nadie tiene derecho de atacarlo; porque el acta se hizo por la mujer dentro de los límites de su capacidad. Se ha pretendido que el marido podía atacar el contrato por precio vil, en virtud del art. 1,448 que obliga a la mujer a contribuir a los gastos del matrimonio; se deducía que el marido ejercía una vigilancia en la administración de la mujer y que, por consiguiente, tenía derecho para provocar la anulación de las actas que le perjudicaban. Esta es una de esas pretensiones que falsean la ley en que se apoyan. Declarando *libre* la administración de la mujer, la ley la liberta de toda intervención de su marido; ¿con qué derecho vendría éste atacando un acta que la mujer separada tiene derecho de hacer? El art. 1,448 sólo da al marido un derecho, el de exigir la contribución de la mujer. Para que el marido tu-

1 París, 24 de Diciembre de 1859 (Dalloz, 1860, 5, 350).

viera el derecho de obrar sería necesario que fuese acreedor y que el acta fuese hecha en fraude de sus derechos. Es acreedor en virtud del art. 1,448; si el contrato o cualquiera otra acta de la mujer está hecha en fraude del marido, éste puede atacarla por acción pauliana; pero para obrar en virtud del art. 1,167 no basta que el acta le perjudique, es necesario que sea fraudulenta, y el marido tiene que probarlo (1).

295. ¿Puede la mujer recibir y dar descargo de un capital mueble? En nuestro concepto sí, porque es un acto de administración. Según el Código, el tutor puede recibir los capitales del menor, aun sin el concurso del subrogado tutor; si la ley hipotecaria ha modificado este principio, no es que entienda cambiar la naturaleza del acto, es únicamente para dar garantías al menor contra el tutor, cuyos bienes fueron insuficientes para asegurar los derechos del pupilo. Es verdad que el art. 484 prohíbe al menor emancipado recibir un capital mueble y dar descargo de él sin la asistencia de su tutor. Pero esta disposición es especial para el menor; el mismo texto del Código da la razón de esto: el curador está encargado de vigilar el empleo del capital recibido. Porque la ley desconfía de la ligereza e imprevisión del menor, es por lo que hace intervenir al curador. Este motivo no es a la mujer aplicable, la que suponemos mayor de edad. Esta queda, pues, dentro del derecho común; la ley le permite disponer de sus créditos, con mayor razón debe tener derecho para recibirlos. Tal es la común opinión, salvo el disentiimiento de Battur, del que no hacemos aprecio, porque descansa en una asimilación errónea del menor emancipado y de la mujer separada (2).

1 Douai, 24 de Julio de 1865 (Dalloz, 1866, 2, 29).

2 Aubry y Rau, t. V, pág. 403, nota 55, pfo. 516. Colmet de Santerre, t. VI, pág. 253, núm. 101 bis II. En sentido contrario, Battur, t. II, números 651 y 514.

296. ¿Puede la mujer separada de bienes consentir la cancelación de una inscripción hipotecaria? Si cancela después de haber recibido el crédito, es seguro que puede cancelar la inscripción, y no comprendemos como un conservador de hipotecas haya rehusado radicar la inscripción por el consentimiento de la mujer. En efecto, el pago extingue la deuda y, por consiguiente, la hipoteca; la cancelación es la consecuencia obligada; cualquier administrador tiene derecho de consentirla, con mayor razón la mujer (1). Es distinta la cuestión de saber si la mujer tiene calidad para cancelar la inscripción sin que la deuda esté pagada. Es de principio, como lo diremos al explicar la ley hipotecaria, que para consentir la cancelación de la inscripción cuando la deuda subsiste, es necesario tener capacidad para enajenar. Y la mujer separada de bienes puede disponer de sus muebles y enajenarlos a título oneroso; le es permitido, pues, con este título cancelar una inscripción.

297. ¿La mujer separada de bienes puede hacer adquisiciones muebles o inmuebles? Hay que distinguir: comprar para emplear sus rentas o para colocar un capital mueble cobrado, es un acto de administración que los administradores de bienes ajenos pueden hacer; esta es la colocación más segura; con este título las leyes mismas lo ordenan; trasladamos a lo que fué dicho acerca de la tutela y de la substitución fideicomisa permitida. Pero la cuestión cambia de aspecto si para comprar debe la mujer pedir prestado. ¡Cuántos propietarios se han arruinado, pidiendo prestado, aunque sea al tipo legal, sumas importantes para comprar inmuebles que nos les produce dos por ciento! Pedir prestado para especular

1 Lieja, 11 de Mayo de 1867 (*Pasicrisia*, 1867, 2, 353). Colmet de Sauter, t. VI, pág. 253, núm. 101 bis II.

es un acto ruinoso; volveremos a ocuparnos en esto más tarde: lo seguro es que la mujer separada de bienes no tiene este derecho, porque tal cosa sería darle derecho para arruinarse (1).

298. Otra colocación de dinero ha dado lugar a alguna duda: ¿puede la mujer colocar sus capitales en renta vitalicia? Si sólo tuviera simples poderes de administración, la decisión sería dudosa; la colocación, ventajosa para ella, puede ser ruinoso para sus hijos, y algunas veces ella misma hace una especulación muy mala, se podría decir que el administrador no tiene el derecho de especular, y todo contrato aleatorio es una especie de juego en el que se puede perder o ganar. Pero la mujer separada tiene una capacidad que es mayor que la administración; la ley le permite enajenar sus muebles y disponer de ellos; y colocar sus capitales en renta vitalicia, es ejecutar un acto de enajenación; por consiguiente, la mujer tiene derecho de hacerlo. Esta es la doctrina de la mayor parte de los autores, y la jurisprudencia se halla en el mismo sentido (2).

299. La mujer separada de bienes tiene un patrimonio distinto del de su marido, ya no hay intereses comunes entre ellos. Cuando bajo el régimen de la comunidad la mujer compra, el bien se convierte en ganancial. Si la mujer separada compra el bien es un propio suyo, pues se vuelve propietaria y todo lo que posee le es propio. El principio es incontestable; no obstante, la aplicación ha dado lugar a muchas discusiones.

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 404, pfo. 516. Colmet de Santerre, t. VI, pág. 54, núm. 101 bis II.

2 Troplong, t. I, pág. 413, núm. 1422. Aubry y Rau, t. VI, pág. 404, nota 59, pfo. 516. París, 17 de Mayo de 1834 (Dalloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 1983). Sentencia del Tribunal del Sena, 3 de Febrero de 1869 (Dalloz, 1871, 3, 109).

El primer punto es seguro: que la mujer que compra es deudora, sola habla en el contrato, su marido no figura en él para autorizarla, y aunque la autorizase, se le aplicaría el principio que dice: quien autoriza no se obliga. Ha sucedido que el marido haya comprado por cuenta de su mujer, por consiguiente, como mandatario; siempre es la mujer quien compra y, por lo mismo, la que es deudora, como es propietaria. La Corte de Casación lo sentenció así, y esto no es dudoso (1).

Decimos que la mujer es propietaria. Sin embargo, se ha sentenciado que si un inmueble es adquirido por la mujer o en su nombre con declaración de que el precio se paga con su dinero, los acreedores pueden atacar la declaración como fraudulenta y, por consiguiente, embargar el inmueble como perteneciente al marido (2). La decisión nos parece dudosa. A los acreedores les es dable atacar cualquiera acta de su deudor cuando está hecha en fraude de sus derecho. En cierto caso, la adquisición fué hecha por la mujer; el marido, es verdad, había ministrado el dinero, pero no es el que ministra el dinero quien se hace propietario, es el que figura en el contrato como comprador. ¿No debe deducirse de esto que la mujer era la propietaria y que el único derecho de los acreedores consistía en pedirle el reembolso de la suma que el marido había ministrado para hacer la adquisición? No debe confundirse este caso con otro en el que el marido haga una adquisición por cuenta suya, pero bajo el nombre de su mujer, con el fin de defraudar a los acreedores; en este caso, es seguro que el marido se vuelve propietario y sus acreedores pueden atacar el ac-

1 Denegada, Sala Civil, 20 de Abril de 1864 (Dalloz, 1864, 1, 178).

2 Denegada, 28 de Febrero de 1855 (Dalloz, 1855, 1, 401).

ta en la cual la mujer figura prestando su nombre a su deudor. Este no era el caso juzgado por la Corte de Casación. Lo que había de fraudulento en él no era la adquisición; la compra por cuenta de la mujer era seria, por tanto, debía haber sido sostenida.

300. En cuanto a los muebles, se presentan otras dificultades. La mujer separada de bienes toma la mitad de la comunidad, acepta y el marido le cede su parte para llenar sus devoluciones. ¿Resulta de esto que a la mujer se le presume propietaria de todo lo mueble que se encuentra en el domicilio conyugal? La Corte de Besancón falló muy bien que no había presunción en este caso. El marido puede adquirir efectos muebles después de la separación de bienes; como la vida común continúa, los muebles de ambos esposos se confundirán, lo que no impide que cada uno sea propietario de los efectos que adquiriera. Esto es decir que siempre se permanece bajo el imperio del derecho común (1).

Los tribunales gustan de decidir por las presunciones que resultan de las circunstancias de la causa; están en su derecho; suponiendo que la prueba por simple presunción sea de admitirse, no lo es sino en el caso en que la ley admite la prueba testimonial. Nunca debe perderse de vista esta disposición del art. 1,353 que a menudo se olvida en la práctica, como si las presunciones de hombre fueran una prueba de derecho común. La mujer separada puede tener un comercio distinto del de su marido; por consiguiente, se vuelve propietaria de los muebles adquiridos con las utilidades de su comercio o con sus economías. Esto es incontestable. ¿Debe inducirse de esto, como lo hizo la Corte de Caen, que hay presunción de que los muebles encontrados en su posesión sean de su

1 - Besancón, 22 de Diciembre de 1854 (Dalloz, 1854, 2, 233).

propiedad y, que por consiguiente, no pueden ser embargados por los acreedores del marido? (1). Como se trata de una presunción de hecho, queda, por esto sólo, abandonada a la apreciación del juez, a reserva de ver si éste tiene el derecho de invocar presunciones; acerca de este punto trasladamos al título *De las Obligaciones*.

Después de una sentencia que declaraba la separación de bienes, la mujer se retiró a una de sus propiedades para explotarla. El marido la siguió allí y la ayudó en su explotación. ¿A quién pertenecía el mobiliar de la casa, los caballos y carruajes que servían para el cultivo de las tierras? Los acreedores pretendieron que los carruajes eran propiedad del marido porque las placas llevaban su nombre. Su pretensión fué desechada por la Corte de Caen, la cual se fundó en las circunstancias de la causa (2). Esta es siempre la misma cuestión: las circunstancias de la causa son presunciones de hombre; el juez puede prevalerse de ellas, pero con una condición: que la prueba testimonial sea admitida.

III.—¿La mujer separada de bienes puede enajenar su mobiliar?

301. El art. 1,449 dice que la mujer puede disponer de su mobiliar y enajenarlo. ¿Es absoluto este derecho de disposición, o sólo pertenece a la mujer dentro de los límites de su poder administrativo? Esta cuestión es muy discutida. Nos parece que el texto lo decide; acabamos de transcribir los términos de la ley. Se diría que el legislador ha previsto las discusiones a que daría lugar el derecho de disposición de la mujer y que quiso decidir-

1 Caen, 4 de Diciembre de 1844 (Dalloz, 1845, 4, 470, 4º 3).

2 Caen, 15 de Enero de 1849 (Dalloz, 1849, 2, 181).

lo de antemano; se limita a decir que la mujer puede enajenar su mobiliar, y agrega que puede disponer de él acumulando así dos expresiones para precisar el pleno derecho de la mujer. No hay una sola palabra en la ley que restrinja este poder absoluto.

Se pretende que la restricción resulta de la combinación de los arts. 217 y 1,449. El art. 217 dice que la mujer, aun no común o *separada de bienes*, no puede dar, *enajenar*, hipotecar, adquirir a título gratuito u oneroso sin autorización de su marido. He aquí una incapacidad absoluta para *enajenar*: ¿puede admitirse que el legislador, después de haber dicho que *la mujer separada no puede enajenar*, diga lo contrario en el art. 1,449, permitiendo a la mujer enajenar sus muebles y disponer de ellos sin ninguna distinción? Deben conciliarse, se dice, ambas disposiciones, y el art. 1,449 nos enseña como debe hacerse esta conciliación. El primer inciso sienta el principio; la mujer vuelve a tomar la libre administración de sus bienes; sólo puede, pues, ejecutar actos de administración. Esta es su capacidad; lo que la ley agrega debe relacionarse con la regla fundamental; permite a la mujer separada de bienes disponer de sus muebles, pero bajo la condición de que la enajenación concierna a la administración; es decir, que sea un acto de administración. Tal es el argumento que invoca la jurisprudencia dándole una forma jurídica que parece ser decisiva; el art. 217 establece como regla la incapacidad para enajenar; el art. 1,449 consagra una excepción que no puede destruir a la regla; sólo la modifica; en consecuencia debe restringirse el derecho de enajenar a los límites del poder de administración. Creemos que la distinción que se propone no es la que creyó hacer el legislador. Sin duda la disposición del art. 217 es demasiado

DE LA COMUNIDAD LEGAL.

375

absoluta en lo que concierne a la mujer separada de bienes; es demasiado absoluta no sólo en lo que dice del derecho de *enajenar*, sino también en lo que se refiere al derecho de *adquirir a título oneroso*. Hay, pues, que hacer una restricción al art. 217, o que fijar una excepción. ¿Acerca de qué es esta excepción? El art. 1,449 lo indica claramente. Este artículo contiene dos principios: uno para el derecho de administración y el otro para el de disposición. En cuanto al poder para administrar, la mujer lo posee en toda su plenitud; administra libremente, lo cual es ya una derogación del art. 217 que prohíbe que la mujer adquiera a título oneroso, mientras el art. 1,449 le concede este derecho al darle la libre administración. La segunda regla que contiene el art. 1,449 es relativa al derecho de disposición. Aquí la ley distingue: permite a la mujer enajenar sus muebles sin autorización, pero conserva la necesidad de esta autorización para la enajenación de inmuebles. He aquí la distinción o la excepción que concilia el art. 1,449 con el art. 217. La ley aplica la regla del art. 217 a la enajenación de los inmuebles, y la deroga en cuanto a la enajenación de los muebles.

La relación que se pretende establecer entre el segundo inciso del art. 1,449 y el primero, está en oposición con el texto y con el espíritu de la ley. Se trata de dos órdenes de ideas distintas: el primer inciso trata del derecho de administración, el segundo del derecho de disposición, así como el tercero. El derecho de administrar no está sometido a ninguna restricción, es *libre*. El derecho de disposición, al contrario, no es libre, sólo es para los muebles, no para los inmuebles. Para lo mueble, la libertad de disponer está expresada en términos tan absolutos como se halla el poder para administrar.

Nada en el texto define que la mujer no tiene el derecho de enajenar sino dentro de los límites de su poder de administrador. Y el espíritu de la ley tampoco permite admitir esta restricción. El derecho de enajenar interesa a los terceros tanto como a la mujer; para que la mujer pueda vender es preciso que encuentre comprador, y lo que éstos quieren, sobre todo, es una completa seguridad. No comprarán si a la mujer o a los acreedores les es posible pretender que la venta es nula, en virtud de que no fué hecha de acuerdo con las necesidades de la administración de la mujer. ¿Y cómo sabrán los terceros si la mujer vende sus muebles por necesidad de administración o de otro modo? En la incertidumbre en que estarán acerca de la clase de venta, no comprarán, y el derecho de enajenar que consagra la ley en términos tan absolutos, se volverá letra muerta, o mejor dicho, se borrará del Código. ¿Se quiere una prueba? La jurisprudencia admite que la enajenación es válida o nula, según se hace o no, en vista de las necesidades de la administración. ¿Quién será juez de esta condición? Se lee en una sentencia de la Corte de Nancy: "Pertenece a los tribunales apreciar si la enajenación consentida por la mujer entra o no en los límites del derecho de administración." (1). Esto es decir que depende del poder arbitrario del juez mantener la enajenación o anularla. ¿Es esto lo que dice el art. 1,449?

302. Casi todos los autores se han declarado en favor de la opinión que acabamos de sostener (2). La jurisprudencia parece contraria. Se lee en una sentencia de la Corte de Casación que el art. 1,449 deroga al 217,

1 Nancy, 24 de Junio de 1854 (Dalloz, 1855, 5, 407).

2 Aubry y Rau, t. V, pág. 403, nota 56, pfo. 516. Colmet de Santerre, t. VI, pág. 254, núm. 201 bis III.

y toda excepción debe entenderse en sentido restrictivo; la Corte deduce de esto que la facultad concedida a la mujer separada de bienes para disponer de sus muebles y enajenarlos debe restringirse a los actos que tienen por causa la administración de sus bienes (1). Apparently la sentencia zanja la cuestión. En realidad, las decisiones de la Corte no tienen tanto alcance como los considerandos. La cuestión que se sometía a su apreciación no era la de saber si la enajenación directa del mobiliario por la mujer es válida sin autorización marital; la cuestión, presentada en estos términos, no fué nunca resuelta por la Corte de Casación; siempre se ha tratado de saber si la mujer puede disponer indirectamente de su mobiliario obligándose. La Corte de Casación decide que sólo tiene derecho de obligarse para las necesidades de su administración, lo cual es muy exacto, según lo diremos más adelante. Pero la Corte no hace bien en aplicar al derecho de enajenar lo que es verdad para el derecho de obligarse. Esto es confundir dos órdenes de ideas enteramente distintas; volveremos a tratar este punto muy importante. Las Cortes de Apelación juzgan en el mismo sentido; la Corte de París está tan convencida de la verdad de esta doctrina, que la califica de evidente (2). Se trataba también, en cierto caso, de una obligación contraída por una mujer separada de bienes; de manera que la opinión que la Corte encuentra evidente descansa en la confusión de ideas que acabamos de señalar. Se podría decir también que esta confusión es un error evidente. No lo diremos; contentándonos con establecer los verdaderos principios,

1 Casación, 5 de Mayo de 1829, 7 de Diciembre de 1830 y 3 de Enero de 1831 (Dalloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 1971).

2 París, 27 de Noviembre de 1857 (Dalloz, 1857, 2, 210).

todos nos equivocamos; evitemos, pues, considerar como evidente todo lo que creemos y como error lo que piensan nuestros adversarios.

Hay acerca de este asunto una sentencia del Tribunal del Sena conforme con nuestra opinión y mejor fundada que todas las sentencias de la Corte de Casación pronunciadas en esta materia. El Tribunal señala la confusión entre el derecho de enajenar y el de obligarse, que hemos encontrado en la jurisprudencia, y establece claramente la distinción que resulta tanto del texto como del espíritu del art. 1,449. Se hace una objeción que se dirige al legislador. Los valores muebles van creciendo cada día más; un gran número de capitales son exclusivamente muebles. ¿No será peligroso permitir a la mujer enajenar todos sus muebles sin autorización? Esto es tan peligroso como el permitirle que se obligue. ¡Y qué contradicción, de hecho! ¡Se prohíbe a la mujer enajenar sin autorización del marido un pedazo de tierra que no vale 100 francos, y se le permite enajenar valores que pueden alcanzar a cientos de miles de francos! El Tribunal contesta que si, en vista de la transformación que está sucediendo en la naturaleza de los capitales, hay peligro en dejar a la mujer una entera libertad para disponer de sus muebles, toca también al legislador proveer acerca de esto. En cuanto al juez su derecho consiste únicamente en interpretar la ley. Y la ley debe ser interpretada según la tradición y el estado social de la época en que se formó la tradición. En cuanto a nuestro estado social, no pertenece al juez tomarlo en consideración; al legislador toca modificar las leyes cuando la sociedad cambia (1).

303. ¿Qué se entiende en el art. 1,449 por la pala-

1 Sentencia de 9 de Julio de 1872 (Dalloz, 1872, 3, 96).

bra *mobiliar*? El Tribunal del Sena, en la sentencia que acabamos de mencionar, decide que esta expresión tiene el sentido que le da el art. 535; es decir, que comprende no sólo los muebles corporales, sino también los créditos, obligaciones, acciones y rentas de Estado. Esto no es muy dudoso, pues el art. 1,449 no sólo habla del mobiliar sino también de los inmuebles; luego comprende a todos los bienes de la mujer; la necesidad de la autorización sólo está mantenida; en cuanto a la enajenación de los inmuebles, la mujer se halla libre de ella para la enajenación de los muebles, por lo mismo, puede enajenar todo lo que no es inmueble.

304. ¿Le es permitido a la mujer convertir en títulos al portador los títulos nominales de acciones industriales o mercantiles? Lo que hace dudosa la cuestión es que las leyes no permiten a las personas incapaces, esta conversión, y se ha pretendido, ante la Corte de Casación, que la mujer separada de bienes debía colocarse entre los incapaces. Esto depende de la interpretación que se da al art. 1,449. En nuestra opinión la mujer puede enajenar sus acciones; con mayor razón puede transformar títulos nominales en títulos al portador, lo que no es una enajenación; pero la transformación faculta la enajenación, lo cual le hace peligrosa para la mujer separada de bienes, puesto que le da el medio de arruinarse. La objeción, lo repetimos, se dirige al legislador. La Corte de Casación se ha declarado en este sentido (1).

305. ¿Puede la mujer partir sucesiones muebles? Si se admitiera que la mujer sólo tiene un poder de administración, la cuestión sería dudosa, pues el derecho de

1 París, 12 de Julio de 1869, y Denegada, 8 de Febrero de 1870 (Dalloz, 1870, 2, 29, y 1870, 1, 336). Consúltense las leyes citadas en nota (Dalloz, 1870, 1, 336).

administrar no confiere el de partir. La ley exige una capacidad especial para proceder a una partición; ésta es menos que la capacidad del propietario y más que la del administrador. Transladamos a lo que se ha dicho en el título de las *Sucesiones*. Teniendo la mujer capacidad para enajenar sus derechos muebles, la decisión no es dudosa (1).

306. El art. 2,045 dice que para transigir se necesita tener capacidad para disponer de los objetos comprendidos en la transacción. Si, pues, la transacción se refiere a derechos muebles, la mujer separada de bienes puede consentirla, puesto que la ley le concede el derecho de disponer de sus efectos muebles y enajenarlos. A este respecto, la capacidad de la mujer separada difiere grandemente de la capacidad de un administrador; el tutor sólo puede transigir bajo condiciones muy rigurosas, mientras que la mujer puede hacerlo, hasta sin autorización, cuando se trata de sus derechos muebles. Esto es porque la mujer es más que un simple administrador, es propietaria, y propietaria capaz para enajenar sus derechos muebles, mientras que el administrador no puede enajenar, cuando menos según nuestra opinión (2).

307. ¿Puede la mujer disponer de sus muebles a título gratuito? Se podría creer así, según los términos del art. 1,449, pero debe combinarse esta disposición con las de los arts. 217 y 905. El art. 217 dice que la mujer separada de bienes no puede *dar, enajenar, sin autorización*; distingue, pues, la *donación* de la *enajenación*

1 Bellot, t. II, pág. 155. Consúltase Troplong, t. I, pág. 413, núm. 1421, quien da una mala razón. ¿Qué importa que la partición no sea una enajenación? ¿Prueba esto que sea un acto de administración?

2 Aubry y Rau, t. V, pág. 404, nota 57, pfo. 516 (4ª edición).

a título oneroso. Y el art. 1,449 no deroga al 217 sino en lo que toca al derecho de *enajenar*; nada dice del derecho de *dar*; en consecuencia, la incapacidad para dar subsiste. El art. 905 confirma esta interpretación. Establece terminantemente la incapacidad para ser establecida en el art. 217. ¿Para qué reproduce el legislador una prohibición que ya tenía consagrada? Es porque hay un motivo especial para declarar a la mujer ineapaz de dar, cualesquiera que sean las convenciones matrimoniales de los esposos; las buenas costumbres exigen que el marido intervenga para autorizar las liberalidades que quiera hacer la mujer. Este argumento domina todas las demás consideraciones. He aquí por qué el art. 905 no distingue el régimen bajo el cual la mujer se casó; el interés moral en que se funda la incapacidad excluye toda distinción (1).

No es necesario decir que la mujer no puede hacer indirectamente lo que la ley le prohíbe hacer directamente. Citaremos un caso que se presentó ante la Corte de Casación de París; es un rasgo de costumbres. Durante la enfermedad de su marido, una mujer fué a consultar a un *magnetizador*. Este firmó un vale por el que reconocía haber recibido, para toda su vida, una suma de 16,000 francos, la que debía ser pagada después de su muerte; y el supuesto deudor era mucho más joven que la señora, además se le dispensaba de los réditos durante su vida. Se pretendió que este préstamo ocultaba una liberalidad, la cual era nula, puesto que la mujer separada no tiene derecho para hacer liberalidades sin autorización marital (2).

1 Esta es la opinión unánime de los autores. Aubry y Rau, t. V, página 409, nota 79, pfo. 516. Debe agregarse Colmet de Santerre, t. VI, pág. 256, núm. 101 bis IV.

2 París, 29 de Enero de 1874 (Dalloz, 1874, 2, 224).

IV.—¿Puede obligarse la mujer separada de bienes?

1.—¿Puede obligarse para la administración de sus bienes?

308. El art. 217, que establece el principio de la incapacidad de la mujer casada, enumera los actos para los que debe estar autorizada por el marido; nada dice del derecho de contratar u obligarse. Pero la incapacidad para obligarse resulta de los siguientes artículos. No hay ninguna duda a este respecto; trasladamos a lo que fué dicho en el título del *Matrimonio* (t. III, núm. 97). La regla es que la mujer es incapaz para obligarse; hay que ver si la ley establece una excepción para la mujer separada de bienes. Y el art. 1,449 se limita a decir que la mujer separada administra libremente sus bienes, puesto que puede disponer de los muebles y enajenarlos. ¿Resulta de esto una incapacidad relativa o general para obligarse?

Al decir que la mujer separada de bienes puede celebrar actos de administración sin autorización de su marido, la ley decide implícitamente que puede obligarse. Es, en efecto, imposible administrar sin obligarse. La mujer da en arrendamiento uno de sus bienes; contrae obligaciones con el arrendatario: el mismo hecho jurídico es a la vez un acto de administración y una obligación; el acto de administración no puede ser válido sin que lo sea la obligación. La ley consagra este principio en lo que se refiere al menor emancipado. Puede pedir la *reducción* de los compromisos que contrae por vía de compra u otra, cuando éstos son excesivos (art. 484); lo que supone que el compromiso es válido, porque fué contraído por un acto de administración, pues comprar

es administrar. Si el menor emancipado puede obligarse para las necesidades de su administración, con mayor razón la mujer separada de bienes debe tener este derecho, pues sus poderes son más extensos que los del menor (núm. 293).

309. Acerca de este punto la doctrina y la jurisprudencia están acordes. ¿No se debe ir más allá y decir que la mujer puede obligarse aunque no se trate de un acto de administración, en el sentido cuando menos, de que contratando obliga su mobiliar? Se invoca el artículo 1,449 en apoyo de esta opinión. La ley da a la mujer el derecho de disponer de su mobiliar y de enajenarlo, mientras que le prohíbe enajenar sus inmuebles sin autorización. Si la mujer puede enajenar directamente su mobiliar ¿por qué no había de poderlo hacer indirectamente, obligándose y dando a los acreedores el derecho de embargar sus muebles? La obligación será, pues, válida; solo que dará al acreedor una garantía incompleta; tendrá como prenda el mobiliar de la mujer de que ésta puede disponer; no sus inmuebles, porque la mujer no puede disponer de ellos.

La Corte de Casación se pronunció primero en favor de esta opinión. Una sentencia dice que la mujer separada, si está autorizada para disponer de sus muebles y enajenarlos, puede, como natural consecuencia, obligarse hasta concurrencia de dicho mobiliar. La Corte de Rouen había sentenciado en sentido contrario, el caso era de los más desfavorables: se dice en la sentencia que la mujer se había obligado fuera de las necesidades de su administración; que había comprometido sus medios de existencia y los de su hija. En el recurso, la sentencia fué casada. Ninguna consideración, dice la sentencia, puede ser superior a la ley. Decir que la mujer no puede

obligarse, cuando la ley declara que puede enajenar su mobiliar, es restringir ésta; es, pues, violarla y cometer un exceso de poder, pues el juez, restringiendo la ley, la deroga, se vuelve legislador (1).

310. La Corte de Casación se equivocaba. Reconoció su error y cambió su jurisprudencia. Pero cuando se ha tomado una mala dirección difícil es salir de ella: la nueva jurisprudencia de la Suprema Corte está igualmente sujeta a la crítica. Comenzó por confundir el derecho de enajenación con el que tiene el deudor para obligarse dando por prenda al acreedor los bienes que puede enajenar; y esta misma confusión se encuentra en la última doctrina de la Suprema Corte. Importa, pues, establecer claramente la distinción que desconoce la Corte. A primera vista nada parece tan natural y tan lógico como la argumentación que ha extraviado a la Corte. La mujer separada de bienes puede disponer directamente de su mobiliar: ¿por qué no ha de poder hacerlo indirectamente? Podría vender sus efectos muebles a un acreedor. ¿Puede concebirse que no pueda darle el derecho para que los haga vender? En realidad, la diferencia es grande entre estos hechos jurídicos: enajenar y obligarse. El que enajena se despoja inmediatamente; sólo lo hace en caso de necesidad actual o cuando encuentra en ello cierta ventaja. La situación del que se obliga es muy distinta. La mujer pide prestado, recibe el dinero, y aunque sepa que debe restituirlo, no se priva por el momento de ninguno de sus bienes; ni siquiera piensa en que compromete sus muebles y que el acreedor tendrá derecho para embargarlos, porque espera reembolsar lo que ha pedido prestado. Esta facilidad de com-

1 Denegada, 16 de Marzo de 1813, Casación, 18 de Mayo de 1819 (Dalloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 1970).

prometerse para el porvenir es en extremo peligrosa para el deudor imprudente; por lo mismo, la ley debe impedirselo cuando no es enteramente capaz. El derecho de obligarse no es, pues, una consecuencia del de enajenar; la ley puede conceder a la mujer el derecho de enajenar y prohibirle obligarse por razón de su incapacidad, porque no puede dar a la mujer incapaz un derecho que le facilitaría el medio de arruinarse y también a su familia. La ley sigue este principio en todos los casos en los que hay incapacidad. El menor emancipado sólo adquiere una semicapacidad; capaz para los actos de administración, sigue siendo incapaz cuando el acto pasa de los límites de la administración; de ahí como consecuencia que el menor sólo puede obligarse dentro de los límites de su poder de administración. La mujer separada de bienes sólo tiene también en principio la libre administración de sus bienes; luego sólo puede obligarse dentro de estos límites; fuera de éstos queda como incapaz. De que la ley le permite enajenar su mobiliar no puede deducirse que tenga el poder ilimitado para obligarse, porque la enajenación puede ser necesaria o ventajosa, mientras que el derecho de obligarse sería una causa de ruina (1).

Tal es la teoría de la ley; ella es seguramente más previsora para la mujer que la primera jurisprudencia de la Corte de Casación. Sin embargo, se puede objetar el interés de los terceros que tratan con la mujer. Hemos reconocido a la mujer, como la mayor parte de los autores, el derecho ilimitado de enajenar sus muebles, y en apoyo de esta opinión hemos invocado el interés de los terceros, para los que sería imposible saber si la ena-

1 Rodière y Pont, t. III, pág. 661, núm. 2193; Colmet de Santerre, t. VI, pág. 261, 101 bis XII.

jenación se hace o no en interés de la administración de los bienes de la mujer. ¿No pasa lo mismo con los terceros hacia los cuales se obliga la mujer? La obligación será válida si concierne a la administración; será nula si es ajena a dicha administración. Si se tiene en cuenta el interés de los terceros en caso de enajenación, ¿por qué no se tiene cuando se trata de obligaciones? La diferencia que establece la ley entre estos dos hechos jurídicos se justifica muy bien. El número de actos de administración se encuentra muy limitado; es, pues, fácil para los terceros saber si la mujer que con ellos trata administra y se obliga para su administración; mientras que la enajenación del mobiliario no tiene ninguna relación directa con la administración de los bienes; sería, pues, imposible para los terceros saber si la mujer que enajena ejecuta o no un acto de administración. Agreguemos que la causa de los terceros a los que la mujer vende es más favorable que la causa de los terceros hacia los que la mujer se obliga fuera de su administración; los terceros compradores prestan un servicio a la mujer, los terceros acreedores la ayudan a arruinarse (1).

311. La Corte de Casación ha modificado su jurisprudencia; seis sentencias, de ellas tres de la Sala Civil, han consagrado la nueva doctrina (2). No es verosímil pretender, dice la Corte que concediendo a la mujer separada de bienes el poder de disponer de su mobiliario y de enajenarlo, el art. 1,449 la autorice a obligarse in-

1 Esta es la opinión casi general de los autores. Véanse las citaciones en Aubry y Rau, t. V, pág. 408, nota 77, pfo. 516, y en Rodière y Pont, t. III, pág. 661, nota 1. Agréguese Colmet de Santerre, t. VI, pág. 257, núms. 101 bis VII y VIII.

2 Denegada, 12 de Febrero de 1828, 18 de Marzo de 1829, 7 de Diciembre de 1829; Casación, 5 de Mayo de 1829, 7 de Diciembre de 1830 y 3 de Enero de 1831 (Dalloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 1971).

definidamente para cualquiera causa, a reserva de no ejecutar la obligación más que sobre sus muebles; resultaría de esto que desde el momento en que la separación fuese pronunciada, la mujer podría enajenar su mobiliar presente y futuro y hacer su ruina y la de sus hijos; lo que no pudo haber sido la mente del legislador. No, seguramente; éste no es el espíritu de la ley. Pero si el texto favoreciera este peligroso poder, habría que atenerse a ello; el texto, pues, fué lo que pareció decisivo a la Corte en un principio, y debía haberlo interpretado estableciendo los verdaderos principios. La Corte, al contrario, perseveró en su primitivo error de confundir el derecho de enajenar con el derecho de obligarse. No se limitó a sentenciar que la mujer sólo puede obligarse dentro de los límites de su poder de administración; decidió también que la mujer no podía enajenar sino para las necesidades de su administración; de manera que, en la mente de la Corte, el derecho de obligarse depende siempre del derecho de enajenar. En un principio creyó que el derecho de enajenar de la mujer era ilimitado, y había deducido de esto que su derecho para obligarse era también ilimitado. Después consideró el derecho de enajenar como limitado al poder de administración, y admitió el mismo límite para el derecho de obligarse. Hemos combatido esta confusión de dos derechos distintos. Agregaremos que esto es dar a la nueva doctrina una base muy frágil apoyándola en el derecho limitado de enajenar, puesto que este derecho, lejos de estar limitado por el texto, es ilimitado, como lo decía muy bien la primera jurisprudencia de la Corte. Debe, pues, buscarse otro fundamento al principio por el cual la mujer separada de bienes se obliga inde-

finidamente. Lo hemos encontrado en el texto del Código; este es un apoyo inquebrantable. En cuanto al derecho absoluto de enajenar, no implica el absoluto de obligarse, porque una cosa es enajenar y otra cosa es obligarse.

312. Nuestra doctrina, que es la de la mayor parte de los autores, y la de la Corte de Casación están acordes en el principio que llegan a tener; la mujer sólo tiene derecho para obligarse para las necesidades de su administración. Queda por saber cuando se puede decir que la obligación contraída por la mujer se refiere a su administración. En teoría la respuesta es muy sencilla. La mujer sólo tiene derecho de obligarse porque no puede administrar sin hacerlo; debe, pues, verse si el acto jurídico a cuya ocasión se obligó es un acto de administración; en este caso la obligación es válida; si el acto sobrepasa los límites de la administración, la obligación es nula. En la aplicación queda siempre una dificultad, es la de distinguir los actos de administración que la mujer tiene derecho de hacer. Hemos examinado la cuestión más atrás (núms. 292-300).

¿Basta que la mujer declare que se obliga para su administración, para que la obligación sea válida? No, seguramente; el mismo cuidado que tiene en hacer constar que ejecuta un acto de administración, se hace sospechoso. En un negocio que se presentó en la Corte de Casación, la mujer, al subscribir un vale por 2,000 francos, había declarado que debía legítimamente esta suma al acreedor, la cual suma estaba destinada en provecho de sus hijos, en manutención de su casa y en gastos procedentes de una demanda en separación. Se ve que el vale fué dictado por el acreedor, quien quiso ponerse al abrigo de una acción de nulidad. Esta precaución era sospe-

chosa. La Corte de Burdeos anuló el reconocimiento en vista de que la mujer, al subscribir el vale, se había excedido de los límites de su poder de administración. Esta apreciación, dice la Corte de Casación, entra en las atribuciones exclusivas de los jueces del hecho (1).

313. Según la Corte, la prueba es una dificultad de hecho. Es de hecho en el sentido de que la ley no define los actos de administración; sin embargo, para decidir si tal acto es o no de administración se apoya uno en textos, y entonces la cuestión se vuelve cuestión de derecho. Quizá la Corte, al decir que pertenece al juez apreciar soberanamente la naturaleza y el carácter del acto, quiso decir otra cosa. El acto puede ser de administración y, sin embargo, el compromiso puede ser excesivo. ¿Será válido en este caso? La Corte de Aix ha sentenciado que compromisos repetidos eran actos de disipación, porque estas deudas excedían con mucho las rentas de la mujer y amenazaban, por consiguiente, su capital mueble y aun su fortuna inmobiliar (2). Dudamos que este modo de considerar los actos de administración sea conforme a la ley; equivale a decir que el acto debe ser de sabia gestión para que la obligación sea válida. Se encuentra esta expresión en una sentencia de la Corte de Casación (3). Esto parece ser muy racional, pero no vacilamos en decir que en derecho esta doctrina es inadmisibile. La mujer administra libremente; por lo mismo, cualquier acto de administración ejecutado por ella es válido; así como la obligación que contrae la mujer al

1 Denegada, 18 de Marzo de 1829 (Dalloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 1971, pág. 415).

2 Aix, 25 de Junio de 1824 (Dalloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 1971, pág. 413).

3 Denegada, 29 de Agosto de 1839 (Dalloz, *ibid.*, núm. 1982).

administrar; no puede, pues, pedir su nulidad. La ley debería haberle dado el derecho de pedir la reducción, como lo hace con el menor cuando sus compromisos son excesivos; pero no lo hizo así. Por consiguiente, es imposible para el intérprete admitir la reducción ni la nulidad. Sólo tiene una cosa que ver: ¿el acto por el cual se obligó la mujer, es acto de administración? Si lo es, la obligación es válida por excesiva que sea, pues en los límites de su poder de administración la mujer separada tiene plena capacidad; y una persona capaz no puede atacar sus compromisos por causa de ser excesivos (1).

314. Nos queda una última dificultad que se refiere al principio mismo que acabamos de establecer. La mujer se obliga dentro de los límites de su poder de administración. ¿Dará este compromiso un derecho de prenda al acreedor en todos los bienes de la mujer, o la mujer al obligarse sólo obliga sus bienes muebles? Creemos que debe aplicarse el principio formulado por el art. 2,092 (Ley Hipotecaria, art. 7): "Todo el que está obligado personalmente, tiene que cumplir sus compromisos con sus bienes muebles o inmuebles." *Todo el que*, dice la ley; por consiguiente cualquier deudor desde el momento en que se encuentra personalmente obligado. Y la mujer se obligó personalmente, en consecuencia, también sus bienes están comprometidos. Se objeta que el art. 2,092 supone un deudor capaz y, sobre todo, capaz para enajenar, puesto que la prenda que da al acreedor en sus bienes conduce a la enajenación por el embargo y la expropiación. Sin duda, es necesario ser capaz para comprometer sus bienes, pero basta tener capacidad para obligarse, no es necesario tenerla para enajenar. Nada importa que los acreedores tengan derecho

1 Colmet de Sauterre, t. VI, pág. 258, núm. 101 bis IX.

de embargar sus bienes y venderlos. Tienen este derecho por la ley, la que relaciona este efecto con toda obligación válidamente contraída; no es el deudor el que vende en caso de embargo, se venden sus bienes; depende de él impedir la venta ejecutando sus compromisos: prueba que al obligarse no vende. Los que han discutido la aplicación del art. 2.092 a los incapaces, no han pensado que los simples administradores de bienes ajenos obligan a aquellos cuyo patrimonio gestionan; aunque no tengan derecho para enajenar, los bienes están comprometidos por las obligaciones que contraen en los límites de su poder de administración. ¿Acaso el tutor no compromete al pupilo por las obligaciones que contrae al administrar? ¿Y estos compromisos no pueden ejecutarse en todos los bienes del menor? Sin embargo, el tutor no tiene el derecho de enajenar. Pero basta que tenga el de obligarse en nombre del menor, para que éste esté obligado a cumplir los compromisos con todos sus bienes muebles e inmuebles (1).

2.—*Aplicación.*

315. ¿Puede la mujer separada de bienes aceptar una sucesión? Según la doctrina del Código, la aceptación de una sucesión no está considerada como un acto de administración; el tutor tiene plenos poderes para administrar; no puede, sin embargo, aceptar una sucesión sino con autorización del consejo de familia, aunque dicha sucesión deba ser aceptada con beneficio de inventario

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 408, nota 78, pfo. 516. En sentido contrario Zachariæ, cuyos editores habían adoptado al principio la misma opinión (véase Zachariæ, edición de Massé y Vergé, t. IV, pág. 150 y nota 65) y Marcadé, t. V, pág. 595, núm. III del art. 1449.

(art. 461). Por la misma razón la mujer no puede aceptar una sucesión. Aceptar pura y simplemente es contraer la más peligrosa de las obligaciones, puesto que es obligarse indefinidamente al pago de las deudas del difunto. Aceptar bajo beneficio de inventario es también obligarse, puesto que el heredero beneficiario es responsable; y lo es para una administración que interesa, sobre todo, a los acreedores y legatarios. Esto es decisivo en cuanto a la mujer, puesto que no puede obligarse sino para la administración de sus bienes (1).

316. ¿Puede la mujer separada de bienes aceptar una donación sin autorización de su marido o de la justicia? El art. 217 responde a la cuestión; dispone que la mujer separada no puede adquirir a título gratuito sin autorización. El art. 934 reproduce esta disposición en términos absolutos que excluyen toda distinción. Poco importa que la mujer se obligue o no aceptando una donación; en principio, el donatario no se obliga, recibe un beneficio. Si a pesar de esto la ley no permite a la mujer separada aceptar una liberalidad, es porque las buenas costumbres exigen que el marido intervenga, como lo hemos dicho en otro lugar. El interés de la moralidad lo domina todo (2).

317. ¿La mujer separada de bienes puede pedir prestado? Los que sólo tienen un poder de administración no pueden pedir prestado: la ley considera el préstamo como un acto de disposición cuando se trata del tutor y del menor emancipado (arts. 457 y 484). ¿Debe aplicarse el mismo principio a la mujer separada de bienes? No, su posición es enteramente especial. Al darle la libre administración de sus bienes, la ley la autoriza para ejercer

1 Aubry y Rau, *ibid.*, pág. 410, pfo. 516 (4ª edición).

2 Aubry y Rau, t. V, pág. 409, pfo. 516 (4ª edición).

el comercio o la industria; y es difícil para un comerciante o un industrial el no contratar empréstitos. Pedir prestado puede ser un acto de muy buena gestión, puesto que el crédito da los medios para multiplicar sus operaciones y aumentar su fortuna. Se dirá que lo mismo sucede con el menor emancipado. Sí, pero con esta diferencia esencial entre él y la mujer separada: que el primero es incapaz por razón de su edad, mientras que a la mujer la suponemos mayor de edad.

¿Quiere esto decir que se deba declarar a la mujer separada capaz para pedir prestado, cualquiera que sea el objeto del préstamo? No. Puede ser un acto relativo a la administración de sus bienes, caso en que el empréstito será válido; pero si sólo sirve para favorecer las disipaciones de la mujer y sus gastos excesivos, el empréstito será nulo en virtud del principio general que prohíbe a la mujer obligarse fuera de sus necesidades de administración. Por aplicación de estos principios, la Corte de París anuló un préstamo hecho a una mujer separada de bienes, porque no estaba justificado que la suma prestada había sido empleada en las necesidades de su administración: la mujer fué provista de un Consejo Judicial por razón de sus grandes gastos (1).

318. ¿Puede la mujer separada comprometerse por un tercero como caucionante? Basta presentar la cuestión y relacionarla con el texto de la ley para resolverla. La ley limita a la administración de sus bienes la capacidad de la mujer para obligarse. ¿Administra ésta caucionando el compromiso de un tercero? Agreguemos que la caución es un acto de imprudencia, hasta para una persona enteramente capaz. Esto basta para que

1 París, 27 de Noviembre de 1857 (Dalloz, 1857, 2, 209). Colmet de Santerre, t. VI, pág. 259, núm. 101 bis X.

se le prohíba a la mujer separada, y de un modo absoluto. La jurisprudencia se halla en este sentido (1). Se ha sentenciado, por aplicación de este principio, que la mujer separada de bienes no puede caucionar la deuda de un tercero, cuando no tienen ningún provecho que sacar de los valores o mercancías por las cuales el tercero contrajo la obligación (2).

Sin embargo, hay sentencias en sentido contrario. Se ha sentenciado que la mujer separada de cuerpos puede caucionar a su yerno quebrado por una suma de 3,000 francos; la caución, en el caso, tenía por objeto obtener la libertad del deudor (3). Asimismo la Corte ha validado la caución de una mujer separada de bienes por la deuda de una hermana, y causada por alimentos y alojamiento. La sentencia comprueba que la deuda sólo formaba la sexta parte de las rentas de la mujer separada (4). Este es el único argumento dado por la Corte. Es claro que estas decisiones no son resoluciones de derecho, son sentencias por favor, en el sentido de que los jueces de hecho están inclinados por el favor de la causa, a sentenciar contra el rigor de los principios. La ciencia no debe tener en cuenta una jurisprudencia semejante.

319. Se ha resuelto que la mujer separada de bienes puede contraer una sociedad en comandita (5). Los compromisos que contrae un asociado sobrepasan con

1 Denegada, 7 de Diciembre de 1829 (Dalloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 1972).

2 Poitiers, 3 de Febrero de 1858 (Dalloz, 1859, 2, 72).

3 París, 7 de Diciembre de 1824 (Dalloz, en la palabra **Quebra**, número 389).

4 París, 23 de Agosto de 1825 (Dalloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 1978).

5 París, 19 de Enero de 1838 (Dalloz, *ibid.*, núm. 1989).

mucho del límite estrecho de la administración por la cual se permite a la mujer que se obligue.

La Corte de París ha sentenciado que toda sociedad de bienes contratada entre marido y mujer es radicalmente nula (1). ¿No es esto demasiado absoluto? Cuando la mujer contrata con su marido éste la autoriza necesariamente. No se está, pues, en el caso del art. 1,449 que supone actos ejecutados por la mujer sin autorización marital. La cuestión está, pues, en saber si la mujer puede contraer una sociedad con autorización. La afirmativa no es dudosa cuando la mujer se asocia con un tercero; ¿por qué, pues, no había de poder hacerlo con su marido? Ninguna ley prohíbe a los esposos contratar juntos. La Corte de París dice que los esposos no pueden asociarse sino por la comunidad legal o convencional. Esto es confundir la comunidad con la sociedad ordinaria, y la diferencia es grande: la primera es una consecuencia del matrimonio y es irrevocable como todas las convenciones matrimoniales; la otra sólo tiene un objeto particular y una duración pasajera. La sociedad entre esposos nada tiene de común con el orden público; los esposos tienen en ella derechos iguales, mientras que la desigualdad reina en la sociedad conyugal. Se teme que bajo el nombre de sociedad ordinaria los esposos separados restablezcan la comunidad, sin observar las formas y condiciones prescriptas por la ley. Contestaremos que en derecho la comunidad subsistirá, y si los esposos defraudan a sus acreedores, se entiende que éstos tendrán derecho de promover en nulidad.

320. Se ha presentado una cuestión más rara y que demuestra uno de los desórdenes de nuestro estado social.

1 París, 24 de Marzo de 1870 (Dalloz, 1872, 2, 43).

Una mujer separada de bienes jugaba en la Bolsa; comprometió toda su fortuna, cerca de 300,000 francos, y se arruinó. ¿Fueron válidos sus compromisos? Se dijo que sí, pues jugar en la Bolsa es vender, no es obligarse, porque la mujer tenía el dinero necesario para pagar los valores que compraba. Esto es muy de tomarse en cuenta, ateniéndose a la letra de la ley, que permite a la mujer disponer de sus muebles y enajenarlos, habría que decir que la mujer puede también vender sus acciones en la Bolsa. ¿Pero será esto lo que la ley creyó autorizar? La mujer que juega en la Bolsa especula, se entrega a la más peligrosa de las especulaciones. No es esto lo que le permite la ley: puede enajenar, no puede jugar. La Corte de Casación se pronunció en este sentido (1).

V.—De la incapacidad de la mujer separada de bienes.

1.—Qué actos no puede ejecutar la mujer.

321. La separación de bienes deja subsistir el matrimonio y todas las obligaciones que de él nacen. En consecuencia la mujer sigue bajo el poder marital; por consiguiente, no puede, en principio, ejecutar ningún acto jurídico sin autorización. Este principio es de orden público y de la esencia del matrimonio; la ley lo consagra como una regla general en el art. 217. Por esto este artículo dice: “La mujer, aun no común o *separada de bienes*, no puede dar, enajenar, etc.” Sin embargo, la separación de bienes deroga en cierto sentido el poder marital que permite a la mujer separada el celebrar sin autorización los actos de administración y enajenar sus

1 Denegada, 30 de Diciembre de 1862 (Dalloz, 1863, 1, 40).

muebles. Esto es una excepción que confirma la regla y que, por su naturaleza, es de la más estricta interpretación, puesto que se trata de la derogación de una regla de orden público. Luego, fuera de los actos de administración y de las enajenaciones, la mujer queda como incapaz.

322. “La mujer no puede litigar en juicio sin autorización de su marido, aunque fuese no común o separada de bienes.” (Art. 215.) Ninguna disposición del Código deroga esta incapacidad absoluta para litigar, ya sea demandando, ya defendiéndose. Hemos dado las razones de esto en otro lugar. La mujer puede administrar libremente; pero si se presenta un proceso a propósito de un acto de administración debe estar autorizada para sostenerlo. Se ha pretendido que la mujer separada de cuerpos no tiene ya necesidad de esta autorización, porque de hecho la intervención del marido sólo sería una cuestión de forma. Puede ser, pero en derecho no hay ninguna diferencia entre la mujer separada de cuerpos y la mujer separada de bienes: una y otra están bajo potestad marital, una y otra tienen, por lo mismo, necesidad de estar autorizadas para litigar (1).

La falta de autorización significa una incapacidad radical; la mujer puede oponer esta excepción en cualquier estado de la causa, hasta ante la Corte de Casación; esto está fundado tanto en razón como en derecho; la mujer no es capaz para litigar en casación como no lo es para hacerlo en apelación o en primera instancia (2).

323. ¿Puede la mujer separada comprometer? Según el Código de Procedimientos, “cualquiera persona

1 Casación, 6 de Marzo de 1827 (Dalloz, en la palabra **Apelación Civil**, núm. 1094).

2 Casación, 13 de Noviembre de 1844 (Dalloz, 1845, 1, 33).

puede comprometer los derechos cuya libre disposición tiene.” ¿Debe deducirse de esto que la mujer separada de bienes puede comprometer en sus derechos muebles y no lo puede en sus derechos inmuebles? No, pues el artículo 1,004 agrega que “no puede comprometerse en ninguna discusión que estuviese sujeta a comunicación al Ministerio Público”; y el art. 83 declara comunicables las causas de las mujeres no autorizadas por sus maridos. En consecuencia, la mujer no puede comprometer sus derechos muebles, pues precisamente estos derechos son los que puede tratar sin autorización. Hemos dicho, en el título de la *Tutela*, por qué la ley no autoriza el compromiso en los procesos que deben ser comunicados al Ministerio Público.

324. Según el art. 1,449, “la mujer no puede enajenar sus inmuebles sin el consentimiento de su marido o sin estar autorizada por la justicia cuando éste se niega.” ¿Por qué sostiene la ley la incapacidad de la mujer para la enajenación de sus inmuebles mientras que le permite disponer de sus muebles sin autorización? No hay razón jurídica para esta diferencia; en derecho, la disposición del mobiliario y la de los inmuebles son actos idénticos; habría, pues, lugar a distinguirlos desde el punto de vista de la capacidad de la mujer, sólo por el valor que tienen los muebles y los inmuebles. Antaño, la diferencia entre la riqueza mobiliaria y la inmobiliaria era enorme; se conoce aquel viejo adagio: *Vilis mobiliium possessio*. Las cosas mucho han cambiado. Acabamos de citar un caso en el que la fortuna de la mujer por 300,000 francos era enteramente mobiliaria; hubiera podido disponer de todos sus derechos por enajenación, mientras que no habría podido enajenar sin autorización el menor pedazo de terreno. Falta armonía entre

la legislación y nuestro estado social. Hacemos esta indicación al legislador.

El art. 1,449 dice que la mujer no puede *enajenar* sus inmuebles sin estar autoriada para ello. Este principio se aplica no sólo a la total enajenación, sino también a la enajenación parcial; es decir, a la constitución de derechos reales; la mujer no puede, pues, hipotecar ni gravar sus bienes con servidumbres o con un derecho de enfiteusis o de superficie. El Código lo dice para las hipotecas (art. 2,124, y Ley Hipotecaria, art. 73): "Las hipotecas sólo pueden ser consentidas por los que tienen capacidad para enajenar los inmuebles que gravan." Lo mismo sucede con todo desmembramiento de la propiedad. Dedúcese también del principio establecido por el art. 1,449, que la mujer no puede transigir en derechos inmobiliarios: esta es la aplicación del art. 2,045.

2.--Responsabilidad del marido.

325. La mujer enajena un inmueble con autorización de su marido o de la justicia. Se pregunta si el marido será responsable por la falta de empleo o de reemplazo. El empleo consiste en colocar el dinero procedente de la venta; el reemplazo se hace comprando otro inmueble. En principio, debe decidirse que el marido no es garante de la falta de empleo o de reemplazo. La razón es sencilla y decisiva. Hacer un empleo de sus rentas o de un capital, es administrar; y es igualmente administrar el comprar un inmueble con el dinero procedente de la venta de otro inmueble. Y, según la separación de bienes, la mujer es la que administra su patrimonio; a ella, pues, toca colocar sus capitales; el marido ni siquiera tiene el derecho de intervenir, puesto que la mujer admi-

nistra libremente; es decir, que se halla libertada de la potestad marital para los actos de administración que puede ejecutar. Sería absurdo hacer al marido responsable de una gestión a la que es extraño.

Sin embargo, existen casos en los que el marido es responsable por la falta de empleo o de reemplazo. El artículo 1,450 los enumera, pero hay grandes controversias acerca de la interpretación de esta disposición. Según el texto, debe distinguirse si la mujer fué autorizada por el marido o por la justicia.

326. “El marido no es garante por la falta de empleo o reemplazo del precio de un inmueble que la mujer separada ha enajenado bajo autorización judicial” (art. 1,450). Esta es la aplicación de nuestro principio. El marido que niega su autorización declara por esto mismo que quiere permanecer ajeno a lo que ésta hace. De derecho no interviene en la venta, ni siquiera para cubrir la incapacidad de la mujer; ésta es la que vende sola; ella es quien debe emplear el valor del precio. Si la mujer es libre, esto lo es a sus riesgos: la libertad tiene como consecuencia necesaria la responsabilidad.

Después de haber sentado la regla, el art. 1,450 agrega tres excepciones. El marido es responsable por la falta de empleo o reemplazo, primero cuando *concurrió al contrato*. Concurrir al contrato es ser parte en el acta. En este sentido es como el art. 217 dice que el marido autoriza tácitamente a la mujer para que haga el acta a la que *concorre él*. En el caso previsto por el art. 1,450, el marido no concurre al acto para autorizar a su mujer, pues la ley supone que la mujer está autorizada por la justicia; si concurre es porque pretende inmiscuirse en la gestión. La mujer tendría derecho para desechar su concurso, pues ella es libre y el marido no debe intervenir

en su administración. Pero se comprende que la mujer, siempre bajo potestad marital, no se oponga y deje obrar a su marido. ¿Cuál será la consecuencia de esta intromisión del marido? Interviene en la administración de la mujer, por lo mismo, debe ser responsable. ¿Se deberá agregar que la ley presume que el marido concurre a la venta para recibir el precio y emplearlo en su provecho? Puede que así sea, pero la ley no lo dice, no establece ninguna presunción inútil; basta que el marido intervenga en la administración para que esté obligado a cuidar de los intereses de la mujer; si no lo hace tiene que ser responsable.

Según el art. 1,450, el marido también es garante de la falta de empleo o reemplazo del precio del inmueble “cuando queda probado que recibió el dinero del precio.” El marido separado no tiene derecho de recibir el precio; la mujer es la que recibe lo que se le debe, pues este es un acto de administración, y la mujer administra libremente. Al recibir el precio el marido usurpa el derecho de la mujer, administra ilegalmente; desde luego debe responder por su intromisión. Cuando administra legalmente es responsable; con mayor razón debe serlo cuando lo hace ilegalmente. Poco importa cuales sean sus intenciones; la ley nada presume. Puede suceder que el marido intervenga por interés propio; razón mayor para declararlo responsable; puede ser también que intervenga por interés de la mujer; debe también responder por su intervención si no ésta pudiera ser nociva a la mujer.

En fin, el marido es garante de la falta de empleo o de reemplazo cuando consta que el dinero procedente de la venta fué aprovechado por él. La ley supone que el marido no concurrió a la venta y que no recibió

el precio; lo declara, no obstante, responsable si consta que el dinero fué empleado en provecho suyo. Bajo el régimen de la separación de bienes, el marido no tiene ningún derecho al precio, ni siquiera el de gozar de él; la mujer es la que dispone del precio y tiene el libre goce de él. Si, pues, el precio es empleado en provecho del marido éste quita a su mujer el provecho que debiera sacar del empleo de su dinero; es justo que responda de las consecuencias de su hecho.

327. Cuando el marido no concurre al acto y es responsable por haber recibido el precio, o porque éste fué aprovechado por él, la ley dice que el hecho de donde procede la responsabilidad debe probarse. Esto es porque de derecho común el marido no es responsable, sólo lo es por haberse inmiscuido en la gestión; este hecho es ilegal en el sentido de que el marido hace lo que sólo la mujer tiene derecho de hacer. El que pretenda que el marido recibió el precio o que lo aprovechó, debe probar lo que adelanta; esto es el fundamento de la demanda de responsabilidad, y el demandante debe, siempre, probar el hecho sobre el cual funda su demanda. ¿Cómo hará esta prueba el demandante? Según el derecho común, puesto que la ley no lo deroga. Queda por saber cual es este derecho común. ¿La prueba testimonial y las presunciones son de admitirse? La afirmativa no es dudosa cuando son terceros acreedores los que promueven, pues han estado en la imposibilidad de procurarse una prueba literal del hecho que alegan. ¿Pero qué debe decidirse si la mujer ejerce la acción de garantía? Creemos que la solución debe ser la misma: si el marido, que comienza por negar su autorización y se abstiene de concurrir al acto, recibe, no obstante, el precio, o si el precio se emplea en provecho suyo, usurpa los

derechos de la mujer; este es un hecho ilegal, un hecho perjudicial, por consiguiente, un cuasidelito, y éstos se prueban por testigos y presunciones. En vano se diría que la mujer puede pedir un recibo a su marido, éste procurará no hacer constar el cuasi delito que da motivo en su contra a una acción de responsabilidad (1).

328. El segundo inciso del art. 1,450 prevé el caso en el cual la venta se hace sin autorización del marido; dice: "El marido es garante de la falta de empleo o de reemplazo si la venta ha sido hecha en su presencia y con su consentimiento." El *consentimiento* es la autorización que da el marido a su mujer para enajenar; la *presencia* es el concurso, la intervención del marido en el acto de la venta. Como la ley exige la presencia y el consentimiento, debe decirse que la autorización sola no basta para que sea responsable. El texto del artículo 1,450 está en armonía con el espíritu de la ley. ¿Por qué debe el marido autorizar la venta? Para hacer constar que la enajenación del inmueble es necesaria o útil para la mujer. La autorización cubre la incapacidad de la mujer: ésta, ya autorizada, es enteramente capaz; puede vender. Después de haber vendido, recibe el precio; recibir el precio no es ya un acto de disposición, es un acto de administración que la mujer tiene calidad de hacer sin autorización de su marido. Después hay que hacer el empleo o el reemplazo del precio; la colocación de los capitales de la mujer es también un acto de administración, lo ejecuta libremente; es decir, sin la intervención del marido. Por lo tanto, el marido no puede ser responsable por la falta de em-

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 407 y nota 74, pfo. 516 (4ª edición).

pleo o de reemplazo, así como por ningún acto de administración, cuando se limita a autorizar a la mujer para que venda. En efecto, esta autorización sólo se da para la venta, es extraña a lo que sigue; la mujer recibe el precio y lo coloca en virtud de su poder de administración; y cuando ella es la que administra, se comprende que el marido no puede ser responsable si ella administra mal. En definitiva, el marido que autoriza, no administrando no puede ser responsable, como no lo es el Tribunal que autoriza a la mujer para que venda, pues la autorización es un solo y mismo hecho jurídico, ya sea que proceda del marido o de la justicia. Por esto la ley exige la *presencia* del marido en la venta para que sea garante por la falta de reemplazo o de empleo. Concurrir a la venta no es autorizarla, puesto que el marido consintió ya en que enajene la mujer; e intervenir en la venta es administrar, y el marido que administra de hecho es responsable, como lo acabamos de decir en la hipótesis según la cual la mujer vende con autorización de la justicia (núm. 326).

329. La mayor parte de los autores declaran al marido responsable por el solo hecho de autorizar la venta, aunque no haya estado presente en el acto. Que esta interpretación es contraria al texto del art. 1,450, es evidente, pues suprime de la ley las palabras *en su presencia*. ¿Tienen los intérpretes el derecho de mutilar o de corregir la ley? Se concibiría que no tuviesen en cuenta una palabra cuando esta no tienen ningún sentido o cuando implica un error que no puede suponerse en los autores del Código. En el caso, los intérpretes, colocándose más allá de la ley, se ponen igualmente en oposición con su espíritu; es decir, con los principios generales del derecho. Se trata de saber si el marido es responsable de

la falta de empleo o de reemplazo por el solo hecho de autorizar a la mujer para que venda. Y es de principio que el que autoriza no se obliga. Nada hay más racional que este antiguo adagio. El que autoriza interviene para habilitar a un incapaz, y la autorización cubre la incapacidad haciendo al incapaz hábil para ejecutar el acto para el cual obtuvo la autorización; de parte de quien autorice no hay ninguna intención de obligarse: ¿y puede uno obligarse sin querer? La justicia no se obliga seguramente al autorizar a la mujer para enajenar: ¿por qué había el marido de ser responsable cuando él da dicha autorización?

Se objeta la tradición y se cita a Pothier como autoridad en apoyo de la opinión que declara al marido responsable por el solo hecho de haber autorizado (1). En verdad Pothier y la tradición atestiguan contra los que los invocan. El marido autorizó a su mujer para que vendiera un inmueble; ningún empleo se hizo con el precio: ¿estará obligado el marido hacia su mujer y sus herederos? Esta es una disputa entre los autores, contesta Pothier, después expone los fundamentos de ambas opiniones. La jurisprudencia estaba dividida lo mismo que la doctrina; se citaban dos sentencias que hacían responsable al marido, mientras otra sentencia había resuelto que no lo era. ¿Qué decide Pothier? Trata de conciliar ambas opiniones y he aquí cómo. Cuando la mujer ha vendido su herencia, el marido que la autorizó está obligado por falta de empleo o de reemplazo *si se sospecha que haya aprovechado*; y en el caso de las dos sentencias que habían declarado al marido responsable, se sospechaba que hubiese aprovechado el precio; el autor de las *Compilaciones*, que fué una de los jueces, lo

1 Aubry y Rau, t. V, págs. 406 y 407, notas 72 y 73, pfo. 516.

hace constar así. Por el contrario, cuando el marido *no es sospechoso de haber aprovechado el precio*, no es responsable: tal era el caso de la sentencia en que fué resuelto que el marido no era garante; el autor de las *Compilaciones* hace constar que habiendo los esposos vivido en mala inteligencia desde la separación de bienes, el marido no podía ser sospechoso de haber aprovechado el precio; la mujer confesaba por otra parte que ella había comprado acciones que se habían vuelto nada: esta es la expresión de Pothier (1).

Tal es la doctrina de este autor; resulta bien claramente de ella que el solo hecho de autorizar la venta no hace responsable al marido; lo cual es decisivo. Pothier exigía, además, que el marido fuese *sospechoso de haberse aprovechado del precio*. Esto era una condición de hecho, que decidía el juez. La responsabilidad del marido dependía, pues, de las circunstancias de la causa y de la apreciación del juez. Tal era el espíritu del derecho antiguo, el dejar gran latitud a los Tribunales; el espíritu de nuestra nueva legislación es enteramente diferente. Los autores del Código Civil no han reproducido esta condición de *presunción*, sin duda por ser demasiado vaga y porque se presta mucho a la arbitrariedad del magistrado: la han reemplazado por la condición de *presencia* en el contrato de venta, hecho material que es fácil comprobar. ¿Es esta una presunción de que el marido ha aprovechado el precio? La ley no lo dice y nadie nos autoriza a interpretarla así. Desde que el marido está presente es responsable. Si recibió el precio y si lo aprovechó es justo que responda de él. Si no se aprovechó del precio, será garante, no obstante, pues

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 605.

DE LA COMUNIDAD LEGAL.

407

intervino en la administración, y desde el momento en que administra, es responsable.

330. Cada autor tiene su explicación. Los editores de Zachariae dicen que la causa principal de la responsabilidad del marido procede de los deberes relacionados con la autoridad marital. Olvidan que dicha potestad no es ya completa después de la separación de bienes; la mujer es libre en lo que se refiere a la administración de sus bienes; los administra libremente, el marido no tiene derecho de intervenir en su gestión; y colocar el precio es un acto de administración; ¿quién debe responder de él? La mujer que tiene el derecho de hacerlo y no el marido que no lo tiene y que se limitó a dar a su mujer la autorización para vender. Aubry y Rau están en oposición con la tradición. Pothier declaró al marido responsable por el solo hecho de que autoriza a su mujer para enajenar; exigía que el marido fuese sospechoso de haberse aprovechado el precio. Los autores del Código Civil han reemplazado esta condición por la de la presencia del marido en el acta; que se explique esta condición como se quiera, lo seguro es que la potestad marital sólo no justifica la responsabilidad del marido, pues éste ejecuta acto de autoridad al autorizar la venta, pero no concurriendo a la enajenación; se entromete, al contrario, en los asuntos de la mujer, y por esto es por lo que la ley lo declara responsable (1).

Troplong dice que "los espíritus *formalistas* hacen notar que la ley *parece* exigir la doble condición de presencia del marido en el acta y su consentimiento." *¡La ley parece exigir!* No, no parece exigir; ella es tan

1 Consúltase Colmet de Santerre (t. VI, pág. 262, núms. 102 bis II y III) quien hace una serie de suposiciones y después arguye en ellas como si fueran textos de la ley.

clara cuanto posible, *ella exige*; si, pues, alguien es culpable de *formalismo* es el legislador; y el deber del intérprete, sobre todo cuando este intérprete es Primer Presidente de la Corte de Casación, ¿no es el de hacer que se respete la ley? Troplong agrega que mucho se cuida de tener estos *escrúpulos*. Decide, como si fuera legislador, que el consentimiento del marido basta para hacerlo responsable. ¿Y qué hace con el texto? ¿Escrúpulo vano! De un texto positivo hace una *semejanza* de texto. Después lo interpreta a su antojo: “El marido sólo presta su autorización con la esperanza de aprovecharse del precio.” ¿Quién dice esto? ¿La ley? No, sólo habla de la *presencia* del marido. Es, pues, el intérprete quien, después de haber mutilado la ley, la explica por presunciones que sólo él imaginó. ¿No se llama esto hacer la ley? (1).

¿Se quiere la prueba? Una sentencia de la Corte de Casación consagra la opinión que acabamos de combatir; se lee en ella: “Según el art. 1,450, el marido es garante por la falta de empleo del bien dotal enajenado con su concurso, y la autorización dada por él para esta enajenación supone ese concurso, haya asistido al acto, o no.” (2). Los términos del art. 1,450 no dicen seguramente esto, dicen todo lo contrario: “El marido es garante de la falta de empleo o de reemplazo si la venta ha sido hecha en su presencia y con su consentimiento.” Nosotros preferimos el Código Napoleón al Código que hacen los intérpretes.

331. Después de haber combatido a nuestros adversarios es menester combatir también a los autores cuya opinión seguimos, Marcadé cuando menos; nosotros no pode-

1 Troplong, t. I, pág. 419, núm. 1447.

2 Denegada, 1º de Mayo de 1848 (Dalloz, 1848, 1, 220).

mos admitir los argumentos que da este autor en apoyo de nuestra doctrina; son presunciones arbitrarias que se prestan a la crítica y que debilitan lo que creemos que es la verdadera interpretación de la ley, en lugar de fortificarla. La responsabilidad del marido se funda, según Marcadé, en la presunción de haber recibido el precio. Habría, pues, presunción legal cuando el marido que autoriza a su mujer para enajenar está presente a la venta y recibe el precio. Hemos dicho muchas veces que los autores abusan de las presunciones y que las crean para las necesidades de su causa. Esto es un ejemplo más. ¿En el 2º inciso del art. 1,450 se trata de recibo del precio y establece la ley una presunción que substituya la prueba de que el marido haya recibido dicho precio? Ni una palabra hay en el texto que deje sospechar una presunción. ¿cuáles son los caracteres que debe tener una presunción legal? El art. 1,350 dice: “La presunción legal es la que está ligada por una *ley especial* a *ciertos actos* o a *ciertos hechos*.” ¿Cuáles son los actos o los hechos con los que el art. 1,450 relaciona una presunción? Bien vemos un *acto* y un *hecho*: el consentimiento del marido y su presencia en el acta; pero ¿dónde está la consecuencia que saca la ley de estos hechos para inducir que el marido recibió el precio? La ley permanece muda respecto de esta supuesta consecuencia; ¡habría, pues, presunciones fundadas en el silencio de la ley, cuando ésta exige una ley especial para que haya presunción legal! Pero ni siquiera son necesarias estas presunciones para explicar la ley. El legislador es muy parco en presunciones, y con razón, pues esto es substituir el razonamiento a una prueba. ¿Era necesario, en el caso, recurrir a presunciones? Los principios son en extremo sencillos: el marido es responsable cuando administra o interviene

en la administración; e interviene en ella cuando concurre a la venta por su presencia en el acta. Dicha presencia basta, pues, para que sea garante por la falta de empleo o de reemplazo.

332. Si se admite nuestra explicación no hay ya ninguna dificultad para aplicar la ley. ¿Se pregunta si el marido puede libertarse de la responsabilidad probando que la mujer recibió el precio? En nuestro concepto ni siquiera puede plantearse la cuestión. Si el marido es responsable no es porque recibió el precio, sino porque intervino en la administración de los bienes de la mujer, asistiendo a una venta en la cual su presencia como marido no es requerida. ¡Poco importa, pues, que la mujer haya recibido el precio! No por eso deja de haber intromisión del marido y, por lo tanto, responsabilidad. Si Marcadé dice lo contrario esta es una consecuencia de la presunción que él creó para explicar la ley. He aquí a lo que conducen los errores, siempre preñados de consecuencias erróneas (1).

333. El art. 1,450 dice que el marido no es garante de la utilidad del empleo o del reemplazo. La razón está en que quien hace la colocación es la mujer, puesto que el empleo o el reemplazo es un acto de administración; y si la mujer administra libremente, debe aceptar la libertad con su consecuencia: la responsabilidad (2). Sin embargo, esta resolución de la ley no está al abrigo de toda crítica. Cuando la mujer, usando de su poder, administra libremente es justo que sea responsable. Pero si el marido interviene en la administración ya no es la mujer la que gestiona, es el marido; luego éste debería ser responsable de todas las consecuencias

1 Aubry y Rau, t. V, págs. 406 y siguientes, pfo. 516 (4ª edición).

2 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 264, núm. 102 bis IV.

del acto en el que se ha inmiscuido. Nada le importa a la mujer que haya empleo si el empleo que de hecho fué aconsejado por el marido le salió desventajoso. Si la ley obliga al marido a que vigile el empleo debería también obligarlo a cuidar de que el empleo sea útil.

Diciendo que el marido no es responsable de la utilidad del empleo, la ley supone que es la mujer quien hizo dicho empleo; aunque lo hubiese hecho por consejo de su marido éste no sería responsable, puesto que, siendo libre, no está obligada a seguir los consejos que le da su marido. Pero si el marido hiciese el empleo sin el concurso de la mujer y sin mandato suyo, sería responsable. Esta es la aplicación del principio que domina en esta materia: desde que el marido administra es responsable (1).

334. ¿A quién debe pagar el adquiriente? En principio sólo la mujer tiene calidad para percibir el pago del precio, porque éste es un acto de administración y la mujer administra libremente. Se admite, sin embargo, que el marido, para cubrir su responsabilidad, puede oponerse a que el adquiriente pague fuera de su presencia. Se concibe esto conforme a la opinión que hace responsable al marido por el solo hecho de autorizar a su mujer para enajenar; al autorizarla, él ejerce un derecho y cumple con un deber; debe, también, tener el derecho de poner su responsabilidad a cubierto cuando ésta resulta del ejercicio de un derecho legal. Según nuestra opinión el marido no es responsable por causa de la autorización que le da a su mujer para que ésta enajene, lo es sólo cuando de hecho interviene la administración de los bienes; y no tiene derecho de intervenir en

1 Duranton, t. XIV, pág. 564, núm. 429. Aubry y Rau, t. V, pág. 407, pfo. 516.

ella; su intervención es un hecho, una usurpación del derecho de la mujer, y una usurpación no puede autorizar otra. Es seguro que, a pesar de la oposición del marido, la mujer podía obligar al deudor a que le pagase y, por consiguiente, el comprador también podría pagar el precio a la mujer. El marido se colocó en una posesión ilegal: ¡que sufra sus consecuencias!

335. Se sostiene también que el marido o la justicia, al autorizar a la mujer para enajenar, pueden agregar la condición de que la mujer hará un empleo determinado del precio, y se deduce de esto que esta condición es obligatoria para el adquirente. Esto nos parece dudoso: dar un empleo o reemplazo al precio es un acto de administración, y la mujer tiene derecho para administrar libremente; este derecho se relaciona con su estado y con su capacidad; es, pues, de orden público. ¿Puede acaso el marido limitar la capacidad que la ley da a la mujer separada de bienes? Los tribunales, guardianes de los derechos de que goza la mujer, ¿pueden estorbar el ejercicio de sus derechos? Las leyes de orden público no pueden ser modificadas por los particulares ni por los tribunales. Se puede criticar al Código porque concedió a la mujer una libertad demasiado grande, pero no toca al marido ni al juez limitarla (1).

Núm. 1.—Retroacción de la separación.

I.—El principio.

336. Según el art. 1,445, “la sentencia que declara la separación de bienes retrotrae, en cuanto a sus efectos,

1 En sentido contrario, en todos estos puntos, Aubry y Rau, t. V, páginas 407 y siguientes, pfo. 516.

al día de la demanda.” La separación existe, pues, con todos sus efectos desde el día en el cual la mujer presentó su demanda ante la justicia, desde ese día la comunidad está disuelta; no sólo entre los esposos sino también respecto de los terceros. Este último punto ha sido contestado, pero malamente. Las relaciones entre el marido y la mujer interesan a los terceros tanto como a los mismos esposos; por esto es que las convenciones matrimoniales tienen efecto para con los terceros. Y la separación de bienes establece un nuevo régimen entre los esposos: ¿puede concebirse que haya nuevo régimen entre los esposos desde la demanda, y que haya comunidad para con los terceros? Esto es una imposibilidad lógica y jurídica; la mujer cambia de estado, se hace capaz para los actos de administración, se encuentra libertada de la potestad marital a este respecto: ¿puede concebirse que sea capaz para con su marido e incapaz para con los terceros? El marido deja de ser señor y dueño de la comunidad, y de ser administrador de los bienes de la mujer. ¿Se concibe que todavía haya comunidad para con los terceros cuando ya no existe para con los esposos? El mismo texto del Código se resiste a esta extraña opinión; prescribe la publicidad de la demanda de separación: ¿es esto por interés de los esposos? No, seguramente. Es por interés de los terceros; esto implica que la separación, a consecuencia de su retroacción de la sentencia, existe para con los terceros desde el momento de la demanda (1).

Es difícil concebir que una opinión que tiene en su contra el texto y el espíritu de la ley haya encontrado

1 Toullier, t. VII, 1, pág. 97, núms. 100-102. Marcadé, t. V, pág. 592, núm. I del art. 1449. Aubry y Rau, t. V, pág. 400, nota 45.

eco ante las Cortes (1). Creemos inútil discutir decisiones que son tan evidentemente erróneas. Aquí está permitido hablar de error y de evidencia, pues el artículo 1,445 no deja ninguna duda: el texto se halla concebido en los términos más generales, y el espíritu de la ley es igualmente incontestable, puesto que no hay ningún motivo para distinguir entre esposos y terceros; mejor dicho, la distinción es impracticable, como acabamos de decirlo.

337. ¿Cuál es el fundamento de la retroacción establecida por el art. 1,445? Importa establecerla con certeza, porque la Corte de Casación se equivocó en ella y llegó a consecuencias tan erróneas como el principio que les sirve de fundamento. Regla general: toda sentencia retrotrae. La razón es que, desde luego, la demanda debe obtener desde el día del pedimento cuanto hubiese obtenido si las delaciones necesarias al procedimiento no retardasen necesariamente la sentencia del juicio; de manera que es imposible que la sentencia se pronuncie inmediatamente después de la demanda. El demandado no puede quejarse de esta retroacción porque debía haber reconocido el fundamento de la demanda, dando razón el Tribunal al demandante. En fin, la retroacción no choca con los derechos adquiridos en materia de sentencia; las leyes no pueden retrotraer porque crean una nueva disposición que no podría, sino de un modo inicuo quitar derechos adquiridos antes que la nueva ley fuese obligatoria y conocida. No sucede así con las sentencias; no crean los derechos, sólo los

1 Riom, 31 de Enero de 1826, y Rouen, 9 de Agosto de 1839 (Dalloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núms. 1941 y 1942). En sentido contrario, Burdeos, 11 de Mayo de 1843 (Dalloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 1940).

declaran dándoles el apoyo de la autoridad pública; es justo que los efectos de este reconocimiento existan desde el mismo día en que la demanda es formulada.

¿Es esto el derecho común que consagra el art. 1,445 al disponer que la sentencia que pronuncia la separación de bienes retrotrae al día de la demanda? No, pues los motivos que justifican la retroacción de las sentencias en general exigirían, al contrario, que la sentencia de separación no tuviera efecto retroactivo. Desde luego esta sentencia, lejos de declarar y reconocer los derechos de las partes, crea una nueva situación: una convención irrevocable, queda reducida a la nada y reemplazada por un nuevo régimen que es la contra parte de las primitivas convenciones; por consiguiente, el nuevo régimen no debería tener efecto sino para lo venidero. Luego la mujer que pide la separación no tiene ningún derecho en el momento en que promueve en justicia; está obligada por sus convenciones matrimoniales; no puede cambiarlas; no puede, pues, pedir que su marido reconozca sus derechos; ni siquiera está permitido al marido consentir en la demanda, porque la separación voluntaria es nula. Se deduce de esto que la separación no debería existir sino desde que se pronuncia la sentencia; tiene ahí su causa y su principio; y los efectos no pueden preceder a las causas.

Es, pues, por derogación de los principios, por lo que la sentencia que pronuncia una separación retrotrae. ¿Cuál es la razón de esta excepción? Es el interés de la mujer. La separación de bienes es una garantía que la ley le concede para resguardar su dote y sus devoluciones. Sólo puede pedirle cuando su dote o sus derechos están en peligro; el peligro va creciendo cada día: si la comunidad no se disuelve sino después de procedimien-

tos que la mala fe del marido pueden prolongar, el remedio llegará demasiado tarde; el marido habrá tenido tiempo para dilapidar la comunidad y hacerse insolvente. Para que la separación sea un remedio eficaz, es menester que exista desde el instante en que es solicitada; este es el único medio de detener el peligro que amenaza a la mujer (1).

338. ¿La sentencia que declara la separación de cuerpos retrotrae también en lo que se refiere a la separación de bienes, que es su consecuencia? Esta cuestión es muy discutida; en nuestro concepto, la negativa es segura. Acabamos de probar que, según los principios generales del derecho, la separación de bienes no debería existir sino desde el día de la sentencia. El art. 1,445 es, pues, una disposición excepcional. Esto decide la cuestión. ¿Se aplica la excepción a la separación de cuerpos? No, ni según el texto ni según el espíritu de la ley. El art. 1,445 dice: “La *sentencia que pronuncia la separación de bienes* remonta al día de la demanda.” ¿Hay acaso en materia de separación de cuerpos una sentencia que pronuncie la separación de bienes? No, este no es el objeto de la demanda ni es la sentencia del juez. El esposo pide la separación de cuerpos, y el juez concede esta separación. ¿En qué se fundan la demanda y la sentencia en las causas determinadas que autorizan el divorcio? ¿Es que el peligro en que está la dote o las devoluciones de la mujer figura entre los motivos que conducen a la mujer a promover la separación de cuerpos? No, los negocios del marido pueden encontrarse en estado próspero, la dote y las devoluciones de la mujer pueden hallarse al abrigo de todo peligro y.

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 243, núm. 94 bis I. Moulón, t. III, pág. 86, núm. 200.

sin embargo, el juez declarará la separación de cuerpos si una de las causas determinadas para el divorcio existe. ¿Por qué, pues, hay separación de bienes cuando el juez separa de cuerpos a los esposos? La ley es la que lo decide así porque la comunidad de bienes supone la vida común; cuando ésta cesa la comunidad debe también cesar. No sucede así con la separación de bienes del art. 1,445; tiene únicamente por objeto resguardar los intereses pecuniarios de la mujer, sólo se declara cuando su dote o sus devoluciones están en peligro; la vida común continúa, por lo demás, entre los esposos. Así la separación de cuerpos, aunque seguida por la separación de bienes, nada tiene de común con la separación de bienes del art. 1,445. En consecuencia este artículo no es aplicable a la separación de cuerpos.

El espíritu de la ley es tan claro como el texto. ¿Por qué la sentencia que pronuncia la separación de bienes retrotrae? Para garantizar la dote y las devoluciones de la mujer. Y la separación de cuerpos no se declara por razón de los intereses pecuniarios de la mujer; luego no hay ninguna razón para hacer retrotraer la separación de bienes que resulta de la separación de cuerpos por vía de consecuencia. ¿Se dirá que cuando la separación de cuerpos es declarada puede suceder que el desorden de las costumbres haya arrastrado el desorden de los negocios del marido y que en este caso los motivos que hacían retrotraer la separación de bienes pronunciada por razón del peligro de la dote existen también para hacer retrotraer la separación de cuerpos? Contestaremos, y la respuesta es categórica, que si hay juntamente una causa determinada para el divorcio y otra para la separación de bienes, la mujer puede y debe formular simultáneamente ambas demandas, una para la separación de cuerpos por

violación de los deberes que nacen del matrimonio, y otra para la de bienes a fin de garantizar sus intereses pecuniarios. Habrá dos sentencias: la una decidirá la separación de cuerpos y no retrotraerá, porque no se concibe que la vida común cese retroactivamente; la otra, que declarará la separación de bienes, retrotraerá, porque el interés de la mujer lo exige así.

Puesto que la sentencia que pronuncia la separación de cuerpos nada tiene de común con la separación de bienes que se pronuncia en juicio, hay que hacer a un lado el art. 1,445, completamente extraño a la separación de cuerpos. Queda por saber si la separación de bienes que resulta de la de cuerpos puede retrotraer independientemente del art. 1,445. La ley es la que decide que la separación de cuerpos implicará siempre a la separación de bienes. Así, la separación de bienes es un efecto de la sentencia que separa de cuerpos a los esposos; ¿puede el efecto retrotraer cuando la causa que lo produce no retrotrae? Hay una imposibilidad lógica que conduce a un verdadero absurdo, en la opinión que admite la retroacción de la separación de bienes aunque la separación de cuerpos no retrotraiga. Hasta el momento en que el juez pronuncia la separación de cuerpos el matrimonio subsiste con las consecuencias legales de la vida común y de los intereses comunes; la comunidad subsiste, pues, también. ¿Puede ser disuelta retroactivamente sin que la separación de cuerpos retrotraiga? Esto sería admitir un efecto sin causa; la única causa por la que hay separación de bienes cuando los esposos se separan de cuerpos, es la cuestión legal de la vida común, el relajamiento del lazo del matrimonio; y esta causa sólo existe en virtud de la sentencia, por lo mismo, el efecto sólo puede partir de esta sentencia. Si se ad-

mite que la separación de bienes retrotrae al día de la demanda, en tanto que la separación de cuerpos sólo existe desde la sentencia, se llega a ésta consecuencia absurda: que la separación de bienes, consecuencia de la de cuerpos, existe en un momento en que no hay todavía separación de cuerpos. Para admitir semejante anomalía se necesitaría un texto, y no se tiene otro texto que el art. 311, porque debe prescindirse del art. 1,445, y el art. 311 condena precisamente la opinión de la retroacción, puesto que establece la separación de bienes como un efecto de la separación de cuerpos, en consecuencia, como dependiente de esta separación y siguiéndola, es como el efecto sigue a la causa.

Decimos que no hay texto fuera del art. 311. El Código es muy laconico en lo que se refiere a la separación de cuerpos; de ahí numerosas dificultades. Se ha llamado a la separación de cuerpos el divorcio de los católicos, y se ha deducida de esto que se podía aplicar por analogía a la separación de cuerpos lo que el Código dice del divorcio. Hemos rechazado este principio. Sin embargo, hay un efecto que produce la separación de cuerpos tanto como el divorcio: es la disolución de la comunidad; el art. 1,441 coloca, a este respecto, la separación de cuerpos y el divorcio en una misma categoría. Hay, pues, más que analogía, hay identidad. Y el divorcio no disuelve la comunidad retroactivamente; los arts. 270 y 271 lo prueban, lo cual no ha sido discutido. Luego debe suceder lo mismo con la separación de cuerpos. Que el lazo del matrimonio esté roto o sólo relajado, poco importa, la consecuencia es la misma, la comunidad se halla disuelta; si no lo fuere sino desde la pronunciación del divorcio, también sólo debe es-

tar disuelta a partir de la separación de cuerpos; una causa idéntica no podría producir efectos diferentes (1).

339. La retroacción de la separación de bienes fué establecida en interés de la mujer; para garantizar sus derechos con eficacia, la sentencia debe tener efecto con relación a los terceros, como entre los esposos, a partir del día de la demanda. Si, pues, se admite que la separación de cuerpos retrotrae, hay que admitir también que retrotrae para con los terceros. Pero aquí nos detiene el mismo texto del art. 1,445, único apoyo de la opinión que combatimos. En efecto, la disposición que establece la retroacción de la separación de bienes forma el segundo inciso del artículo que ordena la publicidad de la separación, y esta publicidad se completa con el Código de Procedimientos: la publicidad y la retroacción están íntimamente ligadas. La ley no pudo admitir la retroacción para con los terceros sino a condición de hacer públicas la demanda y la separación. Y el Código Civil no prescribe la publicidad de la separación de cuerpos, ni de la demanda, ni de la sentencia; habría, pues, dado efecto contra los terceros y a su perjuicio, a una sentencia que los terceros pueden no conocer, y desde una demanda que seguramente no conocen. Para substraerse a esta nueva imposibilidad, se distingue, en la opinión contraria; se sostiene que la separación de bienes que resulta de la separación de cuerpos remonta al día de la demanda en lo que se refiere a las relaciones de los esposos entre sí, pero que no puede ser opuesta a los terceros sino desde la publicación de la sentencia

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 224, núm. 94 bis III. Los antiguos autores son citados por Rodière y Pont, t. III, pág. 649, nota 2, y por Aubry y Rau, t. V, pág. 203, notas 18 y 19, pfo. 494. Consúltase una sentencia muy bien motivada de la Corte de Limoges, 21 de Diciembre de 1869 (Dalloz, 1870, 2, 83).

que declaró la separación de cuerpos (1). Si mediante esta distinción se evita la contradicción lógica que acabamos de señalar, se tropieza con una nueva imposibilidad. Para sostener que la separación de cuerpos retrotrae en cuanto a los bienes, se invoca el art. 1,445; y este artículo establece el principio de la retroacción en términos absolutos sin distinguir entre esposos y terceros. ¿Con qué derecho se introduce en la ley una distinción que rechazan sus términos? Si la separación de cuerpos, en tanto que significa la separación de bienes, está reglamentada por el art. 1,445, es preciso admitir que la sentencia retrotrae para con los terceros tanto como entre los esposos: distinguir donde la ley no distingue y en una materia excepcional, es hacer la ley. Esta es la mayor de las imposibilidades. Si el art. 1,445 es aplicable a la separación de cuerpos, hay que aplicarlo por entero para con los terceros tanto como para con los esposos, y entonces se llega a una consecuencia tan inicua como contraria a la ley; a saber: que la separación de bienes tiene efecto para con los terceros desde el momento de la demanda. Si no se aplica el art. 1,445 para con los terceros, no se le puede aplicar para con los esposos, y si se le aplica se cae en las más extrañas contradicciones. Las instancias de separación de cuerpos son largas, pueden durar dos años; si la separación es declarada, la comunidad habrá sido disuelta desde la demanda; desde este momento los esposos están separados de bienes, y no obstante, la comunidad subsistirá para con los terceros. ¡Así habrá a la vez comunidad y separación, los esposos serán comunes en bienes y estarán separados de bienes! El legislador nunca ha consagrado semejante anomalía.

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 202, notas 18 y 19, pfo. 494, y los autores que citan.

Si hubiese querido hacer retrotraer la separación de cuerpos en cuanto a los bienes, habría prescripto la publicidad de la demanda y admitido la retroacción para con los terceros tanto como para con los esposos. Cuando los intérpretes hacen la ley siempre la hacen mal, porque no tienen la libertad de acción que pertenece al legislador: que se conformen con su misión más modesta y que empiecen por respetar la ley que tienen encargo de interpretar.

Se ha señalado una última anomalía en la opinión que admite la retroacción limitándola a los esposos. El marido puede pedir la separación de cuerpos contra su mujer; si esta separación es declarada dejará de ser señor y dueño de la comunidad desde la demanda; la separación podrá serle opuesta por la mujer en su provecho y en perjuicio del marido. ¿Puede concebirse una demanda acogida por la justicia y que se vuelve en contra del que gana en la causa? Troplong contesta haciendo un llamamiento al honor y delicadeza del marido; olvida que se trata de derechos pecuniarios, y que el juez es quien está llamado a arreglarlos. Se comprende en rigor que la ley subordine el interés a un sentimiento de moral, pero ante el juez sólo los intereses están en litigio, hay que dejar ahí cualquiera otra consideración (1).

La jurisprudencia está dividida lo mismo que la doctrina (2). Hay tres sentencias recientes de la Corte de Casación en favor de la opinión que hemos combatido. Las recusamos. La primera no da ningún argumen-

1 Aubry y Rau, t. V, págs. 202 y siguientes, nota 18, pfo. 494.

2 Véase la antigua jurisprudencia en el **Repertorio** de Dalloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 1945.

to (1), y no concedemos ninguna autoridad a una sentencia no fundada. La segunda sentencia intervino en un caso en el que la mujer había pedido la separación de bienes (2); no es nuestra hipótesis. La última sentencia da un fundamento, pero este es enteramente erróneo. Las sentencias, dice la resolución, son declarativas y no atributivas de los derechos que consagran; el artículo 1,445 sólo aplica este principio general a la sentencia que dispone la separación de bienes; contiene, pues, una disposición de derecho común que se puede y debe aplicar a la separación de cuerpos (3). ¿Cómo puede la Corte de Casación repetir en todas sus sentencias un argumento que ha sido mil veces refutado?

La jurisprudencia de las Cortes de Bélgica está igualmente dividida: ningún elemento nuevo trae al debate (4).

II.—Consecuencias.

1.—En cuanto a los bienes.

340. La consecuencia de la retroacción, en cuanto a los bienes que forman la comunidad y al patrimonio propio de los esposos, no tiene ninguna dificultad. Puesto que la sentencia retrotrae al día de la demanda, la separación de bienes existe desde ese momento; luego la comunidad está disuelta y, por lo tanto, estará liquidada en el estado en que se encuentre el día de la demanda. Si vencen sucesiones a la mujer desde aquel día y du-

1 Denegada, Sala Civil, 5 de Agosto de 1868 (Dalloz, 1868, 1, 407).

2 Casación, 12 de Mayo de 1869 (Dalloz, 1869, 1, 270).

3 Denegada, Sala Civil, 18 de Marzo de 1872 (Dalloz, 1872, 1, 49).

4 Bruselas, 8 de Agosto de 1856, en pro de la retroacción (*Pasicrista*, 1856, 2, 346). Lieja, 10 de Agosto de 1854, en contra (*ibid* 1855, 2, 171).

rante la instancia de separación, los bienes seguirán siéndole propios: algunas veces en vista de una herencia que le va a tocar es por lo que la mujer pide la separación; salvará así los valores mobiliarios que la componen. Se entiende que lo mismo sucede con los bienes que tocarán al marido (1).

341. Estando disuelta la comunidad desde la demanda el marido deja de gozar de las rentas de la mujer; pero como de hecho continuará percibiendo los frutos y los intereses, deberá restituirlos, lo mismo que estaría obligado a ello si, en caso de disolución de la comunidad por cualquiera otra causa, percibiera las rentas de la mujer cuando no hay ya comunidad. Se aplica el principio general que rige a los frutos; éstos pertenecen al propietario y deben serle restituidos por el que los percibió sin tener derecho para ello. Lo mismo sucede con los intereses de los créditos que quedan como propios de la mujer. Si la mujer tiene recompensas que ejercer, relativas a sus propiedades, tiene derecho a los réditos desde la disolución de la comunidad; por consiguiente, en el caso, desde la demanda. En efecto, según el art. 1,473, las recompensas debidas a los esposos por la comunidad implican los réditos de pleno derecho desde el día de la disolución de la comunidad, y en caso de separación de bienes la comunidad está disuelta desde la demanda. Sin embargo, en la opinión común el art. 1,473 sólo se aplica al caso en el que la mujer acepta la comunidad; si, pues, la renuncia, no podría reclamar los intereses de las recompensas sino según el derecho común, es decir, demandándolos ante la justicia (art. 1,153). Esta es una diferencia entre las compensaciones y los propios de la mujer; que ésta acepte o

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 243, núm. 94 bis II, y todos los autores.

renuncie siempre tiene derecho a la restitución y, por consiguiente, a la restitución de los frutos y de los réditos.

¿Tiene también la mujer derecho a los réditos de la dote mobiliaria que entró en el activo de la comunidad legal? Si renuncia pierde todo derecho al mobiliario que entró por su parte en la comunidad. La cuestión sólo puede presentarse, pues, en el caso en que la mujer acepte. Sólo tiene los derechos de un copropietario; es decir, que toma la mitad de la masa divisible, pero en esta masa están comprendidos los intereses que el marido percibió desde la disolución de la comunidad; en caso de separación, el marido debe dar cuenta de estos réditos desde la demanda. Si la mujer se hubiese reservado la devolución de su dote mueble en caso de renuncia ¿tendría derecho a los réditos? Debe contestarse afirmativamente en virtud del principio que asienta que el marido debe restituir los intereses a los que no tiene ya ningún derecho desde la demanda de separación.

Los derechos de la mujer a los intereses y a los frutos tienen una restricción. Esta ejercita sus derechos desde la demanda de separación como si la comunidad estuviera disuelta; por lo contrario, debe también soportar los cargos que le incumben después de la separación; y la mujer separada debe contribuir a los gastos de casa proporcionalmente a sus facultades y a las de su marido (art. 1,448); de hecho el marido habrá pagado estos gastos durante la instancia de separación; podrá, pues, llevarlos en la cuenta de la mujer por la parte contributiva de ésta y deducirlos, en consecuencia, de los réditos y frutos que tiene que restituir (1).

342. Reina alguna incertidumbre en la doctrina y

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 401 y nota 46, pfo. 516 y los autores que citan.

en la jurisprudencia acerca de los principios que acabamos de exponer. En el derecho antiguo la cuestión de saber si el marido debe restituir los réditos de la dote; es decir, de los propios que la mujer vuelve a tomar o del mobiliar estipulado propio, fué discutida. Pothier pensaba que debía atenerse al arbitrio del juez, quien compensará los intereses de la dote con los alimentos ministrados a la mujer durante la instancia y la parte con la cual debe contribuir a las obligaciones del matrimonio, cuando encontrare que no hay mucha diferencia, sobre todo cuando la instancia no ha sido muy larga. Toullier hace bien desechando estas templanzas de equidad que el juez no puede permitir bajo nuestra legislación. Desde que se admite que la mujer tiene derecho a los réditos y a los frutos, hay que dárselos a reserva de cargarle en cuenta lo que debe por su parte contributiva en los gastos (1).

Se ha objetado que debiendo soportar el marido los cargos del matrimonio durante la instancia de separación, habrá que dejarle los réditos de la dote, es decir, las rentas de las propiedades de la mujer, puesto que los intereses son debidos al marido para ayudarlo a soportar dichos cargos. Hay una sentencia en este sentido de la Corte de Casación que Troplong aprueba. En ese caso se trataba de los intereses de la dote bajo el régimen dotal. La dote debe ser restituida, pero la ley no dice que la mujer tenga derecho a los intereses de derecho pleno después de la disolución del régimen por la separación de bienes; debe, pues, pedirlos a la justicia. Desde luego no puede tratarse de condenar al marido o restituir los intereses que, de derecho estricto,

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 521. Toullier, t. VII, 1, pág. 101, núm. 105.

le son debidos por todo el tiempo que soporta los cargos del matrimonio (1). No se puede invocar esta sentencia como un precedente para el régimen de la comunidad; por ser diferentes los principios de ambos regímenes, el art. 1,473 da a la mujer los intereses de sus propios, puesto que la restitución de estos está comprendida entre las prelaciones por el mismo título que las compensaciones (art. 1,470). Aun bajo el régimen dotal la decisión de la Corte pudiera ser discutida. No hay, pues, lugar a prevalerse de ella, extendiéndola al régimen de la comunidad. El argumento de Troplong, en todo caso es insignificante. Sin duda los intereses pertenecen al marido para soportar los cargos del matrimonio; pero la dificultad consiste en saber si la retroacción de la sentencia no debe poner a los esposos en la situación en que estarían si la comunidad se hallase realmente disuelta el día de la demanda de separación. Esto es seguramente lo que quiere decir el principio de la retroacción.

La sentencia de la Corte de Casación no estableció jurisprudencia. Desde luego es imposible negar los intereses a la mujer cuando se trata de compensaciones propiamente dichas: la ley dice que los réditos corren desde la disolución de la comunidad (art. 1,473), por lo mismo, desde la demanda de separación en virtud del artículo 1,445. Esta es la decisión de la Corte de Bruselas (2) y nos parece estar al abrigo de toda polémica. En cuanto a los frutos y a las rentas de los propios de la mujer la misma Corte de Casación sentenció que si un acreedor del marido los embarga desde la presentación de la

1 Denegada, 28 de Marzo de 1848 (Dalloz, 1848, 1, 171). Troplong, t. I, pág. 401, núm. 1384).

2 Bruselas, 11 de Marzo de 1831 (Dalloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 918, y **Pascrisia**, 1831, pág. 50).

demanda, el embargo cae. La Corte sienta como principio que el estado de los esposos en el día de la demanda es el que debe considerarse para determinar si los valores muebles procedentes de lo aportado por la mujer han entrado legalmente a su poder y se encuentran, por consiguiente, liberados de las persecuciones de los acreedores del marido. En cierto caso un acreedor había embargado posteriormente a la demanda, un crédito propio de la mujer. La Corte decidió que, a consecuencia de la retroacción, dicho crédito había dejado de estar a la disposición del marido en el momento del embargo; el acreedor embargó, pues, un bien que ya no pertenecía a su deudor (1). Si el crédito había entrado desde entonces en el patrimonio de la mujer también a ella pertenecían los réditos de dicho crédito. Hay, acerca de este punto, sentencias en sentido contrario, pero no tienen autoridad doctrinal; la Corte de Riom niega un principio que está hoy universalmente admitido; pretende que la sentencia de separación no retrotrae para con los terceros; (2) ¿por que, entonces, la ley tuvo tanto cuidado en dar publicidad a la demanda de separación? La Corte de Rouen está en el mismo error (3), habla de derechos adquiridos por el acreedor, cuando la cuestión está precisamente en saber si el acreedor tiene derecho de embargar.

343. La Corte de Casación aplicó el principio de la retroacción a las restituciones que el marido debe hacer en virtud del art. 1,477. Según esta disposición aquel

1 Casación, 22 de Abril de 1845 (Dalloz, 1845, 1, 267). Consúltese Aubry y Rau, t. V, pág. 401, nota 47, pfo. 516; Rodière y Pont, t. III, pág. 648, núm. 2178.

2 Riom, 31 de Enero de 1826 (Dalloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 1941).

3 Rouen, 9 de Agosto de 1839 (Dalloz, *ibid.*, núm. 1942).

de los esposos que divierte o detiene efectos de la comunidad, queda privado de su parte en dichos efectos. En el caso que se presentó ante la Corte el marido había substraído valores industriales que producían intereses o dividendos; la Corte decidió que dichos intereses o dividendos formaban parte íntegra de los valores: (1) decisión muy jurídica, en nuestro concepto, pues los frutos de un fundo son parte de este fundo y pertenecen a título de accesorios al dueño de dicho fundo. Por identidad de razones los intereses y dividendos deben pertenecer al propietario de la acción. No se trata, en este caso, de los principios que rigen a los intereses moratorios; éstos sólo se deben desde la demanda (art. 1,153), mientras que el propietario del crédito tiene derecho a ellos en virtud de sus derechos de propiedad.

344. El principio de la retroacción entre esposos presenta otra dificultad. En virtud de la sentencia de separación la mujer tiene derecho a las devoluciones que el art. 1,471 concede a la mujer común. Estas prelaciones o devoluciones son una operación preliminar del reparto: ¿puede hacerse durante la instancia de separación? La negativa ha sido sentenciada y con razón. Si la sentencia que declara la separación retrotrae, esto es por una ficción. Debe verse cual es el objeto de esta ficción y cuales son sus límites. El legislador quiso garantizar los derechos de la mujer contra las disipaciones del marido; para éste basta que el marido no pueda disponer de la comunidad y que la mujer tenga facultad para celebrar actos conservatorios sobre los bienes de su marido. Estas garantías las tiene, como lo diremos más adelante. No es necesario que las devoluciones de la mujer sean liquidadas y pagadas antes de la sentencia. La

1 Demegada, Sala Civil, 5 de Agosto de 1868 (Daloz, 1868, 1, 407).

mujer no podría pedirlo, esto es seguro; desde luego, el marido, pagando las devoluciones, paga lo que no debe; en rigor pudiera repetir. Se deduce de esto que estos pagos no son válidos sino hasta concurrencia de lo que la mujer aprovechó de e los (1).

La cuestión fué llevada ante la Corte de Casación en el siguiente caso. El marido cede bienes propios a su mujer en pago de sus derechos. Según el art. 1,595, esta cesión es la permitida cuando hay separación judicial, aunque en regla general la venta entre esposos se halle prohibida. Pudiendo hacerse la cesión después de la separación, ¿debe deducirse de la retroacción de la sentencia que la cesión puede hacerse durante la instancia? No, pues la cesión es una donación en pago; supone, pues, que ha lugar a pagar los derechos de la mujer; y acabamos de decir que hasta la sentencia el marido no es deudor, por lo mismo, no puede hacer donación en pago; y la cesión es nula en virtud de la prohibición establecida por el art. 1,595. Se oponía el principio de la retroacción. La Corte contesta que la ley quiso conservar a la mujer los derechos que pueden venirle durante la instancia, pero no creyó autorizar una ejecución preventiva y voluntaria de la demanda de separación. Prohibió las separaciones voluntarias; no puede, pues, permitir ejecutar por la convención de los esposos una separación que aun no existe. El art. 1,595 se opone igualmente a ello; concede un derecho a la mujer separada de bienes en virtud de una sentencia. No se puede transmitir este derecho a la mujer demandante en separación, sin abrir una vía al fraude y a las colusiones que quiso evitar el legislador (2).

1 Grenoble, 28 de Agosto de 1847 (Dalloz, 1848, 2, 137) Aubry y Rau, t. V, pág. 402, nota 53, pfo. 516.

2 Bourges, 25 de Enero de 1871 (Dalloz, 1871, 2, 172), y Denegada, Sala

2.—Efecto de la retroacción en cuanto a las deudas.

345. El marido contrae deudas durante la instancia de separación: ¿pertenecen al pasivo de la comunidad? No, porque ya no hay comunidad; se halla disuelta entre los esposos desde la demanda de separación, en lo que se refiere a los bienes que puede venir a los esposos, y, por consiguiente, debe estar disuelta en cuanto al pasivo. La consecuencia, en derecho, es incontestable, y de hecho es de gran interés para la mujer. ¿Cuál es el objeto de su demanda? Salvar su dote y sus devoluciones del peligro que las amenace por razón del desorden en los negocios del marido; y si durante la instancia el marido puede obligar a la comunidad, ya no habría ninguna garantía para la mujer, su ruina será segura. De derecho las deudas no pueden figurar en una comunidad que ya no existe. Sin embargo, las deudas pueden aprovechar a la comunidad y, por consiguiente, a la mujer: éstas serían las deudas que el marido contrajera para las necesidades del matrimonio; la mujer separada debe contribuir a estos gastos, aunque se hagan durante la instancia; habrá, en este punto, una cuenta entre los esposos; la mujer contribuirá a las deudas que le aprovecharon (1).

346. ¿Qué debe decirse de las deudas contraídas durante la instancia, por la mujer, sin autorización del marido? Es seguro que no caen en la comunidad. ¿Pero está cuando menos personalmente obligada la mujer? La afirmativa ha sido sentenciada por la Corte de Bruse-

Civil, 2 de Julio de 1873 (Dalloz, 1873, 1, 461). Hay una sentencia, en sentido contrario, de la Corte de Bourges, de 17 de Abril de 1867 (Dalloz, 1868, 2, 23).

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 401, nota 48, pfo. 516. Colmet de Santerre, t. VI, pág. 243, núm. 94 bis II.

las; (1) decidió en principio que la mujer deja de ser común desde la demanda; que, por consiguiente, puede obligarse sin autorización marital, cuando menos cuando se trata de un acto de administración. Esto nos parece dudoso. La retroacción es una ficción, ésta no fué creada para hacer capaz a la mujer para obligarse; no tiene necesidad de dicha capacidad para garantizar sus derechos. Es, pues, sobre pasar la ley el extenderla a las obligaciones que contrajera la mujer. El art. 1,449 resiste igualmente a esta interpretación; no dice que la mujer tiene derecho para obligarse; la mujer sólo tiene este derecho por razón de su administración. que vuelve a tomar después de la disolución; y la mujer no administra durante la instancia, luego es inútil que tenga derecho para obligarse; ni siquiera se concibe que se obligue, puesto que sólo se obliga administrando, y no administra.

3. -- Efecto de la retroacción en cuanto a los actos de disposición o de administración ejecutados por el marido.

347. Durante la comunidad el marido es señor y dueño de los bienes comunes; los administra sólo y dispone de ellos sin el concurso de la mujer. El marido tiene también la administración de los bienes personales de la mujer y celebra sólo todos los actos reputados como de administración. Cuando la comunidad se disuelve por la sentencia que declara la separación de bienes, el marido ya no es más que un socio con relación a los bienes comunes; no tiene ya el derecho de administrarlos, mucho menos el de disponer de ellos; deja

² Bruselas, 21 de Marzo de 1832 (*Pasicrista*, 1832, pág. 90).

también de ser administrador de los bienes de su mujer. ¿Retrotraen al día de la demanda los efectos que produce la sentencia de separación? Se debe responder afirmativamente, según el texto y el espíritu de la ley. El art. 1,415 dice que los efectos de la sentencia remontan al día de la demanda; y el primer efecto de la sentencia es disolver la comunidad y poner fin a la potestad del marido, sea como jefe de la sociedad de bienes, sea como administrador de los bienes de la mujer. Este es también el objeto de la demanda de separación; porque la administración de la comunidad y de los bienes de la mujer es ruínosa, por lo que la mujer pide que los poderes del marido cesen. ¿Y por qué retrotraen la separación al día de la demanda? Con el fin de hacer cesar una gestión que acabaría de arruinar a la mujer. Luego es necesario que, a partir de la demanda, el marido cese de ser señor y dueño de los bienes comunes y de administrar los bienes de la mujer.

348. Distinta es la cuestión de saber cual es la suerte de los actos que el marido ejecuta durante la instancia, ya como jefe de la comunidad, ya como administrador de los bienes de la mujer. La ley no se explica acerca de este punto. Debe, pues, decidirse la cuestión según los principios generales. No siendo ya de derecho el marido señor y dueño de los bienes comunes, ni administrador de los bienes de la mujer, resulta que no puede ya obrar con tal calidad y que los actos que ejecuta son nulos. ¿Cuál es el carácter de esta nulidad? ¿quién puede prevalerse de ella? Únicamente por interés de la mujer es por lo que la ley hace retrotraer la sentencia, si pues, la separación remonta al día de la demanda, y si a partir de ese momento el marido deja de ser jefe de la comunidad y administrador de los bienes

de la mujer, es en exclusivo interés de la mujer. Por consiguiente, si los actos que el marido ejecuta sin calidad, a partir de la demanda, son nulos, es una nulidad esencialmente relativa, la mujer sola puede prevalecerse de ella.

Esto no es dudoso. Pero ahí no está la dificultad. Se pregunta si la nulidad que invoca la mujer es de derecho; es decir, si el Tribunal debe declararla por el solo hecho de estar probado que el acto ejecutado por el marido es posterior a la demanda de separación ¿o debe la mujer probar que estos actos le son perjudiciales? La ley no dice que los actos del marido son nulos, mucho menos que sean nulos de derecho. No se podría, pues, admitir esta nulidad sino como resultante de los principios. Y todo cuanto quiere la ley al hacer remontar los efectos de la separación al día de la demanda, es impedir al marido consumir la ruina de la mujer. Esto supone actos perjudiciales, que ponen en peligro la dote y las devoluciones de la mujer o que aumentan este peligro. Si el acto ejecutado por el marido no causa ningún perjuicio a la mujer ¿con qué derecho lo atacaría ésta? ¿Dirá que el marido no tenía calidad para obrar y que por lo tanto, lo que hizo es radicalmente nulo? Esto sería, ir más allá de la ley y, por consiguiente, aplicarla a una hipótesis para la cual no fué hecha seguramente. El legislador quiere sólo que la mujer no sea perjudicada por los actos de su marido; luego, en el espíritu de la ley, el marido no tiene calidad para obrar en este sentido, pues, no puede perjudicar los derechos de la mujer. Si no los perjudica al obrar no hay ya motivo para rehusarle calidad para general piden que el marido pueda ejecutar cualquier esto. Al contrario, el interés de los esposos y el interés

acto que no perjudique a la mujer.

Notemos desde luego que, esperando que el juez decida acerca de la demanda de la mujer, el marido continúa de hecho y de derecho administrando los bienes comunes y los de la mujer: no se le puede oponer que sus poderes cesan por una ficción de la ley, pues esta ficción supone que hay una sentencia que declara la separación; mientras no la hay es imposible que haya retroacción en virtud de ella. El marido queda, pues, como jefe y administrador, sólo él tiene calidad para obrar; si hay lugar a ejecutar un acto referente a la comunidad o a los propios de la mujer, sólo el marido tiene derecho de hacerlo; declararlo nulo si la separación es declarada, es ponerlo en la absoluta imposibilidad de obrar hasta para llevar a cabo actos que serían ventajosos a la mujer. ¿Quién sufriría por dicha imposibilidad? La mujer desde luego. La sociedad también sufriría, puesto que los bienes comunes y los de la mujer estarían fuera del comercio; puesto que nadie había de tratar con el marido ni en condiciones ventajosas para la mujer; porque ésta tendría el derecho de atacar estos actos. Si la ley permite a la mujer pedir su nulidad es para resguardar los intereses de ésta; se necesita, pues, que la mujer pruebe que se halle interesada en obtener su anulación. Llegamos a la consecuencia de que no hay nulidad de derecho: los actos del marido sólo son nulos para la mujer cuando perjudican a ésta.

Queda una dificultad y es ésta, en la que hay particularmente controversia. ¿Basta el perjuicio para que la mujer pueda atacar los actos o es menester que haya fraude? ¿Y los terceros deben ser cómplices en este fraude? Creemos que basta el perjuicio; en nuestro con-

cepto, la mujer puede atacar el acto del marido por esto sólo: porque le es perjudicial, aunque el mismo marido haya obrado sin intención de fraude y los terceros hayan sido de buena fe. Esto resulta de la esencia misma de la separación de bienes. ¿Por qué permite la ley que la mujer la pida? ¿Porque el marido defraude sus derechos? De ninguna manera; la ley ni siquiera exige que la mujer pruebe la mala gestión del marido (números 220-225). Puede suceder que no haya mala gestión, mucho menos fraude. La mujer tiene derecho de promover la separación de bienes desde que el estado de los negocios del marido compromete la dote o las devoluciones de la mujer. Para que éste esté al abrigo de ese peligro la ley quiere que la separación retrotraiga al día de la demanda. En consecuencia, basta que haya peligro para que la mujer goce del beneficio de la retroacción. Esto no implica ningún fraude. Desde que los actos del marido le son perjudiciales, la mujer puede obrar; lo puede, pues hacer aunque los terceros que trataron con el marido hayan sido de buena fe. Se invoca en vano el interés de los terceros; la ley proveyó a ello prescribiendo la publicidad de la demanda; los terceros están sobre aviso de que se pidió la separación y que retrotraerá si se la declara; a ellos toca ver si pueden tratar con seguridad con el marido. En nuestra opinión, los terceros pueden contratar con toda seguridad desde que el acto no perjudica a la mujer.

349. La doctrina que acabamos de exponer no es la de los autores ni la de la jurisprudencia. Los autores no están acordes. Los hay que parecen que admiten una retroacción absoluta; Battur y Toullier enseñan que la sentencia retrotrae tanto para los terceros como para

DE LA COMUNIDAD LEGAL

437

los esposos (1). Sin embargo, sería abusar de su espíritu admitir que, según su opinión, los actos del marido son nulos de derecho; no discuten la cuestión, y es muy peligroso, en derecho, proceder por vía de inducción y deducir de lo que dice un autor, si acepta todas las consecuencias que resultan de sus palabras.

La mayor parte de los autores distinguen entre los actos de disposición y los de administración. Admiten que los actos de administración son válidos, a no ser que el marido los haya hecho en fraude de los derechos de la mujer; mientras que los actos de disposición son nulos por la sola razón de no tener el marido derecho de ejecutarlos (2). ¿En qué descansa esta distinción? No es en el texto de la ley, pues ésta no dice que la separación retrotrae en cuanto a los actos de disposición y no retrotrae por lo que mira a los de administración. ¿Es el espíritu de la ley el que ordena dicha distinción? Tampoco. La ley sólo quiere impedir una cosa, que los actos del marido perjudiquen a la mujer; por lo mismo, sin perjuicio está la mujer sin derecho. Si los actos de disposición le son perjudiciales promoverá y obtendrá la anulación probando el perjuicio. Pero si la enajenación no le perjudica ¿por qué había de tener el derecho de atacarla? Se dirá que el marido no tenía ya el de disponer, puesto que la comunidad se halla disuelta en el momento en que él dispone. Contestaremos que no es exacto decir que el marido se halle sin derecho alguno; todos admiten que tiene un derecho, sólo se trata de precisar sus límites. Esto nos parece tan evidente que suponemos

1 Battur, t. II, pág. 335, núm. 650. Toullier, t. VII, 1, pág. 98, números 101 y 102.

2 Aubry y Rau, t. V, pág. 402, notas 49-52, pfo. 516. Rodière y Pont, t. III, pág. 646, núms. 2177 y 2178. Colmet de Santerre, t. VI, pág. 243, núm. 94 bis II.

que los autores han subentendido la condición del perjuicio. Pero en una ciencia exacta como la nuestra vale más decir las cosas, que subentenderlas.

En cuanto a los actos de administración se dice que es necesario validarlos, porque hay necesidad para el marido de administrar durante la instancia, y sólo él tiene este derecho. Si este argumento justificara la distinción sería preciso restringirla a los actos necesarios y anular los que no lo son. Y los autores que combatimos validan todos los actos de administración, siempre que no sean fraudulentos. Esto es introducir en la ley una distinción que no existe en ella. Es, además, hacer poco menos que ilusoria la garantía del art. 1,445. Nótese desde luego que era inútil decir que la mujer puede atacar los actos que el marido ejecuta en fraude de sus derechos durante la instancia de separación, puesto que lo puede hacer en virtud del derecho común (1). Si, pues la ley permite atacar los actos de administración debió concederle un derecho especial; ya hemos dicho cual es; consiste en impedir que el marido, desde el día de la demanda, pueda perjudicar a su mujer; por consiguiente, la mujer debe tener el derecho de promover desde que haya perjuicio para ella. Se invoca la buena fe de los terceros. Hemos dicho muchas veces que se abusa singularmente de esta buena fe, como si ella legitimase todo, hasta los actos de los que no tiene ningún derecho de hacer lo que han hecho: el marido no tiene calidad para obrar, a contar desde la demanda de separación, en el sentido de que no puede ya hacer ningún acto que perjudique a la mujer. ¿Puede la buena fe de los terceros

1 Denegada, Sala Civil, 30 de Junio de 1907 (Dalloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 1932).

tener por efecto validar lo que el marido ejecuta en perjuicio de su mujer? No se concibe la pregunta.

350. La jurisprudencia está dividida y, hay que decirlo, sin ningún principio. Se ha sentenciado que la venta de un fondo de comercio, hecha por el marido durante la instancia de separación, es nula. La Corte de Rennes establece en principio que durante la litispendencia los derechos del marido, como jefe y administrador, están suspensos (1). El art. 1,445 no dice esto; sería hacer imposible todo acto de administración, hasta el más necesario, el más ventajoso para la mujer. La Corte no titubea ante esta consecuencia: los tribunales, dice, no pueden autorizar sino los actos conservatorios. Es verdad que la mujer había requerido la puesta de cédulas, ¿pero puede la mujer hacer imposible la administración del marido bajo pretexto de que es una medida de conservación? Existe una decisión, en sentido contrario, de la Corte del Sena, la cual sentenció que el marido puede vender un fondo de comercio durante la instancia, siempre que no lo haga en fraude (2). La Corte de Bruselas se declaró también en favor de la validez de la venta de una casa. Se fundó en el motivo que, en nuestro concepto, es verdadero: de que la venta no era perjudicial a la mujer (3).

350 bis. Existe la misma divergencia en cuanto a los actos de administración. Se ha sentenciado que el arrendamiento de un molino era nulo, aunque fué hecho sin fraude; la Corte dice que, según las circunstancias de

1 Rennes, 3 de Julio de 1841 (Dalloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 1933).

2 Sentencia del Tribunal del Sena, 22 de Julio de 1836 (Dalloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 1934).

3 Bruselas, 6 de Enero de 1820 (Dalloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 1935, y **Pascricría**, 1820, pág. 9).

la causa, era un acto de mala gestión; en consecuencia, agrega que el arrendamiento era sospechoso por haber sido consentido después de la publicación de la demanda de separación (1). No se sabe, en definitiva, si el arrendamiento era hecho en fraude de la mujer o no; ni siquiera si era perjudicial a la mujer.

La Corte de Rennes ha decidido, al contrario, en términos absolutos, que el arrendamiento es válido a no ser que sea fraudulento (2). Esto es igualmente ir más allá de la ley, puesto que un arrendamiento, aunque sea hecho sin fraude, puede perjudicar a la mujer, y el perjuicio es lo que quiso evitar el art. 1,445; en cuanto al fraude, los principios generales de derecho y el artículo 1,167 habían proveído a ello suficientemente.

Otra Corte ha sentado en principio que el marido conserva la administración, puesto que la mujer sólo vuelve a tomarla a partir de la sentencia; no pudiendo la mujer administrar sus bienes, es preciso que el marido lo haga, puesto que no pueden quedar en suspenso. Esto es muy exacto, pero es necesario conciliar este estado de cosas con la retroacción de la sentencia que declara la separación. La Corte llega a una conclusión inadmisibles: que la retroacción sólo se refiere a los frutos de los bienes y a los bienes que pudiesen vencer a la mujer durante la instancia, que es extraña a los actos de administración que celebra el marido después de la demanda de separación. Esto es limitar y restringir un texto concebido en los términos más generales, y dejar a la mujer sin garantía contra los actos de mala gestión, cuando el objeto es garantizar dichos intereses. La Corte no necesi-

1 Rion, 20 de Febrero de 1826 (Dalloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 1629).

2 Rennes, 2 de Enero de 1808 (Dalloz, *ibid.*, núm. 1381).

taba de esta falsa teoría para mantener el acto litigioso, pues comprueba de hecho que el arrendamiento atacado por la mujer le era ventajoso; esto bastaba para desecharse la acción de nulidad (1).

La Corte de Angérs ha sentenciado que el marido no podía ejecutar más que los actos de administración estrictamente necesarios. Esto es también restringir una ley general y darle una limitación sin ningún provecho para la mujer. ¿Por qué no mantener los actos que le son ventajosos aunque no precisamente necesarios? En el caso se trataba de un arrendamiento, y la Corte declara que es perjudicial y fraudulento (2); esto era un motivo perentorio para anularlo, sin que fuese necesario ocurrir a la teoría de los actos necesarios.

351. El Código de Procedimientos autoriza a la mujer para provocar medidas conservatorias de sus derechos (art. 869). ¿Es éste un derecho análogo al que concede el art. 270 a la mujer demandante o demandada en divorcio? Puede, según este artículo, requerir para la conservación de sus derechos la puesta de cédulas en los efectos de la comunidad; las cédulas sólo pueden ser levantadas si se hace un inventario y con la condición de que el marido presente las cosas inventariadas o responda de su valor como depositario judicial (3). Es dudoso que esta disposición sea aplicable a la demanda de separación de bienes. Cuando hay acción de divorcio o de separación de cuerpos, el odio que divide a los esposos hace temerlo todo y justifica todas las precauciones. No pasa lo mismo en el caso de separación de bienes. Las me-

1 Poitiers, 21 de Mayo de 1823 (Dalloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 1928).

2 Angérs, 16 de Agosto de 1820 (Dalloz, *ibid.*, núm. 1930).

3 Aubry y Rau, t. V, pág. 402, nota 52, pfo. 516 (4ª edición).

didias conservatorias que el Código de Procedimientos autoriza, son las que se concilian con el poder de administración del marido. Tal sería una oposición en manos de los deudores de la mujer (1). El marido puede, en rigor, administrar los bienes de la mujer sin que paguen los deudores; ¿pero cómo había de administrar la comunidad si todos los efectos muebles que la componen estuviesen puestos bajo cédulas? No definiendo la ley los actos conservatorios que la mujer está autorizada a hacer, pertenece a los tribunales conciliar los intereses de la mujer con las necesidades de la administración que queda confiada al marido.

*4.—De la aceptación y de la repudiación
de la comunidad.*

352. La mujer, después de la disolución de la comunidad, tiene la facultad de aceptarla o renunciarla (art. 1,453). ¿Puede ejercer este derecho durante la instancia de separación? Se admite así generalmente. En el derecho antiguo era de uso que la mujer hiciera su declaración de renuncia el mismo día de la demanda de separación (2). La jurisprudencia ha consagrado esta tradición (3). Pero como la mujer tiene también el derecho de aceptar, hay que reconocerle el mismo derecho durante la instancia; tal es, en efecto, la doctrina y la jurisprudencia (4). La cuestión nos deja duda. La ley

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 244, núm. 94 bis III.

2 Pothier, *De la comunidad*, núm. 521.

3 Orléans, 14 de Noviembre de 1817 (Dalloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 1943, Troplong, t. II, pág. 5, núm. 1507.

4 Rodière y Pont, t. II, pág. 314, núm. 1041. Lyon, 24 de Diciembre de 1829, y Denegada, 21 de Junio de 1831 (Dalloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 2123).

no da el derecho de opción a la mujer sino después de la disolución de la comunidad; es de principio, por otra parte, que no se puede ejercer un derecho sino cuando éste está abierto. Se dice que, a consecuencia de la retroacción, la comunidad se halla como disuelta desde el día de la demanda. Pero esta disolución sólo es ficticia; en realidad, la comunidad subsiste. Debe, pues, verse cual es el objeto de la ficción y cuales son sus límites. La ley quiere garantizar los derechos de la mujer; le permite, en consecuencia, atacar los actos que el marido hiciese en su perjuicio durante la instancia de separación: esto basta para resguardar sus intereses. ¿Le da la renuncia una garantía más? ¿Y por qué había de aceptar la mujer si la aceptación no le da ningún derecho? No podría seguramente pedir la partición, lo cual prueba que la retroacción tiene límites. Desde el momento en que la mujer no tiene interés en considerar la comunidad como disuelta, la ficción no tiene ya razón de ser; se entra, en consecuencia, en la realidad de las cosas. Si, pues, la mujer, después de haber aceptado o renunciado durante la instancia, tuviese interés en retroceder sobre lo hecho, creemos que podría hacerlo.

§ VI.—DEL RESTABLECIMIENTO DE LA COMUNIDAD.

Núm. I.—Condiciones.

353. “La comunidad disuelta por la separación de cuerpos o de bienes solamente puede ser restablecida por el consentimiento de las partes” (art. 1,451). ¿Por qué permite la ley restablecer la comunidad cuando una sentencia declaró su disolución? Pothier contesta que la vuelta a la ley del contrato de matrimonio, es fayora-

ble. El deseo de la ley es que las convenciones matrimoniales no sufran ningún cambio. Si la ley da a la mujer el derecho de pedir la separación de bienes, es porque los hechos prueban que la sociedad formada por los esposos no alcanza el objeto que los cónyuges se habían propuesto, haciendo temer el desorden en los negocios del marido que la dote y las devoluciones de la mujer se encuentran comprometidas. Importa, entonces, poner fin a un régimen que sumiría a toda la familia en la miseria. Pero esta situación puede cambiar; el marido puede volver a hacer fortuna, puede corregirse de sus costumbres disipadas. Importa, entonces, a los esposos y a sus hijos que la comunidad se restablezca, puesto que la asociación es más favorable para la prosperidad común que el estado de separación (1).

354. La ley exige el consentimiento de ambas partes. Como la mujer es la que pide la separación, se pudiera creer que debe bastar su consentimiento para hacerla cesar. En el derecho antiguo se admitía esta pretensión; se sentenció que la comunidad no podía ser restablecida por sólo la voluntad de la mujer que se desistía de la demanda de separación. En efecto, la comunidad es una convención, y no hay convención sin concurso de consentimiento; estando disuelta la convención que había formado la comunidad, se necesita un nuevo concurso de consentimiento para restablecerla. Esto está también fundado en la razón. La sentencia que falló la separación de derechos a los esposos, no se puede suprimir sin la voluntad de éstos: el marido puede preferir la separación a la comunidad, y no sería justo res-

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 523. Duveyrier reproduce las palabras de Pothier (*Informe*, núm. 35, en Loaré, t. VI, pág. 424). Troplong, t. I, pág. 424, núm. 1463.

tablecerla a pesar suyo. Con mayor razón el marido no puede obligar a su mujer a restablecer la sociedad de bienes, aunque probase que el desorden de sus negocios ha dejado de existir y que ya no hay nada que temer para la dote y las devoluciones de la mujer (1).

355. La ley exige que el consentimiento de los esposos conste en acta notariada y con minuta (art. 1,451). Esta formalidad es requerida aun en el caso en que la separación de bienes sea una consecuencia de la separación de cuerpos. Los esposos pueden siempre restablecer la vida común; basta que consientan en ello, ninguna formalidad se exige. Se podría creer que estando establecida la vida común, la separación de bienes no tiene ya razón de ser, puesto que sólo es una consecuencia de la separación de cuerpos; cesando la causa ¿por qué había de continuar el efecto hasta que los esposos hubieran consentido por acta auténtica en el restablecimiento de la comunidad? Hay para esto un argumento de derecho y una razón moral. Las convenciones matrimoniales son unos actos solemnes, y el restablecimiento de la comunidad es un nuevo contrato de matrimonio: un régimen sucede al otro; se necesita, pues, una convención auténtica en el espíritu de la ley. Este es el único medio de asegurarse de que los esposos consienten libremente en que la sociedad de bienes sea restablecida; es menester que no lo sea a pesar suyo; pueden tener interés en mantener la separación de bienes, y si la sociedad de personas tuviese por consecuencia necesaria la sociedad de bienes, podrían preferir permanecer separados de cuerpos; la ley que favorece le reunión de los esposos, debía, pues, dejarles entera libertad para lo que se refiere al arreglo

1 Pothier, **De la comunidad**, núm. 526. Colmet de Santerre, t. VI, página 265, núm. 103 bis III.

de sus intereses pecuniarios. La intervención de un oficial público en el acta que restablece la comunidad garantiza la libertad de las partes contratantes y asegura a la vez la irrevocabilidad de sus convenciones; una acta privada puede destruirse fácilmente; de modo que dependería de los esposos mantener la comunidad o volver a la separación de bienes, lo que es contrario al principio de inmutabilidad de las convenciones matrimoniales (1). Por la misma razón es por lo que el acta auténtica debe estar extendida en minuta.

356. La ley quiere además que una copia del acta se publique en la forma del art. 1,445. Esta condición es prescripta por interés de los terceros. El restablecimiento de la comunidad devuelve al marido los poderes respecto de los bienes comunes y de los bienes personales de la mujer que tenía perdidos por la separación. Por su lado, la mujer pierde la administración y el goce de sus bienes; cambia realmente de estado, pues estaba libertada de la potestad marital en lo que se refiere a la administración de sus propiedades y vuelve a caer bajo esta potestad al restablecerse la comunidad. Los terceros tienen grande interés en conocer la situación nueva de los esposos.

¿Cuáles son las formas que deben observarse para la publicidad de la convención que restablece la comunidad? El art. 145 translada al art. 1,445; esta disposición ha tenido un complemento en el art. 872 del Código de Procedimientos. De ahí la cuestión de saber si se deben observar, para el restablecimiento de la comunidad, las formalidades que prescribe el art. 872 para la publicidad de la sentencia de separación. La negativa es segura. Ha de haber sin duda igual razón para ex-

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 264, núms. 103 bis II y III.

tender a la convención que restablece la comunidad, las formas que la ley prescribe para hacer pública la separación pero el legislador no lo hizo. Este es un olvido y no pertenece al intérprete llenar los vacíos de la ley, puesto que tal cosa sería crear nulidades; es decir, hacer la ley. La convención que restablece la comunidad puede, pues, oponerse a los terceros aunque no se haya hecho pública en la forma del art. 872; siempre que las formas del art. 1,445 hayan sido observadas (1). Se entiende que la comunidad no quedaría restablecida para con los terceros si la convención no hubiese sido publicada conforme al art. 1,445 (2). Se llega en este caso a un singular resultado: que la comunidad se halla restablecida entre los esposos, mientras que para los terceros están separados de bienes; este es el habitual efecto que produce la falta de publicidad. Cuando la publicidad prescripta por nuestra Ley Hipotecaria para las convenciones matrimoniales no se efectúa, se produce la misma consecuencia. Las cláusulas que derogan la comunidad legal no tienen ningún efecto para con los terceros, mientras que son válidas entre las partes. Hay además una anomalía aparente que debe explicarse. Cuando las formalidades exigidas para la publicidad de la sentencia no han sido llenadas, el marido puede prevalerse de ello y oponer la nulidad de la separación. ¿Por qué no puede prevalerse de la nulidad de la convención que restablece la comunidad cuando las formas no han sido llenadas? La razón es sencilla: porque las partes no pue-

1 La cuestión está, sin embargo, controvertida. Véanse las citaciones en Aubry y Rau, t. V, pág. 410, nota 82, pfo. 516. Debe agregarse, en el sentido de nuestra opinión, Colmet de Santerre, t. VI, pág. 265, núm. 103 bis III.

2 Aubry y Rau, t. V, págs. 410 y siguientes, nota 83, pfo. 516 (4ª edición).

den prevalerse de la inobservancia de las formas que ellas mismas tienen obligación de llenar, cuando estas formas están establecidas en beneficio de los terceros (1).

357. El art. 1,451 prescribe también una condición muy esencial para la validez de la convención que restablece la comunidad; dice: "Toda convención por la cual los esposos restablecieren la comunidad, bajo condiciones diferentes de las que la regían anteriormente, es nula." Se necesita, pues, que la comunidad se restablezca tal cual existía, en virtud de las convenciones matrimoniales de los esposos, expresas o tácitas. La ley supone que los esposos se casaron bajo el régimen de la comunidad legal, puesto que trata de la separación de bienes en la primera parte del cap. II, consagrada al régimen de la comunidad; por consiguiente, los esposos deberán restablecer la comunidad legal sin poder modificarla en nada. Esto es una consecuencia de la inmutabilidad de las convenciones matrimoniales. La ley sólo fija una excepción a este principio, la de que el régimen adoptado por los esposos puede ser disuelto por la sentencia del juez que declara la separación de bienes. Pero si los esposos quieren restablecer el régimen que habían adoptado, deben restablecerlo por entero; si les fuese permitido modificarlo, las convenciones matrimoniales serían cambiadas por la voluntad de los contratantes, lo que está prohibido por el art. 1,395. Hay, además, otra consideración que debía disponer al legislador a mantener la regla de irrevocabilidad de las convenciones matrimoniales en el caso en que esposos comunes en bienes están separados judicialmente: que la mujer habría podido coludirse con su marido para pedir una separación simulada con el fin de cambiar después sus convenciones pri-

1 Consúltese Rodière y Pont, t. III, pág. 632, núm. 2230.

mitivas; habría que impedir este fraude a la ley; por esto es que el art. 1,451 pena con nulidad la convención que, al restablecer la comunidad, modifica el régimen adoptado cuando el matrimonio. Lo que dice la ley, en vista de la comunidad legal, se aplica a la comunidad convencional; ambos regímenes no forman realmente sino uno que la ley llama *régimen comunal*. El mismo principio se aplicaría también al régimen exclusivo de la comunidad y al régimen dotal, bajo los cuales la mujer puede también pedir la separación de bienes; poco importa que el art. 1,451 esté colocado bajo la rúbrica de *La comunidad legal*; sólo es una consecuencia del principio de la inmutabilidad de las convenciones matrimoniales, y este principio domina todos los regímenes (1).

358. El art. 1,451 declara nula toda convención que restablezca la comunidad bajo condiciones diferentes que las que la regían anteriormente. ¿Cuál es el alcance de esta nulidad? ¿Es el mismo restablecimiento de la comunidad el anulado de modo que continúe la separación, o la comunidad se encuentra restablecida tal cual existía en virtud de las convenciones matrimoniales, de modo que la cláusula que derogaba éstas es la única anulada? La cuestión es discutida. Creemos que el texto la decide. En efecto, la ley anula *la convención* por la cual los esposos restablecen su comunidad bajo condiciones diferentes, lo que se entiende de la misma convención que restablece la comunidad y no de la cláusula derogatoria. Se niega esto en vano (2). ¿De qué acaba la ley de hablar? Exige el concurso del consentimiento de ambos esposos, por lo mismo, una *convención*; además, quiere que esta *convención* se haga en ac-

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 265, núm. 103 bis IV.

2 Aubry y Rau, t. V, pág. 411, nota 85, pfo. 516, y las autoridades que citan.

ta auténtica; después pronuncia la nulidad de la *convención* que restablece la comunidad bajo condiciones diferentes; esto es herir de nulidad la *convención* que la ley exige como condición esencial del restablecimiento de la comunidad. Esta interpretación está también en armonía con los principios generales del derecho. El art. 1,172 declara nula la convención que depende de una condición contraria a la ley; y los esposos hacen depender el restablecimiento de la comunidad de una condición que la ley prohíbe, puesto que sólo consienten en restablecerla con modificaciones, cuando la ley prohíbe todo cambio. Se niega también que haya condición ilícita. En los términos no la hay, es verdad, pero hay que ver lo que quieren las partes. Desean otra comunidad distinta de la que habían primitivamente estipulado; quieren, pues, una cosa ilícita, y bajo esta condición es como tratan; puesto que restablecen la comunidad modificándola, hay que creer que no la habrían restablecido sin estas modificaciones. Si, pues, la ley mantuviera el restablecimiento de la comunidad borrando las modificaciones que los esposos han hecho, cambiaría la convención de los esposos; el legislador sólo hace esto en las donaciones y los testamentos, en los cuales quita las condiciones ilícitas. Esta es una excepción que hay que cuidarse de hacer extensiva, pues la ley no debe alterar las convenciones de los particulares, las debe sancionar si son válidas y anularlas si vician una disposición prescripta bajo pena de nulidad. Las partes no tienen el derecho de quejarse de ello: hicieron lo que les era prohibido, no hicieron lo que les era permitido; el legislador respeta su voluntad a la vez que la anula (1).

1 Colmet de Santerre, t. IV, pág. 266, núm. 103 bis VI. Este es también el parecer de Delvincourt, de Battur y de Troplong.

Núm. 2.—Efecto del restablecimiento de la comunidad.

359. El restablecimiento de la comunidad es un cambio de régimen; en principio el nuevo régimen no debería tener efecto sino en lo venidero. Sin embargo, la ley decide que entre los esposos la comunidad sea restablecida como si nunca hubiera sido disuelta: “La comunidad restablecida vuelve a surtir su efecto desde el día del matrimonio; las cosas vuelven al mismo estado como si no hubiera habido separación.” ¿Por qué la ley hace retrotraer la convención que restablece la comunidad? Esto es siempre para impedir las separaciones simuladas. Uno de los esposos espera una sucesión mobiliar, se la quiere substraer a la acción de los acreedores; con este objeto, la mujer pide la separación de bienes y, por consiguiente, el mobiliar hereditario le queda como propio. Después los esposos convienen en restablecer su comunidad; si el restablecimiento no tuviera efecto sino para lo venidero, la sucesión quedaría como propia de la mujer y los acreedores de la comunidad no tendrían ningún derecho en ella; lo que sería un fraude a sus derechos si, como se supone, no hubiese causa legítima para la separación. La ley no quiso favorecer convenciones que tiendan a violar la ley eludiéndola. Ella sanciona las convenciones serias; si hay razones legítimas para restablecer la comunidad, admite su restablecimiento, pero de modo que los esposos no se sirvan de la ley para defraudar los derechos de terceros. La retroacción está también en armonía con el principio de la irrevocabilidad o de la nuidad de las convenciones matrimoniales; el deseo de la ley es que sólo haya un régimen; si autoriza la separación de bienes, es por resguardar los de-

rechos de la mujer; y cuando los esposos restablecen la comunidad después de que ésta fué disuelta judicialmente, esto prueba que la dote y las devoluciones de la mujer no están peligrando; desde entonces la separación de bienes no tiene ya razón de ser; cae con las causas que la justificaban provisionalmente.

360. La comunidad está también restablecida retroactivamente para con los terceros, en el sentido: de que los acreedores del marido tendrán acción sobre los bienes que durante la separación toquen a los esposos, pues estos bienes son como si siempre hubiesen formado parte de la comunidad. Asimismo las deudas contraídas por el marido durante la separación, serán deudas de la comunidad. La ley sólo fija una excepción a este principio; mantiene los actos que hizo la mujer durante la separación, de conformidad con el art. 1,449; esta es una aplicación de los principios que rigen la validez de las actas. Cualquiera acta hecha en virtud de la ley y conforme con sus disposiciones es válida y la ley debe sancionarla. Y la ley autoriza a la mujer separada judicialmente para que administre sus bienes y enajene sus muebles; las actas hechas por la mujer, en virtud del art. 1,449, válidas en su principio deben, pues, ser mantenidas a pesar de la retroacción (1). Resulta de esto una aparente anomalía: la mujer está como si siempre hubiera sido común, puesto que la comunidad vuelve a tener efecto desde el matrimonio; estuvo, pues, siempre bajo potestad marital y lógicamente, debiera deducirse que no pudo ejecutar ningún acto sin autorización de su marido. Pero la retroacción sólo es una ficción, y las ficciones están siempre en oposición con la realidad

1 Pothier, **De la comunidad**, núm. 528. Colmet de Santerre, t. VI, página 266, núm. 103 bis V.

de las cosas, jamás puede llevárselas hasta sus últimas consecuencias; debe, al contrario, encerrárselas en sus legales límites; es decir, no aplicarlas a un orden de cosas para el que no fueron establecidas. En el caso de la retroacción nada tiene de común con los actos que ejecuta la mujer mientras está separada de bienes; por lo tanto, la retroacción no impide que sus actos se mantengan.

SECCION VI.—De la aceptación y de las renunciaciones de la comunidad.

§ I.—DEL DERECHO DE OPCIÓN.

361. “Según la disolución de la comunidad, la mujer o sus herederos y legatarios tienen la facultad de aceptarla o renunciar a ella” (art. 1,453). Esta facultad es contraria al derecho común que rige a las sociedades; la mujer, al renunciar, se ve libre de toda contribución a las deudas sociales; en las sociedades ordinarias no está permitido a un socio el libertarse de las deudas de la sociedad, abandonando su parte en las utilidades y lo que aportó. La mujer aceptará si la comunidad es buena; renunciará si la comunidad es mala: derecho exorbitante que permite a un socio mantener o romper su contrato según su interés (1).

Esta excepción es un verdadero privilegio, pues la mujer sola es quien goza de él. Se justifica, por otra parte, perfectamente. Si la mujer tiene una situación privilegiada cuando se disuelve la comunidad, por contra se encuentra fuera del derecho común mientras dura la comunidad. El marido es señor de los bienes comunes;

1 Moulón, t. III, pág. 88, núm. 208. Troplong, t. II, pág. 2, núm. 1488.

dispone de ellos como dueño absoluto; puede disipar la comunidad o gravarla con deudas más allá de su haber, sin que la mujer tenga el derecho de oponerse. ¿Cuáles es, pues, la posición de la mujer? Pone en sociedad su fortuna mueble, el goce de sus inmuebles y su trabajo; el único derecho que en compensación tiene, es una esperanza: participará en las utilidades si las hay, y puede perder cuanto aportó al matrimonio si el marido todo lo disipa. Sería completamente inicuo que la mujer ajena a la ruina de la comunidad estuviese obligada a aceptar sus desastrosos resultados. El derecho de opción es, pues, como lo dice Duveyrier, no sólo de liberal justicia sino de equidad rigurosa (1). El marido que gestionó sólo debe también responder de su gestión si condujo a la ruina de la asociación; esta es la natural consecuencia del poder absoluto de que goza.

362. No son, sin embargo, estos motivos de justicia los que hicieron introducir el derecho de opción; se pudiera creer que fué la aventura de las cruzadas si la mano de Dios no presidiera aquellas guerras sagradas: emprendidas para la conquista de una tumba, comenzaron la ruina del Catolicismo que las inspiró, y conducidas por la nobleza feudal, arruinaron el feudalismo e inauguraron el reino de la libertad y de la igualdad. Aquel inmenso trastorno reflejóse también en las relaciones privadas. Los barones, obligados a adeudarse para soportar los gastos de viajes allende los mares, dejaban a sus viudas unas comunidades arruinadas. ¿Debían los gastos de las guerras santas recaer en las mujeres? Se les permitió repudiar los cargos y los gastos a los cuales habían permanecido extrañas. En un principio el de-

1 Berlier, **Exposición de los Motivos**, núm. 20 (Loaré, t. VI, pág. 393).
Duveyrier, **Informe**, núm. 36 (Loaré, t. VI, pág. 424).

recho de renuncia no formaba el derecho común; establecido en ocasión de las cruzadas, era un privilegio para las viudas de los que habían encabezado a aquellas piadosas aventuras. La costumbre antigua de París decía: "Es permitido a la mujer noble, procedente de noble alcurnia y que vive noblemente, renunciar, si le parece, después de la muerte de su esposo a la comunidad." El Relator del Tribunado se muestra indignado con este absurdo privilegio; no reflexiona que el derecho de opción no había sido establecido por razones de justicia y de equidad; las circunstancias históricas que le dieron nacimiento, debían limitarlo a las mujeres nobles. Pero Duveyrier tiene razón en decir que la justicia anda siempre con las luces y la razón; lo que era un privilegio de la nobleza en la costumbre antigua de París, se volvió derecho común en la nueva costumbre (1).

363. El derecho de opción, que aparentemente tiene su origen en una guerra tan insensata como piadosa, acabó por hacerse un principio esencial del régimen de la comunidad. Es de orden público; por consiguiente, el art. 1,453 dice que toda convención contraria es nula. No se permite a las partes contratantes derogar las leyes que se refieren al orden público (art. 6), ni siquiera a los futuros esposos por su contrato de matrimonio el más favorable de todos los contratos. Mientras que el marido goce de un poder absoluto como jefe de la comunidad, la mujer habrá de tener el derecho de renunciar a la comunidad en cuya administración no toma participo alguno. Y este poder del marido como jefe de la comunidad es una consecuencia de la potestad marital y en este sentido es de orden público. Y si la mujer tiene el derecho de re-

1 Troplong, t. II, pág. 2, núms. 1489 y 1490. Pothier, **De la comunidad**, núm. 550. Duveyrier, **Informe**, núm. 36 (Loeré, t. VI, pág. 424).

nunciar, es por razón de la dependencia en que se halla bajo el régimen de la comunidad, dependencia que resulta de la potestad a la cual queda sometida; luego su derecho, de opción es también de orden público.

Sin embargo, este derecho, que tiene tan gran importancia en teoría, es casi inútil en la práctica. La mujer tiene otro derecho que resguarda enteramente sus intereses, aunque acepte una comunidad arruinada: es el beneficio de emolumento, en virtud del cual no está obligada en las deudas, sino hasta concurrencia de la utilidad que ella saca de la comunidad, siempre que haga inventario. Este beneficio le permite aceptar sin que corra riesgo alguno. No está obligada más allá de su emolumento sino cuando no cuida de hacer inventario. En este caso pierde también su derecho de renunciar. Regularmente, pues, la mujer hará inventario si teme que la comunidad sea mala, y entonces gozará de su beneficio de emolumento.

Sin embargo, debe deducirse de esto que la mujer no está nunca interesada en renunciar. Si la comunidad es evidentemente mala, ¿por qué había de encargarse de liquidarla a la mujer? No tiene el derecho que pertenece al heredero beneficiario, de abandonar bienes a los acreedores. Si, pues, aceptara, estaría obligada a liquidar; renunciando se quita un cargo oneroso. Puede tener mayor interés en renunciar si estipuló en su contrato de matrimonio que en caso de renuncia tendrá derecho de volver a tomar sus aportos. Ésta es una cláusula de la comunidad convencional, acerca de la cual volveremos a hablar. La mujer que renuncia pierde regularmente todo derecho sobre los muebles que han entrado por su parte; puede estipular volverlos a tomar al renunciar (1).

1 Duranton, t. XIV, pág. 572, núm. 437. Rodière y Pont, t. II, pág. 438, núm. 1149.

364. La ley tacha de nulidad *cualquiera convención* contraria al derecho de opción. ¿Cómo debe entenderse esta disposición? Es seguro que la mujer no puede renunciar de un modo general a su derecho de opción; pero se enseña que nada impide que la mujer intervenga en una convención que celebra un tercero con su marido y consentir obligarse para con el acreedor a pesar de la renuncia eventual que hiciere. Dudamos que esto sea exacto. Esta es una convención contraria al efecto de la renuncia que la mujer tiene derecho de hacer; deroga, pues, parcialmente el derecho de opción; y la ley decide terminantemente que *cualquiera* convención contraria es nula, por lo mismo, una derogación parcial tanto como una derogación total. Se objeta que la convención que declaramos nula no es más peligrosa para la mujer que el compromiso que contraerá con su marido. Puede obligarse con él si fuese necesario hasta solidariamente; en este caso estará obligada para con el acreedor a pesar de su renuncia (art. 1,494); ¿por qué, pues, no había de poder declarar en el contrato que estará obligada en caso de renuncia? Hay una diferencia: la mujer se comprometerá más fácilmente bajo condición, es decir, en caso que renuncie, pues, espera al obligarse, que no se encontrará en el caso de renunciar, mientras que titubeara a menudo si debe hacer desde luego un compromiso personal que la expone a que se le embargue. Luego, en definitiva, la derogación parcial al derecho de opción compromete los intereses de la mujer que la ley quiso proteger (1).

365. Se entiende que el marido no puede renunciar a la comunidad. El es quien administra y contrae las deudas con que está gravada la comunidad; ¿puede concebirse

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 269, núm. 105 bis II.

que se liberte de una liga de obligaciones por él consentidas, repudiando lo que él mismo ha hecho? Se comprende que la mujer renuncie aunque esté asociada; no se comprende que el marido, señor y dueño, pueda renunciar, pues la mujer es extraña a las deudas del marido, mientras que éste es deudor personal de ellas. Es verdad que hay deudas que proceden de la mujer, las que son anteriores al matrimonio y que el marido deberá sopotar si la mujer renuncia. Se le puede contestar que el que se casa con la mujer se casa con sus deudas; el marido podía ponerse al abrigo de este peligro estipulando la separación de deudas. Hay que agregar que ordinariamente el mal estado de la comunidad no procede de las deudas anteriores al matrimonio, sino de las deudas contraídas durante la comunidad, en consecuencia, por el marido.

La aplicación de estos principios ofrece una dificultad que varias veces se presentó ante la Corte de Casación. Sucede a menudo que el marido es donatario universal o legatario universal de la mujer. Esta tiene el derecho de renunciar; lo transmite a sus herederos. ¿No debe deducirse de esto que el marido podrá renunciar a la comunidad por cuanto a su mujer? La Corte de Casación ha rechazado esta pretensión que se presenta ordinariamente en materia fiscal. El marido, donatario universal de su mujer, renuncia, en nombre de ésta, a la comunidad que existió entre ellos. Después declara en la oficina del registro que en virtud de dicha renuncia la sucesión recogida por él sólo se compone de valores muebles, de los cuales pagó los derechos fijados para las mutaciones de bienes entre esposos por defunción. El fisco sostiene que esta renuncia es fraudulenta y ordena un apremio por la mitad de los bienes de la comunidad

omitida por el declarante. El Tribunal confiesa que la renuncia del marido a la comunidad sólo se hizo para evitar los derechos de mutación, puesto que no producía ningún efecto en el orden civil, recogiendo el marido el beneficio de la renuncia que había hecho como heredero de su mujer. Pero, dice el Tribunal del Sena, renunciar es un derecho, y no se puede decir que el ejercicio de un derecho sea un fraude. En el recurso de Casación la decisión fué casada después de una deliberación en Sala de Consejo. La Corte comienza por recordar que la facultad de renunciar a la comunidad fué concedida a la mujer contra el marido, porque es natural que éste soporte sólo todas las deudas de una comunidad de la que fué único administrador, mejor dicho, señor y dueño. ¿Puede el marido invocar un derecho que fué establecido contra él mismo? Esto es imposible, según los mismos términos de la ley. Para gozar de su derecho de renuncia, la mujer debe hacer inventario contradictoriamente con el marido: ¡el marido que pretende ejercer los derechos de la mujer debiera, pues, hacer un inventario contradictoriamente con él!. Acerca de este punto se equivoca la Corte de Casación: la mujer puede renunciar dentro de tres meses y cuarenta días sin hacer inventario; sólo está obligada a hacer inventario si quiere conservar la facultad de renunciar después de concluido este plazo (art. 1,456). Y, en el caso, el marido había renunciado inmediatamente; la renuncia era, pues, válida en la forma. ¿Lo era en el fondo? No, era una verdadera renuncia. Si la mujer tiene el derecho de renunciar es para ponerse al abrigo de las deudas de que está cargada la comunidad; renunciando abandona toda la comunidad al marido, el cual está obligado a pagar las deudas. ¿Puede el marido, como here-

dero de la mujer, renunciar cuando él es, en su calidad de marido, quien recoge los beneficios de esta renuncia puramente nominal? La Corte debió limitarse a decir que la renuncia del marido no era la que consagró el legislador; que el único objeto del marido era evitar los derechos debidos por la transmisión de dominio: esto no era la renuncia del Código Civil; era un acto hecho en fraude de los derechos del fisco, y nulo por tal motivo (1).

366. El art. 1,453 da el derecho de opción a los herederos de la mujer; éstos tienen, en general, todos los derechos que la ley concede a la mujer común. Esta es una aplicación del derecho común. Los herederos suceden a todos los derechos de su autor, luego también al de aceptar la comunidad o renunciarla. Se objeta que el derecho de opción es un privilegio y que éstos están ligados a la persona. Berlier contesta en la Exposición de los Motivos, que no se trata de un privilegio contrario al derecho concedido a título de favor a la mujer: “nada más justo, dice, que la facultad de que se trata; su justicia no sólo es relativa, es absoluta, y no pertenece menos a los herederos de la mujer que a ella misma. ¿Cuáles son, además, estos herederos? Lo más a menudo son los hijos del matrimonio, dignos, bajo este concepto, de todos los favores de las leyes” (2).

367. El art. 1,453 agrega que los legatarios de la mujer tienen igualmente el derecho de opción. ¿Quiénes son los legatarios? Troplong dice muy bien que si algunas veces las leyes son oscuras, a fuerza de ser con-

1 Casación, 9 de Marzo de 1842 (Daloz, en la palabra **Registro**, número 363). Denegada, 26 de Noviembre de 1849 (Daloz, 1850, 1, 92). En el mismo sentido, Aubry y Rau, t. V, pág. 413, nota 7, pfo. 517, y Troplong, t. II, pág. 5, núm. 1503.

2 Berlier, **Exposición de los Motivos**, núm. 20 (Loché, t. VI, pág. 392).

cisas, lo son también otras veces diciendo más de lo necesario. ¿No será por pura costumbre y por rutina como los autores del Código habían agregado la palabra *legatarios* en seguida de la palabra *herederos*? Es seguro que hay legatarios que no tienen el derecho de opción. La mujer vende sus derechos: ¿tiene el concesionario el derecho de aceptar o renunciar a la comunidad? La negativa es evidente, pues la mujer, al ceder sus derechos, acepta, puesto que dispone de su parte en la comunidad; estando consumada su opción, ya no transmite el derecho de aceptar o renunciar, cede los derechos que le pertenecen en virtud de su aceptación.

Hay, pues, que hacer a un lado a los legatarios a título particular. Quedan los legatarios universales; éstos se confunden con los herederos cuando son sucesores universales, tales como donatarios o legatarios. Los acreedores son legatarios universales en el sentido de que pueden ejercer todos los derechos de sus deudores (artículo 1,166). ¿Pero el principio del art. 1,166 se aplica al derecho de opción? Puede contestarse; trasladamos a lo que fué dicho en el título *De las Obligaciones*. La opinión general es que los acreedores de la mujer pueden aceptar en su nombre y consumir así su derecho de opción, puesto que, como consecuencia de la aceptación, no tendrá ya el derecho de renunciar. Esto conduce a consecuencias difíciles de admitir. La mujer puede aceptar sin hacer inventario: estará obligada, en este caso, *ultra vires*. ¿Pueden también los acreedores de la mujer aceptar sin hacer inventario, y quedará la mujer obligada *ultra vires*?

Hay que llegar hasta ahí si se reconoce a los acreedores de opción. Pero la consecuencia es inadmisibles y testifica en contra del principio. La ley que autoriza a

los acreedores a ejercer los derechos de sus deudores, no les permite seguramente que obliguen al deudor. Sólo queda uno obligado mediante consentimiento; y aceptar la comunidad es obligarse a pagar la mitad de las deudas. Esto decide la cuestión, en nuestro concepto (1).

Hay un caso en el que el acreedor puede aceptar en cierto sentido. El art. 1,464 lo dice: "Los acreedores de la mujer pueden atacar la renuncia que ésta hubiera hecho o sus herederos, en fraude de sus créditos, y aceptar la comunidad por su cuenta." Ellos aceptan *por sí*; la renuncia de la mujer subsiste; no queda, pues, obligada por la aceptación que harán los acreedores. En virtud del art. 1,167 es como obran los acreedores, más bien que en virtud del art. 1,166. Transladamos a lo que fué dicho en el título *De las Sucesiones*, acerca del artículo 788 del cual el 1,464 es una aplicación.

368. ¿Tienen los acreedores de la mujer el derecho de renunciar a la comunidad? Esto se entiende difícilmente. El art. 1,166 bien da a los acreedores la facultad de ejercer los derechos de sus deudores, pero no les permite despojar a su deudor de un derecho que le pertenece; y al renunciar en nombre de la mujer, los acreedores le impedirían aceptar.

Suponemos que la mujer acepte sin hacer inventario: estará obligada *ultra vires*. ¿Pueden los acreedores atacar su aceptación y, por consiguiente, renunciar a la comunidad en nombre de la mujer? La cuestión es discutible y dudosa; volveremos a tratarla.

La mujer no acepta ni renuncia, se abstiene. Se admite en este caso que los acreedores pueden renunciar. El art. 1,453, se dice, es demasiado positivo para que se les pueda negar esta facultad. Debe deducirse que los

1 En sentido contrario, Aubry y Rau, t. V, pág. 413, pfo. 517.

acreedores pueden quitar a la mujer un derecho que tiene por una convención; esto nos parece inadmisible, porque es contrario al art. 1,166, en virtud del cual obran los acreedores. Lo mismo pasa si la mujer muere sin haber elegido (1). Nuestra objeción vuelve a presentarse, en lo que se refiere a los herederos, si tienen el derecho de opción. ¿Pueden los acreedores quitarles una parte de sus derechos ejerciendo la otra? Esto nos parece imposible. No insistiremos en estas dificultades que sólo se discuten en la escuela; la práctica no las toma en cuenta.

§ II.—DE LA ACEPTACIÓN.

369. La aceptación de la comunidad es un acto análogo a la aceptación de la herencia: cuando la mujer acepta, manifiesta la voluntad de ser mujer común, y se obliga para con los acreedores de la comunidad, así como el sucesible manifiesta, al aceptar, la voluntad de ser heredero y se obliga para con los acreedores de la heredad. El hecho jurídico es el mismo; hay sólo esta diferencia: que la mujer no es heredera, es socio de su marido: sin embargo, puede suceder que la fortuna del marido haya entrado en la comunidad; aunque sin ser heredera, la mujer tomará la mitad de estos bienes; toma, en todo caso, la mitad de la fortuna mueble del marido. Hay, pues, de hecho como de derecho, una gran analogía entre la situación de la mujer común y la del heredero. Por esto los mismos principios rigen la aceptación de la comunidad y la aceptación de la herencia. Como hemos ya tratado esta materia en el título *De las Sucesiones*,

1 Troplong, t. II, pág. 4, núms. 1499 y 1502. Consúltense Rodière y Pont, t. II, pág. 440, núm. 1151.

transladaremos en otro punto a lo que fué dicho en ella. Notemos sólo la diferencia capital que existe entre la mujer común y el heredero. Este puede aceptar pura y simplemente, o bajo beneficio de inventario, mientras que la ley nada dice de una aceptación beneficiaria en el capítulo de la *Comunidad*. La mujer común goza, en tal calidad, del beneficio de emolumento, el que, por las ventajas que tiene, equivale al beneficio de inventario. Pero para el heredero el beneficio de inventario es una excepción, desde el punto de vista de los verdaderos principios, es una anomalía; por el derecho común el heredero representa a la persona del difunto y está obligado por sus deudas como lo está cualquier deudor personal indefinidamente. No pasa así con la mujer común. No representa a nadie, es socio, obligada a las deudas con este título, y en el rigor del derecho, obligada como si las hubiera contraído personalmente, luego *ultra vires*. Pero la ley deroga el derecho común. La mujer nunca fué asociada en realidad; extraña a la comunidad, sólo está obligada a las deudas porque acepta la comunidad y porque recoge la mitad de los bienes; debe, pues, estar obligada hasta concurrencia de los bienes que recoge; sería enteramente inicuo que debieran soportar sus bienes las deudas que el marido contrae sin ella. Es, pues, por razón de su dependencia por lo que la mujer está obligada sólo hasta concurrencia de su emolumento; y como su dependencia es inherente a su calidad de mujer común, debe decirse que goza por derecho pleno del beneficio de emolumento. No tiene obligación de hacer una declaración cualquiera; si la ley la obliga al inventario, es con el fin de impedir que comprometa la prenda de los acreedores con su negligencia o con su mala fe. Se deduce de esto que no hay para la mu-

jer dos maneras de aceptar la comunidad, ya sea pura o simplemente, ya bajo beneficio de inventario. Su aceptación siempre es pura y simple, pero produce los efectos de una aceptación benéfica, bajo la condición de que la mujer haga inventario y rinda cuenta a los acreedores con todo cuanto recibió a título de mujer común.

Núm. 1.—De las condiciones requeridas para la aceptación.

370. Estas condiciones son las que la ley y la doctrina exigen para la aceptación de una herencia. Nos limitaremos a hacer algunas aplicaciones del principio. Pothier dice que si la mujer había tomado la calidad de *común* en alguna acta hecha durante la comunidad, este hecho no implicaría su aceptación: no abriéndose el derecho de la mujer sino por la disolución de la comunidad, la mujer no pudo antes aceptar una comunidad en la que no tenía aun derecho formado (1). Debe agregarse que en principio la mujer es realmente asociada, por lo mismo, común durante la comunidad; puede pues, tomar la calidad de común sin que se pueda inducir que creyó aceptar; aceptar es ejercer el derecho de opción, y la mujer sólo puede ejercer este derecho cuando está abierto, y no se abre sino en la disolución, como lo dice el art. 1,453. En nuestro concepto así es, aunque la comunidad esté disuelta por la separación de bienes; es decir, que la mujer no puede renunciar o aceptar sino cuando la separación queda declarada (núm. 352).

371. Los tribunales olvidan a veces los principios elementales que rigen la aceptación cuando se trata de la comunidad. Una sentencia de la Corte de Lieja supo-

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 536.

ne que la mujer puede todavía aceptar después de haber renunciado (1). En principio esto es imposible, pues renunciar es ejercer el derecho de opción; la mujer que renuncia consume su derecho, se hace extraña a la comunidad, ¿y cómo había de aceptar una comunidad en la que ya no tiene ningún derecho? El art. 790 deroga este principio en materia de sucesión; pero basta leer el artículo para convencerse de que sólo puede aplicarse a la aceptación de una herencia. Desde que renuncia la mujer, los bienes de la comunidad se vuelven patrimonio del marido o de sus herederos. Mejor dicho, siempre fué el marido el propietario exclusivo. ¿Puede depender de la mujer el quitar estos bienes al marido cuando forman parte de su patrimonio? La mujer no puede, pues, volver sobre su renuncia, pues esto sería atacar los derechos del marido.

Por identidad de razón, la mujer que acepta la comunidad no puede ya renunciarla. Ella también consumó su opción y no puede volver sobre su hecho (2). La cuestión tiene un grande interés para los herederos del marido si la mujer ha aceptado sin formar inventario. Pero aunque lo hubiese hecho se ha vuelto definitivamente mujer común por su aceptación; no depende de ella el romper el contrato de sociedad que formó al casarse y que consolida al aceptar.

372. ¿Puede la mujer menor aceptar la comunidad? Ni siquiera puede presentarse esta cuestión en lo que se refiere al *derecho* de aceptar. Este derecho es de la esencia misma de la comunidad; pertenece, pues, a cualquiera mujer casada; por lo tanto, a la mujer menor. El art. 1,455 lo supone; dice que la mujer *mayor* no pue-

1 Lieja, 27 de Enero de 1841 (*Pasicrisia*, 1841, 2, 324).

2 Bruselas, 10 de Marzo de 1847 (*Pasicrisia*, 1847, 2, 243).

de hacerse *restituir* contra su aceptación si no hubo dolo por parte de los herederos de su marido; lo que implica que la mujer *menor* puede hacerse *restituir*, por consiguiente, puede aceptar (1); en efecto, la palabra *restituir* es una expresión técnica que sólo se emplea para los menores. Si la mujer menor puede hacerse *restituir*, es por razón de su menor edad. Es, pues, necesario que haya alguna cosa especial para la mujer menor. Ella está emancipada por su matrimonio, pero permanece incapaz, excepto para los actos de pura administración (artículo 484); y la aceptación de la comunidad no es un acto de pura administración, puede ser ruinoso para la mujer si no hace inventario, y aun cuando lo hiciera siempre tendría interés en no aceptar si la comunidad es mala o si estipuló la devolución de lo que aporta en caso de renuncia. Síguese de esto que la mujer menor es incapaz para aceptar, aunque tiene derecho para ello. Esto es decir que su incapacidad debe cubrirse. ¿Pero cómo se cubrirá? Acerca de este punto la ley nada dice; hay, pues, que aplicar por analogía a la aceptación de la comunidad lo que dice el art. 776 de la aceptación de una sucesión: sólo puede hacerse con la autorización del consejo de familia. Esta es una consecuencia del artículo 484, que asimila al menor emancipado al no emancipado para todos los actos que pasan de pura administración (2). La asistencia de su curador no basta como se ha escrito (3); en teoría, la ley habría podido conformarse con esta asistencia, puesto que la aceptación de la comunidad no tiene las graves consecuencias que trae

1 Godière y Pont, t. II, pág. 313, núm. 1037.

2 Aubry y Rau, t. V, pág. 416, nota 20, pfo. 517 (4.ª edición).

3 Mourlón, t. III, pág. 89, núm. 210.

la aceptación de una sucesión, aunque se haga bajo beneficio de inventario; pero no conteniendo la ley ninguna disposición especial a este respecto, queda uno obligatoriamente bajo el imperio del art. 484 combinado con los arts. 461 y 776.

373. ¿Puede la mujer aceptar bajo condición a plazo o en parte? Presentamos la cuestión porque algunos buenos autores la plantean (1). Pero, en verdad, ¿para qué? ¿Se ha visto acaso alguna vez semejante aceptación parcial, condicional o a plazo? Dejemos este asunto escolástico; las cuestiones serias tomadas de la vida real no nos faltan. Transladamos a lo que fué dicho en el título de las *Sucesiones*.

Núm. 2.—¿Cuándo debe o puede hacerse la aceptación?

374. Deben distinguirse las varias causas que dan lugar a la disolución de la comunidad. Ordinariamente ésta se disuelve por la muerte. En este caso, la ley no fija el plazo en el que deba aceptarse la comunidad; la mujer permanece bajo el imperio del derecho común, según el cual todo derecho puede y debe ejercer en el plazo de treinta años (art. 2,262). Pothier lo dice: “Mientras la mujer o sus herederos no sean apremiados para que hagan la elección de aceptar o renunciar la comunidad, siempre tienen tiempo para hacerlo; el marido supérstite que ha permanecido solo en posesión de los bienes de la comunidad, no puede oponer a los herederos de la mujer sino la prescripción de treinta años, cuando no corre contra menores” (2). ¿Por qué dice

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 416, nota 17, pfo. 517. Rodière y Pont, t. II, pág. 330, núm. 1061.

2 Pothier, *De la comunidad*, núm. 534. Aubry y Rau, t. V, pág. 427, nota 17, pfo. 516 y todos los autores.

DE LA COMUNIDAD LEGAL.

469

Pothier “mientras la mujer o sus herederos no estén apremiados?” El marido o sus herederos tiene el derecho de pedir la partición de la comunidad, y cuando la pide la mujer debe naturalmente declararse y decir si acepta o renuncia. Nadie está obligado a quedar en indivisión (art. 815); teniendo los copropietarios de la mujer derecho de promover, ésta no puede oponerles que tiene treinta años para declararse. Los acreedores poseen igualmente el derecho de apremiar a la mujer, y por este apremio la mujer debe tomar calidad, aceptar o renunciar, a no ser que se encuentre aún en el plazo que la ley le concede para hacer inventario y deliberar.

375. La viuda tiene un plazo de tres meses para formar inventario, y cuarenta días para deliberar acerca de su aceptación o renuncia, plazo que el tribunal puede prorrogar según las circunstancias (arts. 1,457 y 1,458). Ateniéndose al texto de la ley se podría creer que la mujer *debe* renunciar en los tres meses y cuarenta días después de la muerte de su marido; esto es una mala redacción que la misma ley corrige agregando en el art. 1,459 que “la viuda que no ha hecho su renuncia en este plazo no pierde la facultad de renunciar si no se ha inmiscuido y que ha hecho inventario; sólo que puede ser perseguida como común hasta que haya renunciado y debe pagar los gastos hechos contra ella hasta su renuncia.” Se ve con qué objeto la ley prescribe el plazo de tres meses y cuarenta días; la mujer no está obligada a aceptar o renunciar en este plazo, pero mientras no expire puede rechazar la acción de los acreedores por una excepción dilatoria. La ley no lo dice en el capítulo de la *Comunidad*; hay que completar la disposición que acabamos de transcribir con el art. 797 en el título de las *Sucesiones*, siendo la situación y los principios idénticos.

Si la mujer renuncia al concluir el plazo legal o prorrogado, los gastos que los acreedores habían hecho no estarán a su cargo. Cuando ha fenecido el plazo la mujer no tiene ya excepción, debe tomar calidad y entonces soportar los gastos que los acreedores hacen por sus promociones si renuncia.

376. La ley dice que la mujer que hizo inventario conserva el derecho de renunciar; conserva, pues, su derecho de opción (arts. 1,456 y 1,459); no se dice durante qué plazo. El art. 2,262 lo fija para el ejercicio de cualquier derecho: “toda acción prescribe en el plazo de treinta años.” Debe, pues, aplicarse a la viuda lo que el art. 789 dice del sucesible: “La facultad de aceptar o renunciar la comunidad prescribe en el tiempo requerido para la prescripción mayor de los derechos inmuebles.” Se conocen las interminables controversias a las cuales dió lugar esta disposición; trasladamos a lo que fué dicho en el título de las *Sucesiones*. La mujer permanece treinta años sin decidir: ¿es aceptante o renunciante? Contestaremos como lo hemos hecho para los sucesible: que se ha vuelto extraña a la comunidad; no tiene ya derechos que ejercer. Ha sido sentenciado que la viuda o sus herederos están como si hubiesen aceptado la comunidad cuando han permanecido más de treinta años sin resolver (1). Los términos de la sentencia implican una presunción, y no hay presunción sin texto terminante que la establezca: ¿dónde está la ley que supone a la mujer aceptante después de treinta años? La Corte de París cita el art. 789, pero le hace decir lo que no dice. El art. 789 no establece ninguna presunción; no declara que el sucesible esté como si hubiera aceptado cuando no

1 París, 11 de Agosto de 1825 (Dalloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 2171). Consúltase Troplong, t. II, pág. 5, núm. 1508.

DE LA COMUNIDAD LEGAL

471

ha renunciado en el plazo de treinta años; la ley aplica al derecho hereditario el principio general de la prescripción. Asimismo, el derecho de la mujer común en bienes prescribe por treinta años; es decir, que fenecido este plazo ésta queda sin derecho.

377. Si la comunidad ha sido disuelta por el divorcio o la separación de cuerpos, la mujer debe aceptar en el plazo de tres meses y cuarenta días; si no, está como si hubiese renunciado (art. 1,463). Volveremos a hablar de esta disposición que, en opinión general, se aplica a la separación de bienes.

Núm. 3.—¿Cómo se hace la aceptación?

I.—De la aceptación expresa o tácita.

378. La aceptación de la comunidad, así como la de la herencia, es expresa o tácita. Es expresa cuando la mujer toma la calidad de común por una acta (artículo 1,455); debe agregarse, como lo hace el art. 778 para el sucesible, que el acta puede ser auténtica o privada. El principio es idéntico para el sucesible y para la mujer común: trasladamos a lo que fué dicho en el título de las *Sucesiones*. Según el art. 1,454, la aceptación es tácita cuando la mujer se ha *inmiscuido en* los bienes de la comunidad; la ley agrega que los actos puramente administrativos o conservatorios no implican inmisión. La ley establece los mismos principios que para la aceptación tácita de una herencia. Sin embargo, existe una diferencia que distingue la situación de la mujer; hay que detenerse en ella.

Pothier define la aceptación tácita como el Código lo hace en materia de sucesión. Aceptar la comunidad es

manifestar la voluntad de ser mujer común; esta voluntad puede expresarse mediante hechos. ¿Cuál es el carácter del hecho para que pueda inducirse de él la voluntad de aceptar? Es necesario, dice Pothier, que el hecho sea tal que suponga *necesariamente* que la mujer tuvo voluntad de ser común (1). El Código llama a este hecho un acto de *inmisión*; la expresión es romana (2) y vaga por sí misma: intervenir en la administración provisional de la comunidad, hacer actos conservatorios, es según el lenguaje ordinario, *inmiscuirse* en los bienes de la comunidad, pero no es *inmiscuirse* en el sentido técnico de la palabra, pues la ley tiene el cuidado de explicar que los actos puramente administrativos o conservatorios no implican inmisión. Estos son también los términos del art. 776. Para determinar cuáles actos implican aceptación y cuáles no, hay, pues, que distinguir: los actos conservatorios no son actos de inmisión; lo mismo pasa con los actos *puramente administrativos*, lo que supone que los actos de disposición implican aceptación. Hay aquí una ligera diferencia entre la mujer común y el sucesible. Este se encuentra pocas veces en posesión de los bienes; cuando dispone, pues, de una cosa de la heredad, ejecuta generalmente acto de heredero. La mujer, al contrario, cuando viuda está en posesión; debe conservar y administrar los bienes comunes mientras toma calidad. Y sucede frecuentemente que un acto de disposición sea en realidad una medida conservatoria. Pothier lo hace notar: "Obsérvase, dice, que la viuda está de derecho propuesta para guardar y conservar los efectos de la comunidad antes que determine su elección de aceptar o renunciar; por esto es que cuanto hace para

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 357.

2 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 270, núm. 108 bis.

la conservación de los bienes de la comunidad no debe tomarse como acto común: como cuando vende efectos que pueden deteriorarse o que se ve obligada a vender para evitar la pérdida de otros.” vender es un acto de disposición, pero, en el caso, la venta tiene por objeto conservar. Por la misma razón, continúa Pothier, cuando la viuda de un comerciante al por mayor o de un artesano, continúa, después de la muerte de su marido y antes de tomar calidad, con su tienda abierta y vendiendo en ella mercancías, no es por inmiscuirse, aunque venda efectos de la comunidad, pues hace esto para no ahuyentar a los parroquianos y para conservar el fondo de comercio que depende de la comunidad (1).

379. Pueden verse en los autores los ejemplos que se citan habitualmente para distinguir los actos de inmisión y los de conservación y administración (2). Tomaremos de la jurisprudencia algunas aplicaciones.

Una mujer separada de bienes pide y obtiene la entrega de su ropa y su cama, a más de un ropero, una cómoda, un espejo y algunas sillas; dos años después renuncia. No tenía derecho al exiguo mobiliar que había tomado además de su ropa; en estricto derecho se la debía considerar como aceptante, puesto que recibía bienes que formaban parte del activo; tampoco lo tenía como renunciante, luego podía decirse que era aceptante. Pero la aceptación es, ante todo, una cuestión de intención; y, en el caso, la mujer no tenía la voluntad de aceptar: si reclamaba los objetos que acabamos de enumerar era porque los había llevado al casarse, y en su ignorancia de las leyes creíase con derecho a recla-

1 Pothier, **De la comunidad**, núm. 541.

2 Pothier, **De la comunidad**, núms. 538-545. Durantón, t. XIV, pág. 573, núm. 439. Rodière y Pont, t. II, pág. 320, núms. 1048-1051. Troplong, t. II, núms. 1511-1519, 1523-1526.

marlos. No había, pues, inmisión, todo cuanto podía decirse es que la mujer debía restituir los objetos muebles que había tomado o pagar su valor descontando sus devoluciones. En este sentido fué como la Corte de Rouen decidió la contienda (1).

Generalmente el hecho de tomar o recibir lo que hace parte de la comunidad es un acto de inmisión. Después de la muerte de su marido, una viuda recibe las rentas de una casa perteneciente a la comunidad; recibe los réditos de una renta y lo que se debe a su marido por sus funciones en un empleo del gobierno provincial. Fué sentenciado que la viuda se había inmiscuido en los bienes de la comunidad, puesto que se los había apropiado: ejecutando acto de propietaria debía considerarse como tal, y, por consiguiente, aceptaba tácitamente la comunidad, porque sólo esta aceptación le daba derecho de obrar como propietaria. Se objetaba que éstos eran actos de administración y conservación. La Corte contestó que no existía ningún peligro en retardar estas entradas de fondos; si la mujer quería renunciar debía haberse abstenido y dejar obrar a los herederos de su marido (2).

380. Cuando la mujer separada de cuerpos ha concluido en su escrito de introducción de instancia con la liquidación de la comunidad, y, además, reitera su pedido en el curso del proceso de separación; en fin, cuando después de la sentencia presentó al juez del conocimiento solicitud para que el notario proceda a la liquidación, ha manifestado claramente su voluntad en ser mu-

1 Rouen, 10 de Julio de 1826 (Dalloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 2250).

2 Bruselas, 10 de Marzo de 1847 (**Pasicrisia**, 1847, 2, 243). Consúltase Bruselas, 20 de Mayo de 1826 (**Pasicrisia**, 1826, pág. 155, y Dalloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 2106).

jer común. En nuestra opinión (núm. 352) se debiera haber apartado los hechos anteriores a la sentencia, puesto que la mujer no puede manifestar la voluntad de aceptar una comunidad que no está aún disuelta, y sólo lo hace posteriormente a la sentencia: pedir la liquidación de la comunidad disuelta es seguramente expresar la voluntad de aceptarla.

Cuando la comunidad es disuelta por la separación de cuerpos o por el divorcio, hay una dificultad especial; mejor dicho, una objeción sin fundamento. El art. 1,463 dice que la mujer está como si renunciara cuando no ha aceptado en el plazo de tres meses y cuarenta días. Se ha pretendido que esta aceptación debía ser expresa. La ley no exige esto y no habría ninguna razón para exigirlo. Aceptar tácitamente es también aceptar, y desde que la mujer divorciada o separada ha manifestado legalmente su voluntad de aceptar, no se le puede ya oponer una presunción de renuncia; presunción que, en verdad, no lo es, como lo diremos más adelante. La ley se funda en el silencio de la mujer para inducir que acepta; y no se puede decir que la mujer guarde silencio cuando acepta tácitamente, pues los hechos hablan también (1). La jurisprudencia está en este sentido (2).

381. Es a menudo difícil decidir si un acto implica o no inmisión. Se pregunta si el juez puede autorizar a la mujer para que haga lo que crea necesario para la conservación de los bienes o para su administración. Pothier da a la mujer el consejo de pedir la autorización con el fin de evitar discusión. Agrega que la

1 Véanse los autores citados por Aubry y Rau, t. V, pág. 415 y nota 14, párrafo 517.

2 Paris, 2 de Mayo de 1850 (Daloz, 1850, 2, 186). Consúltense Denegada, 10 de Noviembre de 1845 (Daloz, 1845, 1, 428), y 14 de Marzo de 1855 (Daloz, 1855, 1, 62).

mujer obrará prudentemente protestando que sólo ejecuta el acto para la conservación de los bienes de la comunidad y sin perjuicio de sus derechos. Los autores modernos siguen esta opinión, cuando menos en lo que toca a la autorización del juez (1). En nuestro concepto, la protesta sería inoperante y el recurso al juez inútil. Sin duda aceptar es un acto de voluntad; pero cuando la mujer ejecuta un acto como la enajenación de un bien común, que supone necesariamente la voluntad de aceptar, por más que proteste se le contestará que sus palabras no están acordes con sus hechos y que, por lo tanto, su protesta es ineficaz. En cuanto al juez no tiene el derecho de intervenir en los negocios de los particulares mientras que no hay contienda que decidir. Es por pura excepción por lo que la ley le da atribuciones que pertenecen a la jurisdicción voluntaria. Fuera de estas excepciones los tribunales son incompetentes para conceder una autorización cualquiera. Transladamos a lo que fué dicho en el título *De las Sucesiones*.

II.—De la malversación de los efectos de la comunidad.

382. El art. 1,460 dice: “La viuda que ha dilapidado o retenido algunos efectos de la comunidad, será declarada común, no obstante su renuncia; lo mismo sucederá con sus acreedores.” El art. 1,477 contiene también otra disposición sobre este punto: “El esposo que hubiese malversado o detenido algunos efectos de la comunidad, queda privado de su parte en dichos efectos.” Hemos encontrado análogas disposiciones en el título *De*

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 541. Duratón, t. XIV, pág. 574, número 441. Aubry y Rau, t. V, pág. 414 y nota 11, pfo. 517. Rodière y Pont, tomo II, pág. 320, núm. 1047. Troplong, t. II, pág. 8, núm. 1520.

las Sucesiones. Según el art. 792, los herederos que hubiesen malgastado o detenido efectos de una sucesión, pierden el derecho de renunciarla: permanecen herederos puros y simples, no obstante su renuncia, sin poder pretender parte alguna en los objetos dilapidados o retenidos.

Hay una diferencia entre la malaversación de los efectos de una sucesión y la de los efectos de la comunidad. Todo heredero está llamado a aceptar o renunciar, luego todo heredero que malgasta un efecto de la heredad incurre en la doble pena pronunciada por la ley; pierde la facultad de renunciar y el derecho sobre los efectos que malgastó o retuvo. En caso de comunidad, la mujer sola tiene derecho de aceptar o renunciar, ella también se castiga con la doble pena declarada por la ley. En cuanto al marido, es necesariamente aceptante; no puede, pues, incurrir en la pérdida de la facultad de renunciar que no le pertenece; si malversa un efecto de la comunidad, sólo le alcanza la pena marcada por el art. 1,477. Esta pena es común a ambos esposos; en la aplicación del art. 1,477 es en donde se presentan las numerosas disputas de que están llenos los *Repertorios*. Aplazaremos, por este motivo, al capítulo *De la Partición*, lo que tenemos que decir de la malversación y de la ocultación, limitándonos por ahora a los principios que se refieren particularmente a la mujer.

383. ¿Qué son la malversación y la ocultación? Traducamos al título *De las Sucesiones* (t. IX, número 335) y a lo que diremos más adelante al explicar el art. 1,477. El carácter esencial que constituye la malversación es la intención fraudulenta; la mujer que distrae u oculta un efecto de la comunidad quiere apropiárselo en perjuicio de los herederos del marido; este es

un delito criminal, pero importa observar que el Código Civil no considera tal cosa como un robo; no es, pues, necesario que este hecho presente el carácter de un delito criminal, basta que haya delito civil; es decir, dolo o fraude. La consecuencia del delito es que la mujer es *declarada común* no obstante su renuncia. La mujer sólo puede ser común en virtud de una aceptación. ¿Quiere esto decir que el hecho de la disipación equivalga a una aceptación tácita? El texto del Código prueba lo contrario: supone que la mujer, después de haber malversado, renuncia; luego al distraer no tenía intención de aceptar. El divertimiento no es, pues, una aceptación. ¿Cómo conciliar la disposición del art. 1,460 con la realidad de las cosas? La mujer no tuvo voluntad de aceptar y, sin embargo, ella es común. Sólo hay un medio de explicar el derecho cuando se halla en oposición con el hecho, es considerarlo como una ficción. En efecto, el legislador tuvo que ocurrir a una ficción, si no habría tenido que tratar a la mujer como culpable de un delito criminal. Las relaciones íntimas que existen o existían entre esposos, ordenan la indulgencia y la reserva. Se supone, pues, que la mujer dispuso de los objetos de la comunidad como mujer común. Pero, a la vez, la ley la castiga con una doble pena. Esto es, pues, una aceptación impuesta a título de pena. El Relator del Tribunalado explicó la ley en este sentido: “El esposo que malversa u oculta efectos de la comunidad es culpable. Pero la decencia pública, el recuerdo del lazo augusto que acaba de romper, o la dignidad del matrimonio que algunas veces aun subsiste, no permiten emplear aquí, ni la idea, ni el nombre, ni la promoción de un delito” (1).

1 Duveyrier, Informe, núm. 41. Loeré, t. VI, pág. 246). Consúltense tomo IX de estos Principios, pág. 431, núm. 334; y Durantón, t. XIV, pág. 575, núm. 442, Troplong, t. II, pág. 19, núm. 1560.

384. La ficción de la aceptación resultante de un divertimento, da lugar a una dificultad cuando la mujer es menor. ¿Se le aplica la pena del art. 1,460? Hay controversia. Transladamos a lo dicho en el título *De las Sucesiones* (t. IX, núm. 338); la cuestión es idéntica. Las palabras de Duveyrier que acabamos de transcribir prueban que hay delito; pero el legislador no lo quiere calificar así, no obstante infligir una pena al esposo culpable. Esto dirime la cuestión. La aceptación es una ficción; en realidad hay un delito, cuando menos civil; y los menores no tienen que ser restituidos por las obligaciones resultantes de sus delitos o cuasidelitos (1).

385. La ley supone que la mujer renuncia después de haber ocultado; declara a la mujer común en bienes, no obstante su renuncia. ¿Quiere esto decir que los herederos del marido estén obligados a considerar a la mujer como aceptante, o pueden pedir que la renuncia de la mujer sea sostenida? Se enseña que los herederos del marido tienen elección de tratar a la mujer como aceptante o como renunciante (2). Esto nos parece dudoso. La ley establece una ficción por interés de la decencia pública: prefiere ver en la mujer culpable un esposo común en bienes mejor que un ladrón.

Si los herederos del marido tuvieran el derecho de sostener la renuncia de la mujer, ¿qué resultaría? La mujer renunciante se halla como si nunca hubiese sido común; se habría, pues, apropiado, sin razón aparente, efectos pertenecientes al marido o a sus herederos: debería restituirlos y quedaría manchada con un delito, podría ser demandada criminalmente. Esta de-

1 Véanse, en sentido contrario, los autores por Aubry y Rau, t. V, pág. 422, nota 37, pfo. 517, y por Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 2205.

2 Bellot des Minières, t. II, pág. 287 y siguientes, y todos los autores.

manda, este escándalo, es lo que quiso evitar la ley. Hay objeciones serias. Si los herederos del marido deciden tratar a la mujer como renunciante, es porque la comunidad que la mujer creía mala, puesto que la renunció, encuentra que es ventajosa: la ley quiso castigar a la mujer declarándola aceptante y obligándola por consiguiente a soportar *ultra vires* la mitad de las deudas que le tocan; y he aquí que la mujer culpable viene a decir: soy mujer común y tomo mi parte en la comunidad que intenté despojar. Este resultado es seguramente contrario a las previsiones del legislador; en lugar de declarar aceptante a la mujer, debió haber dado a los herederos del marido el derecho de elegir, pero no lo hizo así; el texto y el espíritu de la ley se oponen, en nuestro sentir, a que la ficción del art. 1,460 pueda descartarse.

¿Es aplicable el art. 1,460 cuando la mujer ha distraído los efectos de la comunidad antes de la muerte de su marido? Debe aplicarse a la viuda, por analogía, lo que hemos dicho en el título *De las Sucesiones* del heredero que ha malversado antes de la apertura de la herencia (t. IX, núm. 339).

386. Si la mujer oculta después de haber renunciado, la ficción se hace imposible, pues por su renuncia se ha vuelto extraña a la comunidad; no malversa, despoja a los herederos del marido con lo que ha substraído. Se vuelve al derecho común: los herederos del marido tendrán contra la mujer la acción procedente del delito criminal o del delito civil de que se haya hecho culpable (1).

387. El art. 1,460 supone que la viuda es quien ha

1 Véase el t. IX de estos *Principios*, pág. 440, núm. 339. Consúltense *Duranton*, t. XIV, pág. 575, núm. 443, y todos los autores, excepto *Troplong* (*Aubry y Rau*, t. V, pág. 421, nota 36, pfo. 517).

malversado. Cuando la comunidad se halla disuelta por el divorcio, la separación de cuerpos o la separación de bienes, la mujer no está en posesión de la herencia, es el marido el que posee, puede vigilar sus intereses e impedir cualquiera substracción. Sin embargo, puede suceder que la mujer substraiga y después renuncie, o que se le repunte renunciante en vista de su silencio durante el plazo de tres meses y cuarenta días. ¿Se le aplicará la disposición del art. 1,460? Hay dos motivos que parecen oponerse a ello. La disposición es penal y las penas no se extienden; se puede contestar que la pena es más bien un acto de indulgencia, puesto que impide que se demande a la mujer por delito. Esta es, pues, una disposición de favor que debe aprovechar a la mujer divorciada, separada de cuerpos o de bienes, porque hay las mismas razones.

La mujer que malversa se supone que acepta por una ficción de la ley: ¿se extienden las ficciones? No, pero en el caso debe verse en provecho de quién se establece la ficción; no es a la *viuda* a quien la ley creyó cubrir con su protección, la viuda no tiene excusa cuando el mismo día de la muerte de su marido piensa en despojar a la comunidad. La ley quiere poner al abrigo de demandas a la mujer que ha sido casada o todavía lo es, como lo dice Duveyrier; en consecuencia, la ficción es general; si el artículo cita a la viuda, es porque en los que preceden se trata de la disolución de la comunidad por la muerte. Pero el art. 1,477 que continúa al 1,460, no establece ninguna distinción, castiga a cualquier esposo que malversa; luego se debe también entender en el mismo sentido el art. 1,460. Hay una sentencia, en sentido contrario, que Troplong aprueba (1).

1 Tolosa, 23 de Agosto de 1827 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 781). Troplong, t. II, pág. 23 núm. 1568.

III.—¿Cuándo puede ser atacada la aceptación?

388. Ya hemos dicho que en principio la aceptación es irrevocable; el art. 1,455 lo dice terminantemente al hablar de la aceptación expresa: “La mujer mayor que adquirió por acta la calidad de común, no puede ya renunciar ni hacerse restituir contra esta calidad, aunque la hubiese tomado antes de haber hecho inventario, si no hubo dolo por parte de los herederos del marido.” Lo que la ley dice de la aceptación expresa es también verdad respecto de la tácita; el art. 1,454 lo dice: “La mujer que se ha inmiscuido en los bienes de la comunidad ya no puede renunciarla.” El artículo no agrega que la mujer no puede hacerse restituir contra su aceptación, pero se comprende que así sea, puesto que no hay ninguna razón para que pueda volver sobre la opción que consumó al aceptar (1).

389. ¿La regla tiene excepción? Al decir que la mujer *mayor* no puede hacerse restituir contra su aceptación, el art. 1,445 supone que la mujer *menor* tiene este derecho. Esto es incontestable si se admite, y tal es la opinión general que la mujer menor es incapaz para aceptar si no es en las formas prescriptas por la ley. Si, pues, aceptó sin autorización del consejo de familia, podrá pedir la nulidad de su aceptación. Decimos que puede promover la *nulidad*. En efecto, hay formas prescriptas; tiene, pues, que aplicarse el principio del art. 484: la mujer menor emancipada se asimila al menor no emancipada y, por consiguiente, puede pedir la nulidad de la aceptación que ha hecho de la comunidad por inobservan-

1 Rodière y Pont, t. II, pág. 323, núm. 1054. Consúltase Colmet de Santerre, t. VI, pág. 271, núm. 209 bis II, que se expresa inexactamente, diciendo que la ley no declara irrevocable sino la aceptación expresa.

cia de las formas legales, sin que deba probar que está perjudicada; el acta es nula en la forma según el artículo 1,311, y no está sujeta a restitución. Transladamos a lo dicho en el título *De las Obligaciones* (1).

390. “La mujer mayor que adquirió calidad de común en un acta no puede hacerse restituir contra esta calidad si no hubo dolo por parte de los herederos del marido” (art. 1,445). Esta es una disposición análoga a la del art. 783; trasladamos al título *De las Sucesiones* por lo que mira al principio. Hay diferencias de redacción entre ambas disposiciones. El art. 783 habla de la aceptación expresa o tácita, mientras que el artículo 1,455 sólo se refiere a aceptación expresa. ¿Quiere esto decir que la aceptación tácita de la comunidad no pueda ser atacada por causa de dolo? No, seguramente. El dolo es un vicio de consentimiento, y ya sea tácita o expresa la aceptación implica el consentimiento de la mujer. Si el art. 1,455 no habla del consentimiento tácito, es por pura negligencia de redacción.

Existe otra diferencia entre ambos textos. El art. 783 anula la aceptación de una herencia en el caso en que haya sido la consecuencia de un dolo practicado contra los herederos; la ley no dice por quién debe ser practicado el dolo para que vicie la aceptación; hemos deducido de ésto que la aceptación de una sucesión puede ser atacada desde que es la consecuencia de un dolo, poco importa que éste haya sido consumado por un coheredero o por un acreedor (t. IX, núm. 354). El art. 1,455 parece estar concebido en términos restrictivos; admite el dolo como causa de restitución, pero agregando: “*Si no hubo*

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 416 y nota 21 (4ª edición).

dolo por parte de los herederos del marido.” ¿Qué debe decidirse si hubo dolo por parte de los acreedores? Desde el punto de vista de los principios no hay ninguna duda: la aceptación de la comunidad y la de la herencia son hechos idénticos, el dolo es un vicio idéntico; debe, pues, decirse que donde hay igual razón para decidir debe haber igual decisión. Hay, sin embargo, una razón para dudar: que la interpretación del art. 783 es discutido; ¿es la aplicación de los principios generales que rigen el dolo o es una derogación a estos principios? Recordemos que, según el art. 1,116, el dolo solamente es una causa de nulidad de las *convenciones* cuando las maniobras han sido practicadas por una de las partes. Según nuestra opinión, conforme al texto este principio sólo es aplicable a las convenciones y extraño a la aceptación de una sucesión o de una comunidad. No debe, pues, decirse, como se ha hecho (1), que el art. 1,455 aplica un principio general al exigir que el dolo haya sido consumado por los herederos del marido. Estos no son *partes* en la aceptación de la comunidad como no lo son los acreedores del marido, puesto que la aceptación es un hecho unilateral, una manifestación de la voluntad de la mujer que declara querer ser socio; y desde el momento en que la voluntad está viciada debe haber nulidad. Si el art. 1,455 nada dice de los herederos del marido es porque éstos tienen, sobre todo, interés en ejecutar maniobras fraudulentas para obligar a la mujer a que acepte. ¿Qué interés es éste? Se debe suponer que, por sus maniobras dolosas, conducen a la mujer a aceptar sin hacer inventario, pues si lo hace queda obligada a las deudas sólo hasta concurrencia de su emolumento; y en esta hipótesis los herederos del marido no tienen

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 271, núm. 109 bis III.

ningún interés en que la mujer acepte, puesto que quedan obligados a las deudas *ultra vires*, y deben, en todo caso, pagarlas, cualquiera que sea la resolución de la mujer; si el pasivo es de 20,000 francos y el activo de 10,000, los herederos del marido, en cualquiera hipótesis, deberán soportar la pérdida de 10,000 francos. Si la mujer acepta toma 5,000 francos del activo y sólo soporta las deudas hasta concurrencia de su emolumento; es decir, de esta suma los herederos del marido tendrán 5,000 francos de activo y 15,000 francos de deudas que pagar; luego resulta para ellos una pérdida de 10,000 francos. Si la mujer renuncia, los herederos tendrán los 10,000 francos de activo, y pagarán los 20,000 francos de deudas, de manera que su pérdida siempre será de 10,000 francos. Pero si llegan a conseguir que la mujer acepte sin hacer inventario ella deberá soportar la mitad de la deuda, 10,000 francos, aunque su emolumento sólo sea de 5,000; sólo falta por pagar 10,000 francos; los herederos ganan, pues, 5,000. Los acreedores también están interesados en que la mujer acepte sin inventario, pero sólo en el caso en que los herederos fuesen insolventes; la mujer será entonces deudora ilimitada por su parte en las deudas. Si los herederos son solventes, los acreedores no tienen ningún interés en la aceptación de la mujer; quizá sea por esta razón por la que el art. 1,455 no los menciona. Lo seguro es que los principios no dejan ninguna duda, y el texto debe interpretarse según los principios, puesto que no está concebido en términos restrictivos (1).

391. ¿Pueden los acreedores de la mujer atacar su aceptación en el caso en que hubiese aceptado en fraude de sus derechos? La cuestión se ha discutido. Pothier

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 416, nota 18 pfo. 517. Mareadé, t. V, pág. 607, núm. 11, del art. 1455. Mourlón, t. II, pág. 90, núm. 212.

la decide afirmativamente. Supone que la mujer ha estipulado la devolución de sus aportes, en caso de renuncia; si la comunidad es mala, la mujer debe renunciar para volver a tomar su dote mueble. En lugar de renunciar acepta para descargar a los herederos del marido con la devolución de lo aportado por ella; causa un perjuicio a los acreedores suyos. También los perjudicaría si aceptara sin hacer inventario. Se pregunta si los acreedores lesionados pueden atacar la aceptación como fraudulenta. Pothier no tenía ninguna duda en ello: los acreedores, dice, podrán hacer que se declare nula y fraudulenta la aceptación de la comunidad hecha por la mujer y, sin tenerla en cuenta, ejercer las devoluciones de lo aportado por ella, como deudora suya, abandonando a los acreedores del marido la parte de la mujer en la comunidad (1).

Creemos que debe seguirse la opinión de Pothier, bajo el imperio del Código, si se admite, como se sostiene generalmente, que los acreedores de la mujer pueden renunciar en nombre de su deudora (núm. 368). El artículo 1,167 da a los acreedores el derecho de atacar *las* *actas* hechas por sus deudores en fraude de sus derechos, esto es *cualquiera* *acta* fraudulenta y, por consiguiente, la aceptación de la comunidad si fué hecha en fraude de dichos derechos. Se objeta el art. 1,464 que da a los acreedores la facultad de atacar la renuncia de la mujer; dándoles el derecho de pedir la nulidad de la renuncia ¿no creará la ley que así les rehusa el derecho de pedir la nulidad de la aceptación? El 2º inciso del artículo 1,167 parece confirmar esta interpretación restrictiva, al disponer que los acreedores deben, en cuanto a sus derechos enunciados en el título del *Contrato de Ma-*

1. Pothier, *De la comunidad*, núm. 559.

trimonio, conformarse con las reglas que se prescriben en dicho título: ¿no es esto decir que los acreedores no tienen otros derecho que los que la ley les concede expresamente en el título del *Contrato de Matrimonio*? Separamos desde luego el art. 1,167 que no tiene la interpretación que acabamos de suponerle; trasladamos a lo que fué dicho en el título *De las Obligaciones* (t. XVI, núm. 474). En cuanto al art. 1,464 sólo aplica el principio general de la acción pauliana; no se puede inducir de él que el mismo principio no debe aplicarse a la aceptación de la comunidad, esto sería argüir con el silencio de la ley para derogar a la misma. Se pregunta por qué los autores del Código han dado una disposición tan terminante acerca de la renuncia, cuando guardan silencio respecto de la aceptación. Los autores contestan que siempre ha habido controversia acerca de las actas de renuncia: ¿se someten o no a la acción pauliana? En derecho romano se decidía la negativa, mientras que en derecho francés se decide la afirmativa; el Código quiso evitar toda clase de duda (1). Existe otra razón más sencilla y, por consiguiente, más probable. La aceptación fraudulenta casi es ya una teoría; se trata de ella en la escuela, pero se presenta raras veces en la práctica. Y los autores del Código son prácticos, han descuidado una cuestión que les parecía ociosa.

Creemos inútil entrar en la discusión de las razones que se exponen para la opinión contraria (2). Hay una objeción que no se hace y que nos parece más seria. Los acreedores consiguen anular la aceptación por fraudu-

1 Rodière y Pont, t. II, pág. 326, núm. 1057. Mourlón, t. III, pág. 90, número 214. Colmet de Santerre, t. VI, pág. 279, núm. 121 bis.

2 Lo que dice Troplong, (t. II, pág. 9, núm. 1529) es insignificante.

lenta; ¿qué harán después? Pothier dice que ejercerán los derechos de la mujer, su deudora; es decir, que renunciarán. Esto supone que tienen derecho para renunciar, lo que nos parece muy dudoso. La mujer, al aceptar, ha consumado su opción, no tiene ya derecho de ejercerla. Su aceptación subsiste en cuanto a ella, sólo es nula por interés de los acreedores. Para que éstos tuviesen el derecho de renunciar cuando no lo tiene ya su deudora, ¿no sería preciso un texto?

La jurisprudencia se ha declarado por la opinión generalmente sostenida (1).

IV.—Efecto de la aceptación.

392. Según el art. 777, la aceptación de una sucesión remonta al día de la apertura de la herencia. Pothier aplica el mismo principio a la aceptación de la comunidad. La aceptación de la mujer tiene un efecto retroactivo al día de la disolución de la comunidad, de manera que la mujer es reputada propietaria por indiviso por la mitad de todos los bienes de que la comunidad se hallaba entonces compuesta, así como de los frutos que se han percibido desde aquel tiempo y de todo lo que procede de dichos bienes (2). Sin duda la mujer es copropietaria de los que componen la comunidad cuando la disolución, ¿pero no remonta más allá su derecho? No se le puede comparar con el heredero; el sucesible adquiere un nuevo derecho que comienza con la muerte del que está llamado a suceder, mientras que la mujer es común en virtud de su contrato de matrimonio;

1 Denegada, 5 de Diciembre de 1838 (Daloz, en la palabra **Sucesión**, núm. 520), y 5 de Abril de 1869 (Daloz, 1869, 1, 239).

2 Pothier, **De la comunidad**, núm. 548.

no adquiere un derecho en la comunidad a la muerte de su marido, su derecho preexiste, es únicamente llamada a ejercer su facultad de opción. Puede renunciar, y en este caso nunca ha sido común. Puede aceptar y entonces, siempre ha sido común.

El mismo Pothier aplica este principio en pasivo. Por su aceptación, dice, la mujer se vuelve deudora, por su parte en la comunidad, de todas las deudas de la misma; está como si las hubiera contraído en su calidad de común juntamente con su marido. Luego es común antes de la disolución de la comunidad; y si es común para las deudas debe serlo para los bienes; es copropietaria como es codeudora en virtud de su calidad de socio; y esta calidad data desde la celebración del matrimonio; es decir, desde la convención por la cual, al casarse sin contrato, adoptó el régimen de la comunidad.

393. La mujer, a consecuencia de su aceptación, está como si hubiese tomado parte en todos los actos ejecutados por el marido como jefe de la comunidad. ¿Quiere esto decir que no pueda atacarlos por causa de fraude o de simulación? No, la retroacción de la aceptación es sólo una ficción; no debe extenderse a casos para los cuales seguramente no fué establecida. El marido despoja a la comunidad por un acto fraudulento: ¿se dirá que la mujer está como si hubiese concurrido a este acto y hubiese hablado en él como socio? Esto sería absurdo, no puede decirse que la mujer haya obrado en fraude de sus intereses; la ficción no debe conducir a un contrasentido. La mujer es parte en los contratos serios, no lo es en las actas celebradas contra ella; esto sería contradictorio. La mujer permanece ajena a estos actos como si fuere un tercero y, por consiguiente, tiene los derechos que pertenecen a un tercero; puede atacarlos

por causa de fraude y de simulación, mientras que no podría hacerlo si fuera parte en ellos.

La Corte de Casación lo sentenció así (1), pero formula mal el principio. Se lee en la sentencia que la mujer que acepta la comunidad está como si hubiese sido *representada* por su marido en las actas que hizo y que, por consiguiente, está obligada a respetarlas. La mujer está más que representada por su marido, es parte como socio; se halla, pues, lo mismo que si las hubiese hecho ella. Pero debe agregarse que esto es una ficción, y toda ficción debe ser sostenida dentro de los términos de la ley, porque es contraria a la realidad de las cosas: la verdad impera desde que no se está en los términos de la ficción.

394. No debe confundirse esta hipótesis con otra que parece análoga y que es enteramente distinta. Un padre vende a su hijo un bien de la comunidad; el acta es simulada y se halla hecha en fraude de los acreedores del marido y de la comunidad. La mujer muere: ¿sus herederos pueden atacar el acta? En el caso, el acta no estaba hecha en fraude de la mujer; ésta, por lo contrario, la había inspirado, era coautora, puede decirse cómplice; no tenía, pues, carácter para atacarla; lejos de esto, era responsable como cómplice del fraude. Y los herederos de la mujer no tenían más derecho que éste; luego no podían atacar las actas hechas con terceros que habían contratado dando fe al acta fraudulenta (2).

§ III.—DE LA RENUNCIA.

Núm. 1.—¿Cuándo puede renunciar la mujer viuda?

395. ¿Puede la viuda renunciar en el plazo de tres

1 Denegada, 31 de Julio de 1872 (Dalloz, 1873, 1, 340).

2 Denegada, 19 de Mayo de 1873 (Dalloz, 1874, 1, 23).

meses y cuarenta días sin haber hecho inventario? Hay controversia, aunque, en nuestro concepto, no haya ninguna duda. El art. 1,453 decide la cuestión. “Después de la disolución de la comunidad, la mujer tiene la facultad de aceptar o renunciarla.” La ley da este derecho a la mujer terminantemente, sin subordinar su ejercicio a la formación de un inventario. Puede aceptar inmediatamente y también puede renunciar sin hacer inventario. Es verdad que aceptando sin inventario la mujer no puede causar perjuicio a los acreedores, mientras que su renuncia sin inventario puede serles perjudicial, porque la mujer puede haber substraído efectos de la comunidad, lo que sería muy difícil probar, no constando en ninguna acta la consistencia y el valor de los muebles de dicha comunidad. El legislador debió haber tenido en cuenta el interés de los acreedores y exigir que la mujer hiciera inventario antes de renunciar. Pero no lo hizo.

En el antiguo derecho la mujer estaba obligada a formar inventario aun cuando renunciara en el plazo de tres meses y cuarenta días. La razón es, dice Pothier, que la mujer viuda se encuentra en posesión de todos los efectos de la comunidad; se necesita, pues, que justifique, si quiere renunciar, que abandona a los herederos del marido y a los acreedores todos los efectos que pertenecen a la comunidad, pues la mujer renunciante pierde toda clase de derecho sobre los bienes de la comunidad, hasta sobre el mobiliar que entró por su parte (1).

Merlín ha sostenido que el Código había consagrado el derecho antiguo. El gran jurisconsulto es sospechoso cuando se trata de tradición, es tradicionalista exagerado y muchas veces se ha equivocado queriendo sostener

1 Pothier, **De la comunidad**, núm. 560.

el derecho antiguo abrogado por el Código. En el caso, es su error palpable; basta confrontar el texto de la costumbre de París y el texto del art. 1,456. El art. 237. de la costumbre dice así: "Es lícito a toda mujer renunciar, después de la muerte de su marido, a la comunidad, *haciendo bueno y leal inventario.*" Esta disposición impone una condición a la mujer que quiere renunciar, es menester que haga inventario. Pothier acaba de darnos la razón de ello. ¿El art. 1,456 reprodujo esta condición? Dice así: "La mujer supérstite *que quiere conservar la facultad de renunciar a la comunidad* debe, en el plazo de tres meses de muerto su marido, hacer un inventario fiel y exacto de todos los bienes de la comunidad." El inventario es también una condición, pero no está impuesta a la mujer que renuncia inmediatamente en el plazo de tres meses; está impuesta a la viuda que no quiere resolver desde luego, reservándose su derecho de opción; en este caso debe hacer inventario. Así la costumbre dice: La mujer puede renunciar a condición de hacer inventario. El Código Civil dice: La mujer debe hacer inventario si quiere conservar la facultad de renunciar. Por lo mismo, cuando la mujer quiere renunciar inmediatamente, es decir, en el plazo de tres meses, no está obligada a formar inventario; ninguna disposición de la ley la obliga a ello; puede, pues, usar del derecho absoluto que le confiere el artículo 1,453.

Se opone el 1,442, según el cual el supérstite está siempre obligado a formar inventario, sin distinguir si acepta o renuncia. Esta objeción confunde dos órdenes de ideas enteramente distintas. El art. 1,442 obliga al supérstite a hacer inventario aunque renuncie; ¿pero la mujer supérstite tiene derecho de renunciar sin hacer

inventario? A esta cuestión responde el art. 1,456 y su respuesta es afirmativa, porque la ley no obliga a la viuda a hacer inventario antes de renunciar. Si renuncia en el término de tres meses sin haber hecho inventario, su renuncia es válida, pero quedará sujeta a las penalidades civiles que establece por el art. 1,442. Esta disposición concierne a los dos esposos; el art. 1,456 es especial para la mujer y la mujer viuda. El art. 1,442 no puede, pues, ser invocado para interpretar el 1,456 (1).

Los textos no dejan ninguna duda. Queda por saber por qué los autores del Código han derogado el derecho antiguo. La costumbre de París quería garantizar los intereses de los herederos del marido y de los acreedores, pero la garantía era ilusoria; en efecto, la costumbre no prescribía ningún plazo durante el cual el inventario debería hacerse, y el inventario sólo es una garantía cuando se hace inmediatamente. ¿Se dirá que los autores del Código deberían haber mantenido la obligación del inventario fijando un plazo? Este plazo debiera haber sido el ordinario de tres meses; aun en este plazo el inventario no habría dado la garantía que se espera de una descripción auténtica del mobiliar, pues la mujer que está en posesión de él puede substraer todo cuanto quiera antes que se comience el inventario, antes aun que se pueda poner cédulas. Sin embargo, hubiéramos preferido que el legislador hubiese declarado el inventario obligatorio: más vale una garantía incompleta que la falta de toda garantía.

La jurisprudencia se declaró por la opinión que sostienen generalmente los autores (2). Merlin invoca los

1 Rodière y Pont, t. II, pág. 443, núm. 1161. Aubry y Rau, t. V, pág. 418, nota 28, pfo. 517.

2 Besangón, 23 de Febrero de 1828 (Dalloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 2166). Bruselas, 4 de Febrero de 1852 (**Pasicrisia**, 1854, 2, 48).

trabajos preparatorios; es inútil entrar en este debate; el texto, cuando es terminante, vale más que los trabajos preparatorios que siempre están sujetos a discusión y controversias.

396. ¿En qué plazo debe hacerse el inventario para que la mujer conserve la facultad de renunciar? El artículo 1,456 quiere que el inventario se haga en el plazo de tres meses; la ley no agrega cuarenta días, este último plazo ha sido concedido para deliberar acerca de la aceptación y la renuncia; es, pues, ajeno a una disposición que tiene por objeto hacer constar auténticamente la consistencia y el valor del mobiliar de la comunidad. El inventario debe ser *fiel* y *exacto*. Un inventario *infiel* e *inexacto* sería un medio para engañar y frustrar a los acreedores; la mujer que conscientemente y de mala fe omitiera en el inventario efectos de la comunidad perdería la facultad de renunciar; esto sería una substración o una ocultación. El art. 801 lo dice del heredero beneficiario, y si la ley no lo repite para la mujer común, es porque ésta no se encuentra en el caso de aceptar bajo beneficio de inventario.

El art. 1,456 agrega que el inventario debe comprender todos los bienes de la comunidad, por lo mismo, los inmuebles tanto como los muebles. En general, el inventario sólo comprende los efectos muebles; la ley se muestra rigurosa para con la viuda, porque podría suprimir los títulos que establecen la propiedad de la comunidad y malversar así o ocultar los valores inmobiliarios que pertenecen a la comunidad.

El inventario se hace por las declaraciones de la mujer. Legalmente nada garantiza la verdad de lo que dice. Por esto la ley exige que el inventario se haga contradictoriamente con los herederos del marido o una vez

llamados debidamente. Basta que se les *llame*; su abstención no impide a la mujer usar de su derecho. En fin, el art. 1,456 dispone que la mujer debe asegurar que el inventario es sincero y verdadero cuando se cierra en presencia del notario que lo recibe. Esta es una garantía moral cuya valor depende de la moralidad de la mujer que afirma la sinceridad de sus declaraciones. Por más que se diga, la moralidad no disminuye, se eleva y seguirá elevándose más cuando se entienda que la instrucción de las futuras generaciones debe a la vez ser el desarrollo del sentido moral y el cultivo de las facultades intelectuales.

397. Si la mujer hace inventario en el plazo de tres meses, conservará la facultad de renunciar. ¿Durante qué tiempo? La ley no lo dice ni necesitaba decirlo; haciendo inventario la mujer conserva el derecho de opción; y tiene treinta años para ejercerlo, ya sea que quiera aceptar, ya que quiera renunciar (núm. 374). Pero este derecho está limitado por el de los acreedores. Estos, dice el art. 1,459, después de fenecido el plazo de tres meses pueden demandar a la mujer como común hasta que haya renunciado, la cual tendrá que pagar los gastos derogados contra ella hasta su renuncia. El artículo 1,459 se relaciona con los dos que preceden; la mujer que hizo inventario en los tres meses puede oponer a los acreedores que la persiguen la excepción dilatoria resultante del plazo de cuarenta días que le concede la ley para deliberar; sólo después de fenecido el plazo de tres meses y cuarenta días es cuando los acreedores no pueden ya ser rechazados por la excepción dilatoria. Y todavía la viuda puede, según las circunstancias, pedir a los tribunales de primera instancia una prórroga del plazo de tres meses y cuarenta días; si hay lugar, esta pró-

rroga se declara contradictoriamente con los herederos del marido o llamados debidamente (art. 1,458). Si el plazo es prorrogado, la excepción dilatoria lo será igualmente. Por el contrario, si el inventario ha sido cerrado antes de la expiración de los tres meses, la mujer puede ser demandada después de fenecidos los cuarenta días a contar desde la clausura del inventario (art. 1,459).

El Código dice que los acreedores pueden demandar a la mujer *como común*, ¿quiere esto decir que establezca una presunción de aceptación? Se dice ordinariamente que a la viuda se le presume aceptante si no renuncia en el plazo de tres meses y cuarenta días (1). Esto no es exacto. Si la viuda no hizo inventario, es más que presunta aceptante, es aceptante, puesto que decayó de la facultad de renunciar (art. 1,459); y si hizo inventario sin pronunciarse, esto es, con el objeto de conservar la facultad de renunciar, entonces su derecho de opción permanece intacto, y sería contradictorio conservar su derecho de renuncia y presumirla aceptante. El único efecto que produce su abstención después del plazo de tres meses y cuarenta días, es que no tiene ya excepción dilatoria; puede ser demandada, y los gastos de las promociones estarán a su cargo si renuncia.

398. ¿Cuál es la situación de la mujer cuando no ha hecho inventario? Pierde la facultad de renunciar. Esta es la opinión consagrada por la jurisprudencia, salvo algunas vacilaciones en la aplicación del principio. Esta pérdida resulta del texto y del espíritu de la ley. El texto es tan claro, que es raro que haya dado lugar a una controversia. Según el art. 1,456, la mujer *que quiere conservar la facultad de renunciar* debe formar inven-

1 Demante, *Curso analítico*, t. VI, pág. 272, núm. 111.

tario en los tres meses. Luego si no lo hace no conserva la facultad de renunciar; esto es decir que lo pierde, que decayó. Si no está la pérdida pronunciada literalmente, resulta necesariamente del texto; en efecto, si la mujer conservara la facultad de renunciar sin hacer inventario, el art. 1,456 no tendría ya razón de ser. Algunos lo confiesan, pero pretenden que esta disposición debe ser combinada con la del art. 1,459, que dice: “La viuda que no hizo su renuncia en *el plazo prescripto más arriba, no decae de la facultad de renunciar* si no se ha inmiscuido y si *ha hecho inventario*.” Este artículo es una consecuencia del art. 1,456 y, lejos de modificarlo, lo confirma. Estas palabras y *si ha hecho inventario* enuncian una condición; si la mujer ha hecho inventario no pierde la facultad de renunciar; luego si no lo hizo pierde esta facultad. Hay una ligera dificultad de texto: el artículo 1,459 no repite que el inventario debe hacerse en los tres meses, pero ¿era necesario que lo repitiera cuando el art. 1,456 lo había dicho? ¿Cuál es el artículo que exige el inventario como condición del derecho de renuncia? Es el 1,456; esta disposición, por tanto, es la que contribuye al objeto de la materia y no el art. 1,459; el cual sólo se relaciona con lo que acaba de decirse; tiene únicamente por mira decidir cuál es la consecuencia de la falta de renuncia en el plazo ordinario de tres meses y cuarenta días; ¿puede aún renunciar la mujer? ¿Puede ser demandada? Esta última pregunta la resuelve el art. 1,459. La primera estaba ya resuelta; en efecto, el art. 1,454 había dicho que la mujer que se ha inmiscuido no puede ya renunciar, y el art. 1,456 estableció que la viuda que no ha hecho inventario en el plazo de tres meses no puede ya renunciar. Si la ley repite lo que ya había dicho, es para dar completa respues-

ta a la pregunta de saber cuál es la situación de la mujer después de la expiración del plazo de tres meses y cuarenta días (1).

Estos son los textos. En cuanto al espíritu de la ley no puede ser dudoso, puesto que el texto es claro; y cuando el texto es claro nos enseña de un modo seguro lo que quiso decir el legislador. Puede ser la ley demasiado rigurosa, pero así es, y hay que conformarse con ella. Se pregunta el fundamento de este rigor. Los autores del Código han derogado las antiguas costumbres, según las cuales, se necesitaba siempre un inventario para que la mujer pudiera renunciar hasta en el plazo de tres meses; pero también el inventario podía hacerse después de este plazo. El Código es menos severo en la primera hipótesis; permite a la mujer renunciar durante los tres meses, sin que tenga que hacer inventario. En la segunda hipótesis el Código es más severo; después del plazo de tres meses, la mujer pierde el derecho de renunciar, a no ser que haya hecho inventario en dicho plazo. Luego, o la renuncia en el plazo de tres meses, o un inventario: tal es el sistema de la ley. ¿Por qué exige un inventario cuando la mujer no renuncia luego? Porque esta es la única garantía que tienen los acreedores, como Pothier lo dijo ya; y para que el inventario sea una garantía, debe ser hecho lo más pronto posible después de la disolución de la comunidad. El legislador debió tener en cuenta los derechos de los acreedores tanto como los derechos de la mujer.

Que tal sea el sistema del Código, no se puede dudar si se consultan las observaciones del Tribunado. El ar-

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 418 y siguientes, nota 30, pfo. 517 y las autoridades que citan. Debe agregarse Bruselas, 10 de Abril de 1851 (*Pasicrisia*, 1851, 2, 212).

título 1,461, tal como fué votado por el Consejo de Estado, decía así: "Si muere la viuda antes de fenecidos los tres meses y cuarenta días, los herederos pueden renunciar a la comunidad. Los herederos pueden renunciar después de dicho plazo, y *no obstante la falta de inventario*, mientras no se han inmiscuido." Así el proyecto era menos severo para los herederos de la viuda que para la misma; admite la renuncia de los herederos a pesar de la falta de inventario. Esta diferencia entre la viuda y sus herederos se explicaba: la viuda está en posesión de la comunidad, puede fácilmente malversar mientras que los herederos pueden no estar en posesión. Sin embargo, el Tribunado criticó la disposición del proyecto; no admitía que los herederos pudieran renunciar cuando no existía ningún inventario hecho por ellos o por parte de la mujer. Siempre se necesita un inventario, dijo el Tribunado, para evitar los fraudes para con los terceros (1). Si esta obligación se impone hasta a los herederos, con mayor razón habría que coservarla para la viuda. Que no se objete que el Tribunado sólo habla del plazo en el cual debe hacerse el inventario; este punto no estaba a discusión, hallábase reglamentado por el art. 1,456, y el Tribunado ni siquiera pensaba que el art. 1,459 pudiese derogarlo. Bastaba conceder a los herederos un plazo de tres meses para hacer inventario.

399. Debemos aún combatir la opinión contraria, porque encontró un defensor en uno de nuestros mejores intérpretes del Código Civil. Colmet de Santerre se vale de los arts. 1,456 y 1,459, combinados con los artículos 794 y 800. El derecho del heredero y el de la mu-

1 Observaciones del Tribunado, núm. 12 (Loaré, t. VI, pág. 380).

jer son análogos. ¿Qué dice la ley del heredero que quiere gozar del beneficio de inventario? Debe, primero, hacer una declaración en la secretaría; a este respecto la situación del sucesible y la de la mujer difieren: ésta goza de derecho pleno el beneficio de emolumento, a condición de hacer inventario. Esta condición es común al heredero. Aquí hay analogía perfecta. El art. 794 dice que la declaración de un heredero que no quiere tomar esta calidad sino bajo beneficio de inventario sólo tiene efecto cuando está precedida o seguida de un inventario de los bienes de la sucesión. ¿Cuándo debe hacerse este inventario? El heredero tiene tres meses para hacer inventario, dice el art. 795. He aquí una disposición idéntica a la del art. 1,456 que exige que la viuda haga inventario en el plazo de tres meses si quiere conservar sus derechos de mujer común. Continuemos la comparación. El plazo de tres meses parece ser fatal para el sucesible si se atiene uno al art. 794, así como parece fatal el plazo para la viuda, en virtud del art. 1,456. Pero el 800 explica al 1,456; el heredero conserva, después de fenecido el plazo, prorrogado si hay lugar, la facultad de hacer todavía inventario y de presentarse como heredero beneficiario si no ha ejecutado por otra parte ningún acto de heredero. En definitiva, el plazo de tres meses no es fatal; el heredero puede siempre aceptar pura y simplemente ejecutando un acto de heredero. Tal es también el derecho de la mujer común, según el art. 1,459: no pierde la facultad de renunciar siempre que haya hecho inventario y no se haya inmiscuido; el art. 1,459 no dice que el inventario deba hacerse en un plazo determinado, luego siempre puede hacerse mientras la mujer no se haya inmiscuido (1).

¹ Colmet de Santerre, t. VI, pág. 274, núm. 115, bis 1. Véase también Mo-
unión, t. III, pág. 92, núm. 216.

La comparación es ingeniosa, pero falsa. El art. 794 no dice, como el 1,456, que el sucesible que quiere conservar la facultad de ser heredero beneficiario debe formar un inventario en los tres meses; dice, lo cual es muy diferente, que el inventario debe ser hecho en los plazos que serán después determinados; y estos plazos están precisados por los arts. 795 y siguientes, hasta el 800 inclusive; resulta de esto que hay un plazo, pero que no es fatal; luego el artículo 794 se refiere al 800 y dice de antemano que el heredero no debe hacer inventario en un plazo fatal. Sucede muy diferentemente con el artículo 1,456; dispone terminantemente que la viuda debe formar el inventario en el plazo de tres meses si quiere conservar el derecho de renunciar. El art. 1,456 no se refiere a un artículo posterior, como sucede con el 794; su disposición es definitiva. Al contrario, el art. 1,459 es el que se refiere al 1,456 para repetir en términos concisos lo que ya se ha dicho; y un artículo que repite lo que otro ha dicho no puede modificarlo. La diferencia de texto es decisiva. Para el heredero beneficiario el lugar de la materia es el art. 800 combinado con el art. 794. Para la viuda es únicamente el 1,456.

La diferencia de textos implica una diferencia de principios; el heredero puede siempre hacer inventario; es decir, que siempre puede ser heredero beneficiario o heredero puro y simple, mientras no ha ejecutado acto de heredero; mientras que la viuda sólo conserva su derecho de opción, después del plazo de tres meses, a condición de hacer inventario en este plazo. ¿Hay razón para esta diferencia o conduce nuestra interpretación a un rigor sin fundamento? La situación de la viuda difiere de la del here-

dero, por lo mismo, el principio debe también diferir (1). En efecto, la mujer viuda está en posesión de la comunidad, y el heredero no está en posesión de la herencia. Y es la posesión de los bienes la que es un peligro para los acreedores tanto como para los herederos del marido; sólo hay un medio de garantizar sus intereses, es el inventario, y un inventario hecho a más breve plazo, el plazo tradicional de tres meses. Esta es la razón del artículo 1456 y la justificación de su rigor. Este rigor era inútil para con el heredero; no está de hecho en posesión, no puede a cada instante malversar, disipar los bienes de la herencia; la ley debía, pues, dejarlo dentro del derecho común, permitiéndole aceptar bajo beneficio de inventario mientras no haya aceptado pura y simplemente.

400. Nuevas dificultades se presentan en la aplicación del principio. La viuda debe formar inventario dentro de los tres meses, bajo pena de perder la facultad de renunciar. Si no hizo inventario es aceptante sin haber querido aceptar. Además, no goza del beneficio de emolumento, pues este beneficio está ligado a la confección de un inventario, y, según la opinión común, el inventario debe hacerse dentro de los tres meses. La consecuencia es rigurosa; la viuda pierde su beneficio de mujer común y queda obligada por su parte en las deudas *ultra vires*. Se concibe que los tribunales se resistan ante tan rigurosa aplicación de la ley cuando la viuda es de buena fe y nada hace sospechar una substracción en perjuicio de los acreedores. En teoría es fácil decidir la cuestión: decimos que el juez no tiene que preocuparse de esas consideraciones de equidad; que no tiene para qué buscar si hay o no sospechas de substracciones. La

1 *Maillardé*, t. V, pág. 610, núm. II del art. 1459. *Rodiére y Pont*, t. II, página 444, núm. 1162.

ley quiere un inventario, que exige se haga en el plazo de tres meses. Si estas condiciones no están satisfechas la mujer pierde la facultad de renunciar y el juez debe declarar dicha pena. El juez es un ministro de la ley, no un ministro de equidad. Troplong tuvo, acerca de este punto, hermosas frases que se nos permitirá transcribir porque vienen en apoyo del sistema de interpretación que hemos seguido en el curso de nuestros *Principios*: "Concebimos, dice, que el interés ligado a la posición de una viuda haga interpretar la ley con tanta equidad como sea posible, pero no hay que llegar hasta su violación. *Ninguna causa es bastante sagrada para dar al magistrado el derecho de substituir su voluntad a la del legislador.* La equidad *cerebrina* es el mayor de los peligros, quita toda confianza y deja a los jueces sin brújula y sin guía" (1).

401. Desgraciadamente los autores olvidan estas sabias máximas que profesan todos, pero que pocos practican. Una dificultad se presenta primero. El inventario debe hacerse dentro de los tres meses: ¿cómo se calcula este plazo? Hay acerca de la materia de calcular los plazos una regla que resulta de la naturaleza misma de ellos. La ley dice: "En los tres meses desde el día de la defunción del marido." El plazo debe ser completo, y para que lo sea no se cuenta el día de la muerte. Esto no es dudoso. ¿Deberá irse más allá? La Corte de Burdeos ha sentenciado que el inventario no es tardío cuando se hace el día que sigue a la expiración de los tres meses. Esto es violar la ley; por esto la Corte se ve en la obligación de interpretar el texto en falso, decidiendo que el inventario puede siempre hacerse des-

1 Troplong, t. II. pág. 15, núm. 1543.

pués de los tres meses (1). La ley está violada. ¿Qué dice Troplong de esta sentencia? “Nos unimos con todo gusto a aquellos que no quieren que se calcule con *minuciosidad* el plazo de tres meses.” ¿Qué quiere decir ésto? Cualquier plazo es arbitrario; ¿por qué tres meses mejor que cuatro? La *minuciosidad* es de esencia en el plazo. Si un tribunal admitiera una acción un día después de cumplida la prescripción, violaría la ley; la viola igualmente cuando decide que la pena no está incurrida, cuando lo está.

402. El inventario se halla sometido a ciertas formas determinadas por el Código de Procedimientos: si una de estas formalidades no fué cumplida, ¿será nulo el inventario y la pena incurrida? El art. 943 no pronuncia la pena de nulidad. ¿Qué debe deducirse? ¿Será válida cualquiera descripción del mobiliar hecha por el notario en las formas de la ley de Ventoso, en el sentido de que la pena no será incurrida? La doctrina y la jurisprudencia titubean. Se sienta en principio que el inventario debe ser regular, es decir, conforme al Código de Procedimientos; de donde se sigue que un inventario irregular no impide la pena; además, se agrega que los tribunales pueden no pronunciar el decaimiento si las irregularidades parecen ser, según las constancias, el resultado de un error excusable (2). ¿La excepción destruye el principio? Si el inventario irregular es nulo, ¿quién autoriza al juez a no fallar la pena resultante de la falta de inventario?

Preferimos el sistema consagrado en una sentencia de

1 Burdeos, 24 de Febrero de 1829 (Dalloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 2164).

2 Aubry y Rau, t. V, págs. 385, notas 11-13, pfo. 515 y las autoridades que citan.

la Corte de Poitiers. Distingue las formalidades substanciales sin las cuales no hay inventario, y las formalidades no substanciales. Las primeras son las que tienen por objeto hacer constar las fuerzas de la comunidad, las entregas de valores a la viuda que declara encargarse de ellas para con todos los interesados. En el caso, el inventario había sido hecho en forma legal, pero la clausura y la ratificación del acta se habían efectuado después de fenecido el término.

¿Debía esta irregularidad traer la nulidad del inventario? La clausura, dice la Corte, es sólo una fórmula de acta, el mismo inventario había sido hecho y terminado en los tres meses. En cuanto a la ratificación, es una garantía moral cuyo valor no depende seguramente del día en que se hace (1). En el recurso recayó una sentencia de denegada. La Corte no decide la cuestión de principios terminantemente. Descarta, sin embargo, el art. 943 del Código de Procedimientos, que no cita para atenerse al art. 1,456. La sentencia hace primero constar, como lo hacía la Corte de Poitiers, que el inventario había sido concluido en el plazo de tres meses, que en el constaba el total de los valores de la sucesión y que, por otra parte, se le consideraba exacto y fiel. La Corte deduce que reunía todas las condiciones substanciales exigidas por el art. 1,456. En cuanto al retardo de la clausura del acto y la ratificación, la Corte decide que la ley no relaciona la nulidad con este demora, y, además la sentencia atacada explicaba que el retardo tenía, en el caso, una causa legítima. La Corte de Casación se apropia, en el fondo, el sistema de la Corte de Poitiers, juzgando que las condiciones *substanciales* del inventa-

1 Poitiers, 7 de Mayo de 1857, y Denegada, 17 de Mayo de 1858 (Dalloz, 1858, 1, 351).

rio estaban cumplidas; y, cosa notable, busca dichas condiciones en el art. 1,456 más bien que en el Código de Procedimientos.

403. Es distinta la cuestión de saber si el inventario puede hacerse después de la expiración del plazo de tres meses por razón de las circunstancias excepcionales en que se halla la mujer. No pertenece al juez crear excepciones, puesto que esto equivale a hacer la ley y en el Código no hay excepción a la regla establecida por el art. 1,456. Esto es decisivo. La Corte de Bruselas se declaró en este sentido; admite sin embargo, una excusa que resulta de los principios de derecho. El art. 1,456 impone a la viuda la obligación de formar un inventario en los tres meses; establece una pena por el solo hecho de no haber cumplido con esta formalidad en el plazo legal. El decaimiento es una pena que supone que la mujer pudo hacer el inventario en el plazo de la ley. Si hubiese imposibilidad de hecho o de derecho, ya no se podría decir que la viuda violó la ley; ésta contestaría que no hay obligación para las cosas imposibles y que la ley no la puede castigar por no haber hecho lo que estaba en la imposibilidad de hacer. ¿Cuándo existe dicha imposibilidad? Esta es una cuestión de hecho que por su naturaleza, se abandona a la apreciación del juez. La Corte de Bruselas cita ejemplos que se han presentado en la jurisprudencia (1). Creemos inútil entrar en este debate; las decisiones de hecho no pueden servir de precedente, puesto que dependen esencialmente de las circunstancias de la causa.

1 Bruselas, 12 de Agosto de 1859 (*Pasicrisia*, 1860, 2, 218). Consúltense las sentencias citadas por Dalloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, números 2150-2161, y Aubry y Rau, t. V, pág. 419, nota 30, pfo. 517 y los autores que citan.

404. En el mismo orden de ideas se pregunta si el inventario puede ser reemplazado por otra acta que haga constar la consistencia de los bienes de la comunidad. La negativa nos parece segura. Cuando la ley quiere conformarse con una acta distinta del inventario, tiene cuidado de decirlo (art. 1,499); cuando no lo expresa, hay que atenerse al principio según el cual las formalidades no se suplen ni se llenan con equivalentes. La Corte de Casación lo sentenció así, sin embargo de decidir la cuestión en principio. En el caso se invocaba un proceso verbal del juez de paz, en que constaba el poco valor de los objetos muebles de la comunidad y, por consiguiente, la inutilidad de colocar cédulas. La Corte se limitó a decir lo que es evidente, que esta acta no podía ser considerada como un inventario suficiente (1). En otro proceso la mujer se fundaba en una lista de los muebles, pero este estado no comprendía los demás efectos, valores, mercancías y créditos de la comunidad; no correspondía, pues, al deseo del art. 1,456 que exige un inventario de todos los bienes. La mujer alegaba, además, una declaración de la oficina del registro público por el pago de los derechos de mutación. La Corte de Amiéns ha sentenciado que estas actas no equivalían a un inventario (2).

405. No hay inventario, por lo tanto, la mujer pierde la facultad de renunciar. No renuncia, sin embargo, esta renuncia es nula. Se pregunta si la mujer puede valerse de la nulidad. La Corte de Casación ha decidido que la mujer no puede evitar los efectos de una renuncia que le sea perjudicial (3); la sentencia no da otro

1 Denegada, 30 de Abril de 1849 (Dalloz, 1850, 1, 117.).

2 Amiéns, 22 de Marzo de 1855 (Dalloz, 1855, 2, 282).

3 Casación, 6 de Julio de 1869 (Dalloz, 1869, 1, 479).

argumento, de manera que la decisión es sólo una afirmación. Por lo demás, ella es evidente. La pena se pronuncia contra la mujer por interés de los acreedores; si la renuncia es nula, la nulidad concierne únicamente a los acreedores, en consecuencia, sólo éstos pueden invocarla. Esta es la aplicación del principio que rige las nulidades cuando no son de orden público; y el decaimiento del art. 1,456 y la nulidad que de él resulta son de puro orden privado.

Núm. 2. — ¿Cuándo puede o debe renunciar la mujer divorciada o separada de bienes o de cuerpo?

406. El art. 1,463 dice: “La mujer divorciada o separada de cuerpo que en los tres meses y cuarenta días después de la separación o del divorcio no aceptó la comunidad, se encuentra como si hubiese renunciado a ella, a no ser que haya obtenido una prórroga en justicia, contradictoriamente con el marido o con su debida citación.” Esta disposición modifica el derecho de opción que concede el art. 1,453 a la mujer cuando la comunidad queda disuelta. El art. 1,453 da implícitamente a la mujer un plazo de treinta años para ejercer su derecho. Cuando la comunidad se disuelve por la muerte del marido, la viuda tiene treinta años para pronunciarse, bajo la condición de hacer inventario en los tres meses. No sucede así cuando la comunidad se disuelve por el divorcio o la separación de cuerpos. La mujer divorciada o separada de cuerpos tiene también el derecho de opción; puede así como la viuda, aceptar la comunidad o renunciarla. Pero debe pronunciarse a más tardar en el plazo de tres meses y cuarenta días, prorrogados, si ha lugar, por el tribunal. Si permanece en inacción, quedará co-

mo si hubiese renunciado por esto sólo: no haber aceptado en el plazo fijado. ¿Cuál es la razón de la diferencia que la ley establece entre la viuda y la mujer divorciada o separada de cuerpos? La primera tiene treinta años para ejercer su derecho de opción, la segunda sólo un plazo de tres meses y cuarenta días. Cuando la comunidad se disuelve por el divorcio o la separación de cuerpo el marido está en posesión de la comunidad, y él es contra quien la mujer debe formular la demanda de partición si cree aceptar. Regularmente aceptará, puesto que el divorcio o la separación de cuerpos no implican que la comunidad sea mala. Y si acepta se apresurará a ejercer sus derechos, pues el odio que divide a los esposos, el escándalo de una ruptura judicial, excitarán a la mujer demandante o demandada a promover en seguida; no tiene ninguna razón para esperar; todo la conduce a perseguir a su marido. Si en lugar de reclamar su parte en la comunidad la mujer se caya, ¿qué debe deducirse? Es que la comunidad es mala y que la mujer no tiene derecho útil que ejecutar. Por esto es por lo que la ley dice que es como si renunciara (1).

407. La ley nada dice de la mujer separada de bienes. ¿Debe asimilársela a la mujer separada de cuerpos o divorciada? Se admite generalmente la afirmativa, porque hay igual razón para decidirlo, y hasta razón más poderosa. Esto no es enteramente exacto. El argumento que acabamos de dar para la separación de cuerpos y el divorcio no se aplica sino en muy débil proporción a la separación de bienes; la demanda de la mujer concierne únicamente a sus intereses pecuniarios y estos intereses pueden estar comprometidos sin que haya ninguna culpa que reprochar al marido. Pero hay otra con-

1 Consúltese Troplong, t. II, pág. 24, núm. 1574.

sideración que debe conducir a la mujer a promover cuanto antes. ¿Por qué pidió la disolución de la comunidad? Porque su dote o sus devoluciones estaban en peligro; por causa de este peligro es por lo que la ley hace retrotraer la sentencia con el fin de impedir que el marido acabe de arruinar a la mujer. La misma razón debe conducir a la mujer para aceptar desde luego y pedir la partición si la comunidad presenta ventajas. ¿Qué debe deducirse de su inacción? Que la comunidad es mala; que la mujer no tiene ningún interés en aceptarla; por lo tanto, que es renunciante (1).

En teoría esto es verdad, pero queda una dificultad de texto y de principios. El art. 1,463 deroga la regla establecida por el art. 1,453. ¿Puede extenderse una disposición excepcional? El silencio que guarda la mujer durante tres meses y cuarenta días, trae la pena de la pérdida del derecho de opción. ¿Puede declararse esta pena por vía de analogía? Según la opinión general, como vamos a decirlo, el art. 1,463 establece una presunción de renuncia. ¿Pueden las presunciones legales ser extendidas de un caso a otro? He aquí muchos motivos de duda. El texto confirma estas dudas; sólo habla de la mujer separada de cuerpos y divorciada; si la intención del legislador hubiese sido colocar a la mujer separada de bienes en la misma línea que la mujer separada de cuerpos y divorciada, ¿por qué no lo hubiera dicho? Es necesario que haya una razón de este silencio; la ley habla de la viuda y luego de la mujer separada de cuerpos o divorciada, nada dice de la mujer separada de bienes. ¿Por qué esta omisión? (2).

1 Véanse las autoridades citadas por Aubry y Rau, t. V, pág. 415, nota 13, pfo. 517.

2 Consúltase Bellot des Minières, t. II, pág. 312.

Lo que dicen los autores nada tiene de satisfactorio. Se dice: la separación de bienes se confunde con la separación de cuerpos, puesto que ésta implica siempre aquélla (art. 311). El argumento puede voltearse en contra de aquellos que lo invocan. Si la ley hubiese creído hablar de la separación de bienes en general, ya sea que proceda de la separación de cuerpos, ya sea que la pronuncie el tribunal a pedimento de la mujer, el artículo 1,463 debiera haber dicho: la *mujer separada de bienes*, lo que habría comprendido a la *mujer separada de cuerpos*; pero la expresión *mujer separada de cuerpos* no abarca a la *mujer separada de bienes*. Otros autores salen de apuros por el cómodo medio de las presunciones que imaginan; el art. 1,463, dicen, descansa en una presunción, lo cual resulta de probabilidades; y las probabilidades de renuncia son mayores en caso de separación de bienes que en caso de separación de cuerpos; por lo mismo hay presunción más fuerte, y, por lo tanto, la mujer separada de bienes debe también ser renunciante por argumento *a fortiori*. ¿Quién no ve que esta argumentación consiste en presunción de hombre, de la que se valen para extender una presunción legal? Lo que es contrario a todo principio. Durantón, siempre medido en sus opiniones, se expresa con vacilación. “La mujer separada de bienes, dice, se presume que no quiere aceptar una comunidad en mal estado”; después agrega: “Además, es siempre más regular hacer la renuncia” (en la Secretaría) (1). La jurisprudencia no nos ofrece mayores luces. Una sentencia de la Corte de Agén sólo reproduce la doctrina de los autores que acabamos

1 Odier, t. I, pág. 428, núm. 456 Mercadé, t. V, pág. 618, núm. III del art. 1463. Durantón, t. XIV, pág. 584, núm. 459.

de analizar (1). Hay una sentencia en sentido contrario de la Corte de Rouen que decide que el art. 1,463 no se aplica a la mujer separada de bienes (2).

Que la intención de los autores del Código haya sido no comprender a la mujer separada de bienes en el artículo 1,463, esto no nos parece dudoso. Recordemos que el art. 1,444 declara nula la separación de bienes si no ha sido ejecutada por el pago real de los derechos y devoluciones de la mujer, o cuando más por las promociones comenzadas en la quincena que siguió a la sentencia. ¿A qué conducen las promociones y cuál es el objeto del pago? A entregar a la mujer todo cuanto le toca en caso de separación; luego a darle, además de sus devoluciones, su parte de la comunidad. La mujer, debe pues, si quiere aceptar, perseguir en seguida la liquidación de la comunidad. Si no lo hace y si no reclama sus devoluciones, la sentencia que declaró la separación es nula; es decir, que la comunidad no queda disuelta. En este sistema no hay lugar a ocuparse en el plazo después del cual la mujer se considera como renunciante; la mujer debía, si deseaba la disolución de la comunidad, promover y decidirse, en consecuencia, en la quincena; no había, pues, lugar a aplicarse el plazo de tres meses y cuarenta días: la disposición del art. 1,463 le es extraña.

El Código de Procedimientos (art. 174) ha derogado el art. 1,444, como lo hemos dicho ya, en lo que se refiere a los derechos que pertenecen a la mujer en la comunidad; le da un plazo de tres meses para hacer inventario, y cuarenta días para deliberar. Resulta de esto que la mujer no debe ya ejecutar la sentencia en

1 Agén, 14 de Mayo de 1861 (Dalloz, 1861, 2, 226).

2 Rouen, 10 de Julio de 1826 (Dalloz, en la palabra **Contrato de matrimonio** núm. 2250).

DE LA COMUNIDAD LEGAL

513

los quince días ni, por consiguiente, tomar una resolución en este plazo; pero siempre es necesario, bajo pena de nulidad de la separación, que lo haga en el plazo de tres meses y cuarenta días. En este sentido el art. 1,463 no le es aplicable (1). Hacemos, pues, a un lado a la mujer separada de bienes, para sólo hablar, como lo hace el art. 1,463, de la mujer divorciada o separada de cuerpos.

408. El plazo establecido por el art. 1,463 da lugar a una ligera dificultad. Comienza a correr, según la ley, “después del divorcio o separación de cuerpos *definitivamente declarados*.” Las palabras *definitivamente declarados* se refieren a la sentencia que pronunció el divorcio o la separación de cuerpos. Esto no es dudoso en lo que se refiere a la separación de cuerpos, puesto que existe en virtud de la sentencia del juez. La ley entiende por sentencia definitiva, aquella que ya no puede ser atacada por las vías ordinarias; sólo entonces la separación de cuerpos es definitiva, y la mujer debe pensar en arreglar sus intereses pecuniarios. Esta es la interpretación dada por la Corte de Casación (2); está admitida por todos los autores. El divorcio no se pronuncia por la sentencia; el juez sólo lo admite y autoriza al demandante, en caso de divorcio por causa determinada, a presentarse ante el oficial del estado civil para que éste lo declare (art. 258). Cuando el divorcio se pide por mutuo consentimiento, las partes deben presentarse juntas y personalmente ante el oficial del estado civil, para hacer declarar el divorcio; si no se presentan dentro de los veinte días, la sentencia se

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 278, núm. 115 bis I.

2 Denegada, 2 de Diciembre de 1834 (Daloz, ne la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 2129).

considerará como sobreseída (art. 294). El plazo del art. 1,463 no puede, pues, correr en caso de divorcio desde el día en el cual la sentencia ha pasado a autoridad de cosa juzgada; corre desde el día en que el oficial del estado civil pronunció el divorcio (1).

409. ¿Cuáles son los derechos de la mujer divorciada o separada de cuerpos? El art. 1,463 dice que está como si hubiese renunciado a la comunidad cuando no ha aceptado en los tres meses y cuarenta días. Puede, pues, aceptar, pero debe hacerlo antes de la expiración del plazo. La aceptación puede ser expresa o tácita, puesto que la ley no distingue; esto ha sido discutido; trasladamos a lo que fué dicho más atrás (núm. 380). La mujer puede también renunciar en este plazo; se admite hasta que puede hacerlo antes de la sentencia cuando se trata de separación de bienes y, por consiguiente, de separación de cuerpos. En nuestro concepto, la renuncia a un derecho que aun no está abierto no se puede concebir (núm. 352). Cualquiera que sea el partido que la mujer tome, no está obligada a hacer inventario. Esto también ha sido discutido; pero, ¿puede tratarse de una obligación legal sin ley? La jurisprudencia se ha pronunciado en este sentido (2). No había, además, ninguna razón para exigirle un inventario; la viuda ni necesita hacerlo cuando renuncia en los tres meses; sólo para conservar este derecho después del plazo, es por lo que está obligada a hacer inventario. Y la mujer divorciada o separada de cuerpos no puede conser-

1 Rodière y Pont, t. II, pág. 316, núm. 1042. Aubry y Rau, t. V, página 415, nota 15, pfo. 517.

2 Rouen, 10 de Julio de 1826, y Grenoble, 12 de Febrero de 1830 (Daloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núms. 2250 y 170). Consúltese **Marcadé**, t. V, pág. 615, núm. I. del art. 1463; Rodière y Pont, t. II, pág. 448, núm. 1170.

DE LA COMUNIDAD LEGAL

515

var el derecho de renunciar, puesto que se la reputa renunciante en virtud de la ley.

410. El art. 1,463 dice que la mujer divorciada o separada de cuerpos puede obtener la prórroga en justicia contradictoriamente con su marido o con la citación debida si se encuentra aún dentro del plazo de tres meses y cuarenta días. Esta prórroga es de derecho en todos los casos en los cuales la ley concede un plazo para hacer inventario y para deliberar. Se ha sentenciado que la mujer goza del mismo beneficio en el caso en que, disputas que no dependió de ella hacer cesar, le impidieron ejercer el derecho de opción que le corresponde en el plazo de tres meses y cuarenta días. En cierto caso la cuestión no era muy dudosa, pues el marido había consentido en la prórroga del plazo no considerando a su mujer como renunciante a pesar de haber vencido el término. Como la disposición del artículo 1,463 tiene por único objeto los intereses de los esposos, la Corte pudo decidir que la mujer tenía derecho de oponer al marido sus propias determinaciones (1).

411. Según el art. 1,463, la mujer divorciada o separada de cuerpos está *como si* renunciara, cuando no aceptó la comunidad en el plazo de tres meses y cuarenta días. Las palabras *como si* ¿expresan una presunción, y admite esta presunción la prueba contraria? La mayor parte de los autores enseñan que la ley establece una presunción de renuncia, pero que no se admite a la mujer a la prueba contraria (2). Si hubiera presunción debería decirse que se admite la prueba contra-

1 Rennes, 26 de Junio de 1851 (Daloz, 1852, 2, 246).

2 Rodière y Pont, t. II, pág. 449, núm. 1171. Marcadé, t. V, pág. 616, núm. II, del art. 1463. Agén, 21 de Diciembre de 1869 (Daloz, 1870, 2, 160).

ria; sólo hay dos excepciones a esta regla: la única que se pudiera invocar, en el caso, es la segunda; es decir, que negando la ley a la mujer la acción acerca del fundamento de la presunción que establece, ninguna prueba se admite contra la presunción. Pero, ¿puede decirse que la ley niegue la acción en litigio a la mujer divorciada o separada de cuerpos que no aceptó en el plazo legal? La ley declara a la mujer decaída de su derecho de opción; y este derecho se ejerce sin acción judicial; esto es tan cierto, que la aceptación de la mujer puede ser tácita; resulta de un hecho de la mujer, independiente de toda acción judicial. No siendo aplicable el texto que consagra la excepción, la mujer puede invocar la regla; si, pues, hubiera presunción, a la mujer debería admitírsele probar que no pretendió renunciar, y que, por tanto, conserva aún el derecho de aceptar.

Nosotros no creemos que la ley establezca una verdadera presunción (1). El art. 1,463 deroga la disposición del art. 1,453 que da a la mujer el derecho de opción en términos absolutos, sin exigir que este derecho se ejerza en un plazo determinado; cualquiera que sea la causa que trajo la disolución de la comunidad. La regla es, pues, ésta. La mujer tiene treinta años para ejercer su derecho de opción; después de este plazo, se vuelve ajena a la comunidad; el art. 1,453 no dice que la mujer es como si fuera renunciante; pero el resultado es el mismo, su derecho de opción prescribió, no puede ya aceptar; se encuentra, pues, en la situación de la

1 Véase en sentido contrario, Colmet de Santerre, t. VI, pág. 277, núm. 119 bis II. El autor enseña que la mujer divorciada o separada de cuerpos puede siempre aceptar, así como la viuda puede siempre renunciar. Esta opinión se liga al sistema del autor que hemos combatido (núm. 400).

mujer que ha renunciado. El art. 1,463 deroga esta regla cuando se trata de la mujer divorciada o separada de cuerpos; mientras que la mujer viuda tiene treinta años para ejercer su derecho de opción, la mujer separada de cuerpos o divorciada debe ejercerlo en tres meses cuarenta días. Si no lo hace ¿qué resulta? La ley dice que está *como si* renunciara; no puede ya aceptar, perdió su derecho de opción, como la mujer viuda lo pierde después de treinta años.

Se objeta el texto. El art. 1,463 no dice que la mujer es renunciante, dice que la mujer está *como si* renunciara, lo que indica que hay una simple presunción. Contestaremos que las palabras *como si*, no siempre indican una presunción. El art. 785 dice que el heredero que renuncia queda *como si* nunca hubiera sido heredero. ¿Es esto una simple presunción? No, seguramente, es una disposición de la ley que declara al heredero renunciante extraño a la herencia. Hay cierta oposición entre la realidad y el hecho, pues el sucesible renunciante ha sido heredero. Es esta oposición la que expresan las palabras *como si*. El art. 883 dice, en el mismo sentido, que cada heredero está *como si* hubiese sucedido sólo a los objetos comprendidos en su lote; aquí la ficción es completa. Pero la ficción no es una presunción. En el mismo caso del art. 1,463 es posible también que la decisión de la ley sea una ficción; supone que la mujer renuncia por el solo hecho de no aceptar; esta suposición puede no estar fundada. ¿No será para indicar esta idea por lo que la ley emplea la expresión de que la mujer está *como si* hubiera renunciado? Lo seguro es que las palabras *como si*, frecuentemente usadas en el Código, no indican una presunción.

Sólo admitimos una sola excepción al art. 1,463, en

el caso de que la mujer hubiera sido inducida a no aceptar por maniobras fraudulentas del marido; sería admitida, en este caso, a aceptar. Esto es el derecho común; la excepción de fraude y de dolo no necesita estar escrita en la ley, es de derecho. La mujer puede atacar la aceptación que hizo de la comunidad, por causa de dolo (art. 1,455); puede también pedir la nulidad de la renuncia expresa obtenida de ella por dolo. ¿Por qué no había de poder volver sobre la renuncia hecha del art. 1,463? Hay una sentencia de la Corte de Bruselas en este sentido (1).

Núm. 3.—Formas de la renuncia.

412. La renuncia a la comunidad, así como a la sucesión, es un principio, una acta solemne, y la solemnidad es la misma. El art. 1,457 dice: “Dentro de los tres meses y cuarenta días después de la muerte del marido, la mujer supérstite debe hacer su renuncia en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia del Cuartel en que su marido tenía su domicilio; esta acta debe ser inscrita en el registro establecido para recibir las renunciaciones a las sucesiones.” Transladamos, para los motivos y pormenores, al título que es el sitio de esta materia (t. IX, núm. 428).

413. Cuando se dice que la renuncia es una acta solemne, esto supone que se trata de las relaciones de la mujer supérstite con los terceros acreedores. Entre el marido y la mujer o sus herederos, la renuncia puede hacerse por vía de convención, entendiéndose que sólo tendrá efecto entre las partes contratantes. La Corte de Nîmes lo sentenció así, y su decisión fué confirmada

1 Bruselas, 16 de Febrero de 1856 (*Pasicrisia*, 1857, 2, 288).

DE LA COMUNIDAD LEGAL

519

por una sentencia de denegada. Si la ley prescribe una acta auténtica para la renuncia y la publicidad, esto es únicamente por interés de los acreedores, quienes deben saber si la mujer acepta o renuncia, con el fin de saber contra quién deben dirigir sus promociones. Cuando su interés no se halle en litigio, la mujer y los herederos del marido pueden hacer los convenciones que juzguen convenientes; la ley no interviene en el arreglo de intereses puramente privados; deja, a este respecto, entera libertad a las partes (1).

414. El art. 1,457 sólo habla de la mujer supérstite. ¿Qué debe decirse de la mujer divorciada, separada de cuerpos o de bienes? El Código Civil no prescribe formas en estos casos, porque dentro del sistema del artículo 1,463 la renuncia es tácita en el sentido de que la mujer divorciada o separada de cuerpos no necesita hacer la renuncia en la Secretaría; basta que no haya aceptado el plazo de tres meses y cuarenta días para que no sea renunciante; los terceros están, pues, advertidos por la ley y la inacción de la mujer. En nuestra opinión, el art. 1,463 no es aplicable a la mujer separada de bienes; el Código de Procedimientos confirma esta interpretación. En efecto, el art. 874 dice: "La renuncia de la mujer separada de bienes se hará en la Secretaría del Tribunal que conoce de la demanda de separación." No hay disposición análoga para la mujer separada de cuerpos o divorciada; pueden, sin duda, hacer su renuncia en la Secretaría; pero esto es una acta inútil, puesto que la renuncia tácita basta; si la ley prescribe una acta solemne para la mujer separada de bienes, es porque respecto a ella su renuncia no es tácita.

1 Denegada, 4 de Marzo de 1856 (Dalloz, 1856, 1, 131). Véase el t. IX de estos **Principios**, pág. 548, núm. 432.

415. Debe aplicarse a la mujer separada de bienes lo que hemos dicho de la mujer supérstite; la solemnidad de la renuncia sólo es requerida para con los terceros acreedores. Entre el marido y la mujer la renuncia puede hacerse por vía de convención. La Corte de Casación lo sentenció así por aplicación del principio general que da fuerza obligatoria a toda convención celebrada por intereses privados, cuando el orden público y las buenas costumbres no están a discusión. En el caso, la mujer había renunciado expresamente a la comunidad, primero en las conclusiones hechas cuando la demanda de separación, y después por el consentimiento que había dado, en la liquidación de sus devoluciones, a que el marido aprovechase sólo de los valores de la comunidad, sin hacer ninguna otra reserva más que la de ejercer sus derechos de supérstite; este consentimiento había sido aceptado por el marido, sancionado y puesto en ejecución por la sentencia que había liquidado los derechos de la mujer. Existía, pues, contrato, lo que bastaba para ligar a la mujer con su marido. La mujer, despreciando su renuncia, provocó la partición de la comunidad; fué declarado que no había lugar a su demanda (1).

Núm. 4.—Por quién y por qué causas puede ser atacada la renuncia.

416. Se ha fallado que, a diferencia de la renuncia a la sucesión, la renuncia a la comunidad es irrevocable, en el sentido de que la mujer renunciante no puede volver sobre su renuncia (2). La Corte de Bruselas hace

1 Dijón, 9 de Agosto de 1826, y Denegada, 8 de Noviembre de 1827 (Dalloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 2251).

2 Bruselas, 5 de Agosto de 1846 (**Pasicrisia**, 1848, 2, 355).

DE LA COMUNIDAD LEGAL

521

alusión al art. 790 que permite al heredero renunciante aceptar aún la sucesión mientras no fué aceptada por los demás herederos y que la prescripción del derecho hereditario no se ha cumplido. Esta disposición, enteramente excepcional, no puede aplicarse a la mujer común; se habría necesitado una disposición expresa para que la mujer pudiera volver sobre su renuncia después de consumado su derecho de opción; el silencio de la ley basta para que se deba mantener el principio en virtud del cual la manifestación de la voluntad de la mujer es irrevocable, ya sea que renuncie, ya sea que acepte.

417. Pero a la mujer se le permite atacar su renuncia cuando puede atacar su aceptación. Cuando es menor, el consejo de familia debe intervenir para autorizarla a renunciar a la comunidad. Si la renuncia sin autorización, el acta es nula en la forma y, por consiguiente, la mujer puede pedir la anulación probando que las formas no han sido observadas. Transladamos a lo que fué dicho más atrás acerca de la aceptación (número 390); los principios son idénticos.

La mujer mayor puede atacar su renuncia cuando hubo dolo por parte de los herederos del marido. Es verdad que la ley no afirma de la renuncia lo que dice de la aceptación (art. 1,455), pero era inútil que lo dijera, puesto que el art. 1,455 sólo aplica a la aceptación los principios que rigen toda manifestación de la voluntad, y los mismos principios son aplicables a la renuncia (1).

La Corte de Casación ha sentenciado que la mujer debía promover dentro de los diez años, en virtud del artículo 1,304, pero este plazo sólo comienza a contarse,

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 416, nota 19, pfo. 517 (1ª edición).

conforme a este artículo, desde el día en el cual se descubrió el dolo, lo que es una cuestión de hecho cuya apreciación pertenece al juez del fondo (1). Esto supone que la renuncia es convencional, porque la prescripción de diez años establecida por el art. 1,304 sólo es aplicable a la acción por nulidad de las convenciones; en el caso decidido por la Corte de Casación, la renuncia se había efectuado por transacción. Si se hiciera en la Secretaría, sin convención, ya no sería aplicable el artículo 1,304; se entraría en la regla general, según la cual cualquiera acción prescribe en treinta años.

418. Según el art. 1,464, “los acreedores de la mujer pueden atacar la renuncia que hubiese sido hecha por ella o por sus herederos en *fraude* de sus créditos, y aceptar la comunidad por sí mismos.” Esta es la aplicación del principio de la acción pauliana; los acreedores pueden atacar las actas hechas por sus deudores en fraude de sus derechos (art. 1,167). ¿Se pregunta si los acreedores de la mujer deben probar que la renuncia es fraudulenta? La cuestión parece singular cuando se lee el artículo que acabamos de transcribir. ¿Puede haber acción pauliana sin fraude? Sin embargo, excelentes autores enseñan que en el art. 1,464 deben substituirse las palabras *en fraude de sus derechos* con las expresiones *en perjuicio de sus derechos* (2). Son los términos del art. 788 los que preveen el caso idéntico de la renuncia a una sucesión, y que parecen conceder la acción pauliana a los acreedores por sólo serles la renuncia perjudicial. Hemos examinado en el título *De*

1 Denegada, 10 de Diciembre de 1816 (Dalloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 2244).

2 Aubry y Rau, t. V, pág. 416, nota 22, pfo. 517. Durantón, t. XIV, pág. 585, núm. 462.

las Obligaciones la dificultad que presentan las renunciaciones en lo que conciernen a la acción pauliana. Nos parece que lógicamente el art. 1,167, que establece el principio y exige el fraude, debe superar a una disposición que sólo aplica el principio; nos parece, sobre todo, imposible cambiar el texto del art. 1,464 cuando esta disposición sólo aplica la regla del art. 1,167; si hay error en la ley, existe en el art. 788 que se aparta de este principio, y no en el art. 1,464 que lo aplica. Mantenemos, pues, la condición de fraude, sin la cual no podría haber acción pauliana (1).

419. ¿Cuál es el efecto de la sentencia que anula la renuncia? Cuando la mujer es quien pide la nulidad por causa de minoría o por dolo, se encuentra colocada nuevamente en el estado que tenía antes de renunciar; es decir, que conserva su derecho de opción y lo ejerce según el derecho común. Si los acreedores obtuvieron la anulación de la renuncia hecha en fraude de sus derechos, la sentencia sólo produce efecto para con ellos y en interés suyo; la renuncia subsiste en cuanto a la mujer. Este es el derecho común en materia de acción pauliana; el deudor que obra en fraude de sus acreedores no puede aprovecharse de la anulación del acta fraudulenta, por no poder nadie sacar ventaja de su dolo. Traducimos a lo que fué dicho en el título *De las Obligaciones*.

Núm. 5.—Efecto de la renuncia.

420. El Código reglamenta los efectos de la renuncia después de haber tratado de la partición de la comunidad a la que se procede cuando la mujer acepta. Se-

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 279, núm. 121 bis.

guiremos el mismo orden. Por el momento sólo tenemos que ocuparnos en el principio. La ley no dice cuál es el efecto de la renuncia; hay que aplicar por analogía el art. 785, según el cual el heredero que renuncia queda como si nunca hubiese sido heredero. La mujer que renuncia se halla, pues, como si nunca hubiese sido asociada; la comunidad queda al marido o a sus herederos por el activo y pasivo (1). El art. 785 no se expresa en términos absolutos; dice que el heredero está *como si* nunca hubiese sido heredero. Esta expresión, como lo hemos dicho (núm. 411), implica una especie de ficción. Es imposible, sobre todo en materia de comunidad, que la renuncia de la mujer destruya todo cuanto se hizo desde la celebración del matrimonio. Y si la mujer se obligó personalmente con autorización de su marido, queda obligada por el compromiso que contrajo hacia los acreedores. El marido administró los bienes de la mujer, todos los actos que ha hecho siguen siendo válidos a pesar de la renuncia de ella. La ficción de la retroacción sólo se aplica en los límites de la ley. Diremos más adelante cuáles son estos límites..

§ IV.—DERECHOS DE LOS HEREDEROS DE LA MUJER.

421. La ley da el derecho de opción a los herederos de la mujer (art. 1,453). Estos gozan, pues, en principio de los mismos derechos de la mujer. Para la aplicación del principio debe distinguirse si la comunidad se disuelve por la muerte de la mujer o si se disuelve por la del marido, y si la mujer llega a morir antes de haber podido ejercer su derecho de opción.

1 Rodière y Pont, t. II, pág. 453, núm. 1179.

DE LA COMUNIDAD LEGAL

525

Núm. 1. — Disolución de la comunidad por la muerte de la mujer.

422. Los herederos de la mujer tienen el derecho de opción. No hay ninguna dificultad cuando están de acuerdo; aceptarán o renunciarán. ¿Pero qué debe decidirse cuando no están acordes? Uno quiere aceptar, otro quiere renunciar; ¿puede optar cada uno por lo que le conviene? El art. 1,475 contesta a la pregunta; supone que los herederos de la mujer están divididos de manera que uno acepta la comunidad a la que los demás renuncian; la ley reglamenta las consecuencias que resultan de este estado de cosas; lo acepta, pues, como legítimo. Esta es la doctrina de Pothier. El derecho, dice, que la mujer tiene a la mitad de los bienes de la comunidad es divisible, puesto que tiene por objeto aldivisible, por ser divisibles los bienes que componen la comunidad, cuando menos intelectualmente, lo cual basta para que el derecho sea divisible. De esto se sigue que el derecho de la mujer se divide de pleno derecho entre los herederos, así como todos los derechos divisibles que deja en su patrimonio; cada uno de los herederos sucede a ella por su parte (1). Pothier considera el derecho de la mujer, respecto a la aceptación, como un derecho sobre los bienes; pero si el derecho es divisible cuando los herederos aceptan, lo es también cuando renuncian; el modo de usar de un derecho no cambia su naturaleza. Así si la mujer deja cuatro herederos sucesores cada uno por una cuarta parte, el derecho a la comunidad se divide entre ellos; cada uno tiene una cuarta parte en ella y usa de esta parte como gusta, sea aceptando, sea renunciándola.

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 577.

423. Los herederos se dividen; en el ejemplo que acabamos de dar, según Pothier, uno de ellos acepta, los otros tres renuncian. ¿Cuál es el derecho del aceptante y qué sucede con el de los renunciantes? El art. 1,475 dice que el que aceptó sólo puede tomar su parte *igual y hereditaria* en los bienes que tocan en el lote de la mujer. La palabra igual está por demás, supone que la parte de los herederos es igual; esto puede ser, pero también puede no ser así; y si las partes son desiguales, no es exacto ya decir que el aceptante toma una parte idéntica, toma una parte hereditaria. No hay ninguna duda en este punto.

La ley se expresa restrictivamente: dice que el heredero aceptante sólo puede tomar *su parte hereditaria*; esto implica que no tiene ningún derecho sobre la parte de los renunciantes. Queda por saber lo que sucede con estas partes. El art. 1,475 decide que “el sobrante queda al marido.” Es, pues, el marido el que aprovecha la parte del heredero que renuncia. Los autores del Código han seguido en este punto la opinión de Pothier. La cuestión fué discutida en el derecho antiguo. Lebrún sostenía que la parte de los renunciantes debía acrecentar la del aceptante. Este es un error; Pothier lo prueba hasta la evidencia (1). Hay desde luego que apartar el crecimiento que se hace entre colegatarios, puesto que los herederos de la mujer son sucesores *ab intestat*. Y en la herencia legítima no hay lugar al derecho de crecimiento propiamente dicho; si el heredero que acepta recoge la parte del que renuncia, esto es por derecho de no decrecimiento, porque está llamado a toda la herencia, al tener que aceptarla toda. En la sucesión en que

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 578. Duveyrier, *Informe*, número 40 (Loché, t. VI, pág. 426).

suponemos que cuatro herederos de la mujer están llamados, se encuentra el derecho de la mujer a la comunidad; tres de ellos renuncian a ésta, pero siguen siendo herederos; renunciando a la comunidad ejecutan acto de herederos, pues no pueden renunciar un derecho que se halla en la herencia sino aceptando la herencia. Permaneciendo cada uno heredero y recogiendo su parte hereditaria, no puede tratarse de no decrecimiento, pues donde hay cuatro herederos aceptantes que cada uno toma su parte, nada puede decrecer en ninguno de ellos. La parte de los herederos que renuncian a la comunidad no puede, pues, aprovechar al heredero que la aceptó. Nada hay cambiado en sus situaciones a consecuencia de la renuncia; cada uno usó del derecho de opción como le convino, uno aceptando, los otros renunciando. ¿Pero por qué queda al marido la parte de los renunciantes? Esta es la aplicación de los principios que rigen la renuncia de la mujer; cuando ésta renuncia está *como si* nunca hubiera sido común, no tiene ningún derecho a la comunidad; por lo tanto, los bienes que la componen quedan al marido, de quien eran propiedad. Lo que es verdad del marido lo es también de sus herederos. Tres herederos renuncian; la mujer queda como si nunca hubiese sido común por sus partes, luego estas partes deben quedar al marido. El resultado parece ser singular, y es esta singularidad la que engañó a Lebrún; la mujer sólo había sido mujer común por una cuarta parte, y por las otras tres cuartas partes no había sido común. Nada más sencillo desde el punto de vista de los principios; es una consecuencia jurídica de la divisibilidad del derecho de la mujer común.

424. El 2º inciso del art. 1,475 exige algunas explicaciones. Dice: “Lo sobrante queda al marido, quien

sólo está encargado, para con el heredero renunciante, de los derechos que la mujer debiera ejercer en caso de renuncia, pero hasta concurrencia sólo de la porción igual hereditaria del renunciante.” Se interpreta ordinariamente esta disposición en este sentido: que supone una cláusula de comunidad convencional por la cual la mujer se reserva el derecho de volver a tomar lo que aportó, en caso de renuncia (1). Esto no es enteramente exacto; es seguro que la ley tiene aplicación a esta cláusula; pero nada en el texto lo supone, y difícilmente se creería que el legislador, al tratar de la comunidad legal, tuviera en vista una cláusula de comunidad convencional. Debe, pues, aplicarse el art. 1,475 a la comunidad legal y aplicarlo después a la cláusula del artículo 1,504.

425. La mujer que renuncia tiene derechos que ejercer hasta bajo el régimen de la comunidad legal. Según el art. 1,493 vuelve a adquirir sus inmuebles que existen en naturaleza o los que han sido adquiridos en reemplazos, el precio de sus propios enajenados, de los cuales no se hizo reemplazo, y todas las indemnizaciones que pueden serle debidas por la comunidad a título de recompensa. Cuando uno de los herederos de la mujer renuncia ejercer estos derechos por su parte hereditaria; si hay cuatro herederos y tres renuncian cada uno de ellos ejerce los derechos del art. 1,493 por una cuarta parte; vuelven a tomar, pues, entre los tres, las tres partes de los inmuebles de la mujer, o de los adquiridos en reemplazo, las tres cuartas partes del precio de los propios no reemplazados y las tres cuartas partes de las indemnizaciones; el marido queda encargado, como lo dice el art. 1,475, de saldar estos derechos; tiene en com-

1 Rodière y Pont, t. II, pág. 378, núm. 1098.

DE LA COMUNIDAD LEGAL.

529

pensación la parte que los renunciante hubiesen tenido en el activo.

La mujer renunciante puede también contar con un recurso que ejercer contra su marido por las deudas que le son personales; está obligada a estas deudas para con los acreedores, pero si las paga tiene un recurso contra su marido (art. 1,494). Sus herederos tienen el mismo derecho en proporción a su parte hereditaria, y lo tienen ya sea que acepten o que renuncien; pero existe una diferencia en cuanto a la extensión de este derecho: los que aceptan están obligados a las deudas por mitad, cuando menos hasta concurrencia de su emolumento; no tienen, pues, recurso sino por lo que excede de su emolumento; mientras que los que renuncian, aunque obligados personalmente para con los acreedores, no contribuyen en las deudas para con el marido; tienen, pues, un recurso por todo cuanto han debido pagar por razón de su parte hereditaria (1).

426. La mujer puede estipular la devolución de lo que aporta en caso de renuncia. Aquellos de sus herederos que renuncian tienen derecho a esta devolución en proporción a su parte hereditaria. Si tres renuncian, como lo hemos supuesto, y suceden cada uno por una cuarta parte, el marido deberá restituirles las tres cuartas partes de lo aportado por la mujer, a reserva de que ellos contribuyan en la misma proporción en las deudas que debe soportar la mujer según el art. 1,504. Esta es la opinión de Pothier que el Código ha consagrado en el art. 1,475. Hay un motivo de duda: lo aportado por la mujer entra en la comunidad bajo el imperio de la cláusula del art. 1,504. Se podría deducir de esto que la restitución de lo aportado es una deuda de la comunidad y, por

1° Colmet de Santerre, t. VI, pág. 301, núms. 135 bis IV y V.

consiguiente, hacer que el heredero aceptante contribuya a dicha deuda. Pothier contesta, y la respuesta es categórica, que la restitución de lo aportado no es una deuda de la comunidad, porque el marido sólo está obligado a ella cuando la mujer renuncia; es el precio del abandono que la mujer hace de su parte en el activo común, y es justo que el precio sea pagado por aquel a quien aprovecha este abandono; ¿y a quién aprovecha la renuncia? Sólo al marido, según el sistema de Pothier que el artículo 1,475 ha consagrado; por esto la ley dice que el *marido* queda encargado para con el heredero renunciante de los derechos que la mujer habría podido ejercer en caso de renuncia (1).

427. No debe confundirse el caso previsto por el art. 1,475, es decir, aquel en el cual uno de los herederos de la mujer renuncia a la comunidad, y el caso en que uno de los herederos renuncia a la sucesión. En esta última hipótesis se aplica el art. 786; la parte del renunciante aumenta la de sus coherederos que aceptan, y, por consiguiente, el derecho a la comunidad que habría tenido este heredero si hubiera aceptado aprovecha igualmente a sus coherederos. Esta es la consecuencia del derecho de crecimiento o, mejor dicho, del no decrecimiento que se efectúa en el caso de renuncia a la sucesión. El que renuncia a la sucesión lo hace también a su derecho en la comunidad que se encuentra en dicha sucesión. Este derecho pasa, pues, con la sucesión

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 579. Colmet de Santerre, t. VI, página 302, núm. 135 bis VI.

Aun existe una dificultad cuando la comunidad es exclusivamente mobiliaria y que hay un legatorio de muebles y uno de inmuebles; el legatorio de muebles acepta y el de inmuebles renuncia: ¿cuál será el derecho y cuál el cargo del legatorio aceptante? Veamos a Colmet de Santerre, t. VI, pág. 302, núm. 135 bis VII. Consúltense Durantón, t. XIV, pág. 600, núm. 479, y Pothier, *De la comunidad*, núm. 579.

DE LA COMUNIDAD LEGAL

531

a los herederos del renunciante (1). Si todos los hijos de la mujer renuncian la sucesión toca a los herederos del grado subsecuente (2).

428. Los herederos de la mujer tienen el derecho de aceptar o de renunciar, derecho individual del que cada cual usa como gusta. ¿Se halla sometido este derecho a las mismas condiciones que el derecho de opción de la mujer? El art. 1,466 contesta a la cuestión; dice así: “En el caso de disolución de la comunidad por la muerte de la mujer sus herederos pueden renunciar a la comunidad en el mismo *plazo* y en las mismas *formas* que la ley prescribe para la mujer supérstite.” Esta disposición ha dado lugar a una dificultad acerca de la cual la doctrina y la jurisprudencia se hallan en desacuerdo; ¿los herederos deben hacer inventario en el plazo de tres meses después de la muerte, para conservar la facultad de renunciar después de este plazo? En otros términos: ¿se aplica el art. 1,456 a los herederos de la mujer? La jurisprudencia francesa se ha declarado por la negativa (3), en tanto que los autores profesan generalmente la opinión contraria (4). Una sentencia reciente de la Corte de Lieja ha opinado en este último sentido (5). Creemos que esta es la opinión acertada y, en nuestro concepto, se apoya en el texto mismo de

1 Durantón, t. XIV, pág. 599, núm. 479.

2 Rouen, 30 de Junio de 1857 (Dalloz, 1858, 2, 172).

3 Véanse las citaciones en Aubry y Rau, t. V, pág. 420, nota 33, pfo. 517. Rodière y Pont, t. II, pág. 450, nota 3, y Dalloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 2283.

4 Véanse las citaciones de Aubry y Rau, y Rodière y Pont, t. II, pág. 450 nota 4. En sentido contrario, Colmet de Santerre, t. VI, pág. 282, núm. 123 bis II.

5 Lieja, 21 de Mayo de 1873 (Pasirisia, 1873, 2, 217), casada por sentencia de 14 de Enero de 1875 (ibid., 1875, 1, 79).

la ley, aunque la jurisprudencia contraria invoque el texto. El art. 1,466, se dice, no obliga a los herederos a formar inventario en el plazo de tres meses para conservar la facultad de renunciar después de este plazo, lo que parece decidir la cuestión. Se trata de saber cuál es el sentido de estas palabras: que los herederos de la mujer pueden renunciar a la comunidad en el *plazo* que la ley prescribe a la mujer supérstite. Pues bien, nosotros decimos que el art. 1,456 decide una cuestión de plazo. En efecto, como ya lo hemos observado, el artículo 1,456 deroga al art. 1,453, a la vez que lo aplica: en virtud del art. 1,453 la mujer tiene treinta años para ejercer su derecho de opción; el art. 1,456 mantiene vivo este derecho subordinándolo a una condición: es que la viuda haga inventario en los tres meses. Tiene, pues, en este tiempo el ejercicio pleno de su derecho de opción; más allá del plazo sólo lo conserva con la condición de haber hecho inventario en el citado plazo. Luego la obligación de hacer inventario en los tres meses es una cuestión de plazo; se halla prescripta para que la mujer supérstite conserve su derecho de opción después de los tres meses. De esto se sigue que el art. 1,466, al decir que los herederos de la mujer pueden renunciar en *los plazos* que la ley prescribe a la mujer, decide implícitamente que deben hacer inventario en el plazo de tres meses si quieren conservar su derecho de opción después de este plazo.

Se objeta que el art. 1,456 no habla sino de la *mujer* supérstite y no menciona a sus herederos. La objeción no tiene valor: el art. 1,453, primero de la Sección IV, asimila los herederos a la mujer dándoles los mismos derechos; y el último de la sección, el art. 1,466, les impone las mismas obligaciones. ¿Qué más se necesi-

ta? En todo caso el silencio de la ley nada prueba. El art. 1,455 tampoco menciona a los herederos: ¿quiere esto decir que éstos no puedan atacar su renuncia por causa de dolo?

Hay una objeción que parece ser más seria, es la tradición. Pothier dice que los herederos de la mujer pueden renunciar a la comunidad sin inventario porque no se encuentran en posesión de los efectos de la comunidad; el marido supérstite es quien posee, luego no hay ningún peligro de substracción y, por tanto, la obligación de inventario no tiene razón de ser. Los trabajos preparatorios del Código contestan la objeción. El proyecto del Código Civil, tal como fué votado por el Consejo de Estado, reproducía la doctrina de Pothier; el Tribunado emitió la opinión de que un inventario era siempre necesario, y propuso, en consecuencia, un cambio de redacción que fué adoptado por el Consejo de Estado. Los autores del Código se han, pues, apartado en este punto de la opinión de Pothier. Aun hay más: cambiando de sistema y exigiendo un inventario tanto para los herederos como para la mujer, debía también el Tribunado aplicar a los herederos la disposición del art. 1,456; es decir, asimilar en todo los herederos y la mujer supérstite; tal fué el objeto del art. 1,466. El orador del Tribunado se explica en este sentido: “La renuncia exige un inventario previo y que la mujer no se haya inmiscuido en los bienes de la comunidad. La facultad de renuncia se transmite a los herederos de la viuda con *los mismos cargos y condiciones*” (1). El artículo 1,466 así interpretado por los mismos que lo hicieron inscribir en el Código, no deja ninguna duda, en nuestro concepto.

1 Simeón, **Discurso** núm. 39 (Loeré, t. VI, pág. 465).

Núm. 2. Disolución de la comunidad por la muerte del marido.

429. La mujer sobrevive, pero llega a morir antes de haber tomado calidad y encontrándose aún en el plazo de tres meses y cuarenta días. ¿Cuáles son los derechos de sus herederos? El art. 1,461 prevé la hipótesis, pero se limita a reglamentar la cuestión de los plazos que tienen los herederos para hacer inventario y deliberar; volveremos a ocuparnos en este punto. Hay una primera dificultad: ¿debe aplicarse el art. 1,475 y decidir que el derecho de la mujer se divide entre los herederos y que, por consiguiente, uno puede aceptar y renunciar los otros? Hay un motivo de duda. El artículo 782 prevé la dificultad para los herederos de un sucesible que muere sin haber tomado calidad. Si los herederos no se hallan de acuerdo para aceptar o renunciar la sucesión, debe aceptarse bajo beneficio de inventario. ¿Debe aplicarse esta disposición por analogía a los herederos de la viuda? Habría que responder afirmativamente si el art. 782 fuese la aplicación de un principio general. Se ha sostenido así diciendo que habiéndose abierto el derecho en la persona del sucesible, éste debía aceptar o renunciar: no puede, seguramente, dividir el ejercicio de su derecho de opción; en este sentido su derecho es indivisible. Y lo transmite a sus herederos tal como lo tenía él mismo. Luego sus herederos deben aceptar o repudiar por el todo; si no están de acuerdo, sólo queda, para zanjar la dificultad, imponerles un modo de aceptar que parece conciliar todos los intereses, la aceptación beneficiaria. Si estos principios son verdaderos en materia de sucesión, deben serlo en materia de comunidad si la situación es idéntica. En

nuestro concepto, el art. 782 no es la expresión de los verdaderos principios. No es exacto decir que el derecho hereditario se vuelve indivisible cuando un sucesible lo transmite a sus herederos. Para apreciar la naturaleza de un derecho hay que ver cuál es su objeto; este es el principio formulado por el art. 1,217 que define la obligación divisible y la indivisible; y siendo divisibles los bienes de que se compone una herencia, cuando menos intelectualmente, el derecho en éstos bienes es divisible según el art. 1,217; luego cada heredero debería tener el derecho de aceptar su parte o de renunciarla. Considerando su derecho como indivisible, el artículo 782 deroga el principio establecido por el artículo 1,217, que es el lugar de esta materia. Esto decide nuestra cuestión. No se pueden aplicar por analogía disposiciones excepcionales; hay, pues, que descartar la excepción del art. 782 para atenerse a la regla del artículo 1,217, a no ser que haya en el título del *Contrato de Matrimonio* una disposición que se oponga a ello. Nada dice el Código acerca de esta dificultad en la sección IV, que trata de la aceptación de la comunidad; en la sección de la partición es donde el art. 1,475 prevé el caso en el que los herederos de la mujer no están acordes. ¿Cuál es la hipótesis que tiene en consideración la ley? No dice los herederos de la *mujer muerta*, dice los herederos de la *mujer*; se puede, pues, aplicar el art. 1,475 a los herederos de la mujer *supérstite* que muere en el plazo de tres meses y cuarenta días. Lo que Pothier dice de la naturaleza del derecho de comunidad, confirma esta interpretación; enseña que este es un derecho divisible; si es divisible cuando la mujer *murió primero*, ¿por qué había de ser indivisible cuando la mujer sobrevive y llega a morir dentro de los

tres meses y cuarenta días? Se debe, pues, apartar el art. 782 porque deroga los principios que rigen la divisibilidad. No consagrando la ley esta excepción en materia de comunidad, hay que atenerse al art. 1,475, interpretándolo según el principio del 1,217; es decir, aplicándolo a todas las hipótesis según las cuales los herederos están llamados a ejercer los derechos de la mujer (1).

430. Cuando la viuda muere en el plazo de tres meses y cuarenta días sin haber tomado calidad, sus herederos tienen cada uno un derecho individual de aceptar o renunciar la comunidad por su parte hereditaria. ¿En qué plazo deben ejercer este derecho? Hay que aplicarles el principio del art. 1,466; ejercen el derecho de la mujer tal cual lo hubiese ejercido ésta si hubiera sobrevivido. Esto no tiene ninguna dificultad para los herederos de la viuda, pues suceden a sus derechos en la comunidad por vía de transmisión; no tienen, pues, otros derechos que los de la viuda; es decir, que pueden ejercer el derecho de opción durante treinta años, con la condición de hacer inventario en los tres meses. Quedaba por reglamentar la cuestión de los plazos: tal fué el objeto del art. 1,461.

431. “Si la viuda muere antes de fenecer los tres meses sin haber hecho o terminado el inventario, los herederos tendrán, para hacerlo o terminarlo, un nuevo plazo de tres meses a contar desde la muerte de la viuda.” En este plazo de tres meses pueden usar del derecho que pertenecía a la viuda; es decir, renunciar sin estar obligados al inventario. Pero si quieren conservar

1 Mercadé, t. V, pág. 627, núm. II del art. 1475. Colmet de Santerre, t. VI, pág. 300, núm. 135 bis I y II. Orleáns, 14 de Febrero de 1862 (Dalloz, 1862, 2, 56).

la facultad de renunciar después de fenecidos los tres meses, deben, como debiera hacerlo la viuda, hacer inventario en este plazo (1).

El art. 1,461 agrega que los herederos tendrán un plazo de cuarenta días para deliberar después de la clausura del inventario. Esto es de derecho común (artículos 1,457-1,459). Hemos dicho más atrás (núm. 398) cuál es el objeto de este plazo concedido a la viuda; fija la duración de la excepción dilatoria que la viuda o sus herederos pueden oponer a los acreedores que los persiguen, y determina a cargo de quién se harán los gastos de las promociones.

432. “Si la viuda muere habiendo terminado el inventario, sus herederos tendrán para deliberar un nuevo plazo de cuarenta días a contar desde la muerte de ésta (art. 1,461). Los herederos tienen, en virtud del derecho común, un plazo de tres meses y cuarenta días para hacer el inventario de la sucesión y para deliberar; durante este plazo no están obligados a tomar calidad; pueden, por consiguiente, oponer a los acreedores la excepción moratoria. ¿Cómo conciliar el derecho común con el art. 1,461 que parece conceder a los herederos sólo un plazo de cuarenta días, durante el cual podrán rechazar las promociones por excepción moratoria? Es seguro que no se puede obligar a los herederos a tomar calidad dentro de los cuarenta días, aceptando o repudiando la comunidad, pues esto sería obligarlos a tomar calidad como herederos; es decir, con relación a la sucesión dejada por la viuda; en efecto, no pueden aceptar la comunidad que se halla en la sucesión sin aceptar la misma sucesión; así como renunciarían a la sucesión si renunciaran a la comunidad que está com-

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 419 y siguientes, pfo. 517 (4ª edición).

prendida en ella; y no se les puede obligar a resolver acerca de la aceptación o renuncia de la sucesión mientras están dentro del plazo de tres meses y cuarenta días, que se abre a la muerte de la viuda. Síguese de esto que, por regla general, los herederos tienen un plazo de tres meses y cuarenta días para aceptar o renunciar la sucesión, y que tienen el mismo plazo para aceptar o renunciar la comunidad. Sólo se concibe un solo caso en el que los herederos no tendrán sino cuarenta días para deliberar; esto es cuando aceptan inmediatamente la sucesión de la viuda (1).

433. El art. 1,461 agrega: “Los herederos pueden, además, renunciar la comunidad en las formas establecidas más atrás.” Es el art. 1,457 el que reglamenta estas formas. Debe agregarse que la renuncia de los herederos de la mujer puede ser convencional, así como la de la viuda; los derechos y la situación son idénticos.

En fin, el art. 1,461 dice que los arts. 1,458 y 1,459 son aplicables a los herederos de la viuda. Se trata de la prórroga del plazo de tres meses y cuarenta días y de la excepción moratoria que pueden oponer a los acreedores. Traducimos a lo que fué dicho más atrás.

§ V.—DE LOS DERECHOS DE LA VIUDA.

434. La ley concede a la viuda ciertos derechos que no pertenecen a sus herederos porque están fundados en consideraciones personales a la mujer. Son: El luto de la viuda (art. 1,481), los alimentos y la habitación a los cuales tiene derecho durante el plazo para hacer inventario y deliberar (art. 1,465).

1 Durantón, t. XIV, pág. 582, núm. 455. Mourlón, t. III, pág. 94, número 219. Rodière y Pont, t. II, pág. 448, núm. 1169.

Núm. 1.—Del luto de la viuda.

435. Según el art. 1,481, “el luto de la mujer está a cargo de los herederos del marido difunto.” El artículo 1,570 contiene una disposición análoga para la mujer dotal. Conforme al espíritu de la ley, este derecho de la viuda le pertenece, pues, bajo todos los regímenes; así era la antigua jurisprudencia. La razón es que el luto de la mujer nada tiene de común con el régimen referente a los bienes. El motivo por el cual el derecho tradicional lo concede a la mujer contra los herederos del marido es general y se aplica a todos los casos, ya sea que la mujer sea común o dotal, que acepte o que renuncie a la comunidad; el art. 1,461 lo dice terminantemente de la mujer renunciante; lo que prueba que se trató de un derecho concedido a la mujer en tal calidad, haciendo abstracción de las convenciones matrimoniales de los esposos.

Es una máxima del derecho francés que la mujer no debe soportar los gastos de luto de su marido. Esta máxima se liga a la regla igualmente tradicional que obligaba a la viuda a permanecer en la viudez durante un año. Parecía justo, dice Lebrún, que se le ministraran los lúgubres vestidos que le recordaban los deberes de su estado. Esta consideración explica la diferencia que la ley establece entre la mujer y el marido. Pothier observa que el uso no permite al marido pedir a los herederos de la mujer los gastos de su luto: no ve, dice la razón de esta diferencia. Se cita ordinariamente una ley romana que dice que el marido no está obligado a llevar luto por su mujer. Pothier contesta que en nuestras costumbres no sucede ya así, puesto que el marido lleva luto por su mujer como la mujer lo lleva por su marido;

termina diciendo, con el jurisconsulto romano, que no podemos dar la razón de lo que fué establecido por nuestros antepasados. Quizá la diferencia tenga su origen en una desigualdad que desde el punto de vista moral es imposible justificar. El marido no está obligado a observar el año de viudedad que se imponía a la mujer, desde luego no podía reclamar el luto contra los herederos de la mujer; es seguro que este derecho sería extraño si el marido contraía nuevas nupcias; los herederos habrían podido contestarle que volver a casarse y llevar luto de una mujer a la que tan pronto se olvida son cosas contradictorias (1).

436. Esta es una disposición que depende de las costumbres, y el derecho se modifica cuando las costumbres cambian. Encontramos un singular ejemplo de ello en Pothier. “No se concede luto, dice, a las mujeres del pueblo; tal como la viuda de un jornalero.” Pothier no agrega una sola palabra de crítica. En nuestros sentimientos modernos, hallamos insultante esta desigualdad; los autores del Código se cuidaron mucho de no consagrarla; colocan a la mujer del proletario en la misma línea a la del millonario. Sólo cuando se trata de la extensión de la obligación que incumbe a los herederos del marido, es cuando la ley tiene en cuenta la posición social de los esposos: “El valor del luto, dice el art. 1,481, debe ser según la fortuna del marido.”

La ley entiende por luto el crédito que la mujer tiene contra la sucesión de su marido, la cual está obligada a ministrarle la suma necesaria para llevar el luto. Así los herederos del marido no ministran los vestidos de luto a la viuda, le entregan una suma arbitraria

1 Toullier, t. VII, pág. 243, núms. 266-268. Pothier, *De la comunidad*, núm. 678. Lebrún, *De la comunidad*, pág. 222, núms. 38 y 42.

en relación al estado y facultades del difunto; estas son las expresiones de Pothier. La jurisprudencia antigua se mantuvo en nuestras costumbres (1).

Hay también que seguir a la tradición en otro punto. Se hace formar parte de los gastos de luto, dice Pothier, el precio de los vestidos y otra ropa de luto, tanto de la viuda como de sus criados. Hay una sentencia en este sentido de la Corte de Pau: El uso, dice, ha conservado la costumbre de que los criados lleven luto por sus amos, como un homenaje a su memoria; desde luego este gasto no puede estar a cargo de la viuda, la cual tiene para sí derecho al mismo luto (2).

Núm. 2.—De los alimentos.

437. “La viuda, ya sea que acepte o que renuncie, tiene derecho, durante los tres meses y cuarenta días que le son concedidos para hacer inventario y deliberar, a tomar sus alimentos y los de sus criados de las provisiones existentes, y a falta de ellas, por préstamo de la masa común, a reserva de usar de él moderadamente” (artículo 1,465).

La ley concede el derecho de alimentos a la mujer común en bienes, ya sea que acepte o renuncie. Este es un derecho puramente personal de la mujer supérstite según el art. 1,465; los herederos de la mujer no gozan de él. ¿Cuál es el fundamento de este derecho que parece un privilegio? Es muy difícil precisarlo y, sin embargo, hay que saberlo para decidir las cuestiones discu-

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 678. Toulier, t. VII, 1, pág. 216, número 272.

2 Pau, 27 de Mayo de 1837 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 2182).

tibles que ofrece la aplicación del principio. Se lee en una sentencia reciente de la Corte de Casación, que la disposición del art. 1,465 está inspirada por un sentimiento de humanidad y de alta consideración (1). La Corte de Rouen, cuya sentencia confirmó la Suprema Corte, se declaró en el mismo sentido. "Por respeto a la aflicción de la viuda se le quiso evitar, en los primeros tiempos, los cuidados de procurarse sus medios de existencia y de habitación (2). Aubry y Rau dan otro motivo. La viuda, dicen, está en posesión de la comunidad; ella es quien administra, la ley le da el derecho de ejecutar actos de conservación y de administración provisionales (art. 1,454). El inventario que forma por interés de los acreedores y de los herederos del marido, tanto como por su propio interés, es el verdadero motivo por el cual la ley da a la mujer los alimentos y habitación durante el plazo concedido para hacer inventario y para deliberar (3). Ambos argumentos, como lo diremos más adelante, conducen a consecuencias muy diferentes; importa, pues, saber cuál es el verdadero.

Nada se dice, acerca de este punto, en los trabajos preparatorios. Hay, pues, que ocurrir a las disposiciones del Código. Dar a la mujer los alimentos y habitación porque administra es concederle un salario. ¿Por qué había de remunerarse a la mujer por sus cuidados más bien que al marido? Si la ley hubiera querido indemnizar a la mujer debería haberle dado mayor extensión a los derechos que le confiere, sentando como principio que la mujer tendría derecho a los alimentos y a la

1 Denegada, Sala civil, 15 de Diciembre de 1873 (Dalloz, 1874, 1, 113).

2 Rouen, 12 de Mayo de 1871 (Dalloz, 1872, 2, 203). En el mismo sentido Rodière y Pont, t. II, pág. 306, núm. 1026.

3 Aubry y Rau, t. V, pág. 423, nota 39, pfo. 517 (4ª edición).

habitación mientras administra; y, que si acepta, queda en posesión y administra hasta la partición. Considerados como salarios, los derechos de la mujer se explican difícilmente, mientras que se comprenden considerándolos como disposición de favor y de humanidad. Encontramos el mismo pensamiento en el art. 1,570: la mujer dotal puede exigir sus alimentos, durante el año del luto, a expensas de la sucesión del marido, abandonando a los herederos del marido el interés de su dote. Este favor está evidentemente dictado por humanidad; no se quiere que la mujer se halle en la miseria en el momento en que pierde a su marido y que la vida de holganza y riqueza que tenía sea reemplazada por privaciones. El plazo es menor en el caso de comunidad, porque la mujer no renuncia a ninguno de sus derechos; puede tomar su parte en la comunidad y no obstante, reclamar sus alimentos y habitación; lo seguro es que la situación de la viuda es, generalmente, menos buena que la del marido supérstite. ¿No sería esta situación la que despertó la solicitud del legislador?

438. ¿Cuál es la extensión de los derechos de la mujer? El art. 1,465 le permite tomar en la masa sus alimentos y los de sus criados. Nada dice de los hijos. Estos son herederos de su padre; tienen una fortuna personal que el tutor gestiona, y también el tutor es quien está llamado a su manutención. La ley no tenía, pues para qué preocuparse por ellos. Los autores distinguen entre los hijos comunes y los de un matrimonio precedente (1); esta distinción nos parece arbitraria, no descansa ni en el texto ni en los principios; creemos inútil discutirla.

¿Qué debe entenderse por alimentos? ¿Es un crédi-

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 432 y nota 40, pfo. 517 y los autores que citan.

to púramente alimenticio, proporcionado para las necesidades de la viuda? El art. 1,465 dice que la mujer debe usar *moderadamente* del derecho que se le concede. El juez decidirá esto, ¿pero según qué principio? ¿Son las necesidades de la mujer o la condición social del marido las que se tomarán en consideración? No se sabe. Creemos que es en este último sentido como se debe decidir la dificultad. La ley lo dice para el luto de la mujer (art. 1,481): ¿si su luto es según la fortuna del marido se reducirán sus alimentos a lo estrictamente necesario? La jurisprudencia se declaró en favor de esta opinión, así como la doctrina: se deben interpretar por espíritu de humanidad las leyes que dictó la humanidad (1).

439. ¿A cargo de quién son los alimentos? Acerca de este punto hay una diferencia entre el luto y el crédito alimenticio. El art. 1,481 dice que el luto se halla a cargo de los herederos del marido, mientras que el artículo 1,465 pone los alimentos a cargo de las provisiones existentes en la comunidad; y si no las hay tiene la mujer derecho para pedir las prestadas a cargo de la masa común. Es bastante difícil darse cuenta de esta diferencia; es probable que el art. 1,481 sea una consecuencia de la máxima tradicional según la cual el marido difunto es quien debe pagar el luto; es una idea material, pero remonta a la antigüedad, tiempo de barbarie y no de delicadeza. Lo seguro es que la comunidad es la que paga los alimentos; podrá suceder que indirectamente sean los herederos del marido. Si no hay provisiones, la mujer está autorizada a pedir prestado a cargo de la comunidad, sin distinguir si es ésta buena o mala; si

1 Rodière y Pont, t. II, pág. 306, núm. 1027. Véase la jurisprudencia en el **Repertorio** de Dalloz, en la palabra **Contrato de Matrimonio**, núm. 2272.

DE LA COMUNIDAD LEGAL.

545

es mala, la mujer renunciará y, por consiguiente, el préstamo recaerá a cargo de los herederos del marido, puesto que ellos deberán soportar todos los gastos de la comunidad. Quizá sea en previsión de este resultado por lo que la mujer debe, según la ley, usar moderadamente del derecho que ésta le concede.

440. El art. 1,465 dice que la mujer tiene derecho a los alimentos durante los tres meses y cuarenta días que se le conceden para hacer inventario y para deliberar. ¿Qué debe decidirse si la mujer toma calidad antes de la expiración de este plazo? Renuncia inmediatamente, como es su derecho, sin hacer inventario: ¿tendrá, no obstante, derecho a los alimentos? La hipótesis contraria puede presentarse. La mujer hace inventario; el plazo de tres meses no le basta; obtiene una prórroga: ¿tendrá derecho a los alimentos hasta que fenezca el nuevo plazo? ¿O debe decidirse que en uno y otro caso el plazo de tres meses y cuarenta días es fijo en el sentido de que los alimentos son concedidos durante dicho plazo, sin distinguir si la mujer ha tomado calidad o no y si su plazo fué prorrogado? La cuestión ha sido discutida; admitimos la última opinión que es la consagrada por la jurisprudencia (1). La solución depende del motivo en el cual descansa el crédito alimenticio de la mujer. Si se admite que el art. 1,465 se halla fundado en un sentimiento de humanidad y de consideración, como lo dice la Corte de Casación, se debe decidir como consecuencia que el plazo es fijo. ¿Puede concebirse que un plazo fijado por humanidad varíe según las circunstancias puramente accidentales? ¿No solicita un sentimiento humanitario que la mujer tenga derecho a los ali-

1 Metz, 10 de Mayo de 1860 (Daloz, 1861, 5, 89). Rouen y Denegada citada, pág. 453, notas 1 y 2.

mentos cuando se ve precisada a renunciar sin hacer inventario por causa del mal estado de la comunidad? ¿Y exige la humanidad que la mujer haya tenido derecho a los alimentos durante un plazo más largo porque el inventario no pudo acabarse en el plazo ordinario? Esto no tiene explicación.

La opinión que la jurisprudencia ha admitido está también en armonía con el texto; el art. 1,465 dice muy claramente que la mujer tiene derecho a los alimentos durante los tres meses y cuarenta días que le son concedidos para hacer inventario y deliberar. Así la ley fija el plazo; desde luego no puede depender del juez prorrogarlo cuando el inventario no está concluido, ni abreviarlo cuando lo está antes de los tres meses, o cuando la mujer toma calidad sin hacer inventario.

La opinión contraria invoca el espíritu de la ley y sostiene que la mujer no tiene derecho a los alimentos sino porque administra y hace inventario; en consecuencia, tanto tiempo como dura esta administración legal, lo que puede ser más o menos tres meses y cuarenta días. Hemos dado nuestro parecer acerca de este punto (número 437); es inútil entrar en la discusión de las diversas opiniones de los autores, sus contradicciones les quitan toda autoridad (1).

Núm. 3.—De la habitación.

441. El segundo inciso del art. 1,465 da a la mujer supérstite el derecho de habitación; dice así: “No debe pagar *renta* por la habitación que ocupe durante estos

1 Véanse en diversos sentidos, Aubry y Rau, t. V, pág. 423, nota 39, pfo. 517 y los autores que citan. Hay que agregar Colmet de Santerre, t. VI, pá. 280, núm. 122 bis I

DE LA COMUNIDAD LEGAL.

547

plazos, en una casa dependiente de la *comunidad* o perteneciente a los *herederos del marido*; y si la casa en que vivían los esposos en la época de la disolución de la comunidad era arrendada, la mujer no contribuirá durante los mismos plazos al pago de dicha renta, la que se tomará de la masa común."

¿Cuál es la causa de esta segunda facultad? Es igualmente personal a la viuda; sus herederos no pueden reclamarla (art. 1,495); está concedida a la mujer en las mismas circunstancias que los alimentos y durante los mismos plazos. ¿No debe deducirse que tiene el mismo fundamento y la misma naturaleza? Hay, sin embargo, un nuevo motivo de duda, es la opinión de Pothier; dice que la comunidad está como si hubiera ocupado la casa con los efectos que en ella tiene y de los que la mujer es sólo la encargada; es, pues, la comunidad, dice, quien debe pagar la renta de la casa (1). ¿Los autores del Código han seguido la opinión de Pothier? Es difícil opinar cualquiera cosa acerca de este punto, puesto que nada se encuentra en los trabajos preparatorios; pero resulta de varios textos que el derecho de habitación y el crédito alimentario forma un solo y mismo derecho; deben, pues, tener el mismo fundamento. ¿Se concibe que el legislador conceda alimentos a la viuda por sentimiento de humanidad y que sólo le dé habitación como salario? A decir verdad, el alojamiento está comprendido en el crédito alimenticio. En efecto, la palabra *alimentos* tiene un sentido técnico que comprende la habitación; el segundo inciso del art. 1,465 completa, pues, el primero. Ambas disposiciones reunidas dan a la mujer derecho a los alimentos y a la habitación;

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 571.

tiene además los vestidos, puesto que el luto le es ministrado por los herederos del marido; creemos que todos estos derechos tienen un solo y único fundamento, la humanidad y las consideraciones. El art. 1,570 confirma esta opinión: la mujer dotal tiene siempre derecho a la habitación durante el año del luto; no es esto un salario seguramente; la mujer, cuando muere el marido, vuelve a tomar su dote y, no obstante, goza de la habitación a expensas de la sucesión del marido, disposición de pura humanidad. ¿Acaso la humanidad depende del régimen de los esposos? ¿Y por qué lo que es de alta consideración bajo el régimen dotal había de ser un salario bajo el régimen de la comunidad?

442. La habitación que el art. 1,465 concede a la viuda nada tiene de común con el derecho de habitación de que trata el Código en el título del *Usufructo* (1). Este último derecho es real, mientras que el art. 1,465 da a la mujer un crédito alimenticio; es decir, un derecho de obligación. Lo prueba el texto de la ley; la mujer ocupa la casa a título de *arrendamiento*, por lo mismo, en virtud de un derecho de crédito. No hay ninguna razón para establecer un derecho real; basta que la mujer tenga un alojamiento asegurado y este alojamiento tal como lo tenía cuando vivía su marido, aunque no pueda sobrepasar su fortuna actual. Esto viene en apoyo de lo que acabamos de decir: el derecho tiene un carácter de humanidad y la humanidad no es mezquina.

443. ¿A cargo de quién está la habitación de la mujer? ¿Es la comunidad o los herederos del marido los que la deben soportar? Hay en la doctrina alguna incertidumbre acerca de este punto. Creemos que la masa común es la que debe pagar la renta de la casa que habi-

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 281, núm. 122 bis III.

DE LA COMUNIDAD LEGAL

549

ta la mujer. Existe un caso en el cual la misma ley lo dice: cuando los esposos ocupaban una casa arrendada cuando la disolución de la comunidad, la mujer continúa habitándola sin contribuir a la renta, la cual, dice el art. 1,465, se pagará de la masa. Si la casa pertenecía a la comunidad, el resultado es el mismo; la mujer tiene derecho de habitarla sin tener que pagar ninguna renta; el cargo pesa, pues, sobre la masa. Queda el caso en el cual la casa ocupada por los esposos, y después de la muerte del marido por la mujer, pertenece a los herederos del marido; la mujer no debe pagar ninguna renta, dice el art. 1,465; ¿quiere esto decir que los herederos del marido estén obligados a soportar esta carga? La ley no lo dice, y sería contrario a los principios el que lo dijera. En efecto, la habitación forma parte del crédito alimenticio de la mujer; y los alimentos se toman de la masa común; lo mismo pasa con la renta en dos casos: ¿por qué no había de ser lo mismo en el tercero? Sería una verdadera anomalía que no tendría ninguna razón de ser (1).

444. Hay una hipótesis que no prevé la ley: de ahí nuevas incertidumbres. El arrendamiento de la casa ocupada por los esposos, y después por la viuda, llega a terminar. Se pregunta si la mujer tiene derecho a una indemnización por el alojamiento. No entendemos por qué esta cuestión es discutida (2). ¿Puede depender de una casualidad que la mujer tenga o no derecho a la habitación? El primer inciso del art. 1,465 ministra un argumento de analogía que basta para decidir la cuestión:

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 280, núm.122 bis II en sentido contrario Troplong, t. II, pág. 30, núm. 1598, que es inútil combatir porque arguye fuera todo principio.

2 Véanse los autores citados por Aubry y Rau, t. V, pág. 423, nota 41, pfo. 517.

cuando no hay provisiones existentes la mujer está autorizada a pedir las por vía de préstamo por cuenta de la masa. Si la masa debe, en cualquiera hipótesis, suministrarle alimentos, ¿por qué no había de facilitarle la habitación? Hay igual razón para decidir; o mejor dicho, esta es una sola y misma obligación. Creemos inútil insistir. Queda por saber a cargo de quién será esto. En nuestra opinión, la cuestión está resuelta de antemano: el crédito alimenticio es una deuda de la comunidad, por consiguiente, ella es la que debe pagarla; la mujer contribuirá si acepta, y no contribuirá si renuncia.

SECCION VII. — *Liquidación de la comunidad.*

Artículo 1. — De las compensaciones.

445. Las palabras *recompensas* o *compensaciones* son una expresión peculiar a la comunidad, son sinónimas de *indemnización*; la ley emplea algunas veces las dos palabras juntas, de manera que una sirve para explicar la otra (arts. 1,403-1,406). Hemos encontrado muchos casos en los cuales se debe recompensa a la comunidad o por la comunidad. Así, pues, según el art. 1,403, la comunidad no tiene derecho de abrir una mina durante el matrimonio en un fundo de uno de los esposos; si el esposo abre la mina los productos le pertenecen; y si de hecho se entregan a la comunidad, ésta debe compensación o indemnización al esposo propietario del fundo; le debe, por este punto, una compensación pecuniaria. El art. 1,406 decide que el inmueble cedido por un ascendiente a uno de los esposos, con cargo de pagar las deudas del donante a sus acreedores, le quede como propio, a reserva de *recompensa* o *indemnización*; es

decir, que si la comunidad paga estas deudas, lo hace por cuenta del esposo deudor; tiene derecho a ser indemnizada por este punto.

446. La comunidad puede, pues, deber recompensa a los esposos, y éstos pueden deber compensaciones a la comunidad. Pothier explica muy bien que estas compensaciones respectivas deben ser liquidadas antes que se pueda proceder a la partición cuando la mujer acepta. Si los esposos tienen derecho a compensaciones son acreedores de la comunidad; este crédito deberá tomarse de la masa antes que pueda procederse a la partición, puesto que disminuye la masa repartible. Al contrario, si uno de los esposos es deudor de una compensación, es menester que la entregue a la masa antes que se pueda proceder a la partición, puesto que dicha compensación aumenta la masa por dividir.

Si la mujer renuncia a la comunidad es inútil liquidar los créditos del marido contra la comunidad ni las indemnizaciones de que es deudor, pues por efecto de la renuncia ya no hay comunidad, no hay ya masa que dividir, todos los bienes se vuelven propiedad del marido; por consiguiente, la confusión se hace en su persona por lo que debe a la comunidad y lo que la comunidad le debe. Pero siempre es necesario, en caso de renuncia, liquidar las compensaciones de la mujer contra la comunidad, pues tiene acción por este punto, contra el marido o sus herederos. Y es menester igualmente liquidar las indemnizaciones que ella debe a la comunidad, pues queda obligada a ello para con su marido (1).

447. Supongamos por el momento que la mujer acepte. Debe constituir, en este caso, la masa divisible y, por consiguiente, liquidar las respectivas compensa-

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 582.

ciones de la comunidad y de los esposos. Se llama esta operación *liquidación*, porque deja conocer claramente de un modo líquido (*quod liquet*) cuáles son los valores que deben dividirse. Cuando las compensaciones quedan establecidas se agrega a los bienes existentes lo que los esposos deben a la masa y se deduce de ello lo que la comunidad debe a los esposos: lo excedente forma la masa divisible. Antes de decir cómo se hacen los entregos y las prelaciones a que dan lugar las recompensas, debe verse en qué casos los esposos y la comunidad deben compensaciones y cuál es su monto.

§ I.—DE LAS COMPENSACIONES DEBIDAS POR LA COMUNIDAD
A LOS ESPOSOS.

¿Cuándo debe la comunidad compensación a los esposos?

I.—Principio.

448. El art. 1,433 enumera dos casos en los cuales la comunidad debe recompensa a los esposos y fija el monto de la compensación. Pero la ley no sienta ningún principio. Para entender esta singular redacción hay que remontarse a los orígenes del derecho de compensación. Este es un principio tradicional, pero que ha cambiado de naturaleza. Cosa singular, en nuestras primitivas costumbres no había lugar a compensación en provecho de los esposos cuando uno de sus bienes propios era enajenado y el precio había sido entregado a la comunidad. Para que el esposo propietario tuviese derecho a una compensación, era necesario que el contrato de matrimonio estipulase que los cónyuges tendrían reemplazo por el precio de sus propios enajenados; a falta

de reemplazo podían exigir el precio entregado a la comunidad; cuando no había cláusula de reemplazo el esposo no podía ejercer ninguna devolución. Es difícil darse cuenta de estos usos antiguos; sólo se daba valor a los inmuebles; cuando éstos se convertían en valores muebles, la comunidad los aprovechaba. Sin embargo, resultaba un inconveniente; esto era una vía abierta para que los cónyuges se aventajasen, y las liberalidades entre esposos estaban generalmente prohibidas en nuestro derecho antiguo. Para impedir estas ventajas indirectas, la nueva costumbre de París concedió la devolución del precio aunque no hubiera ninguna convención. Como la venta de un propio era el medio usual para aventajarse, la costumbre se limitó a prever el caso de enajenación; el art. 232 decía así: “Si durante el matrimonio se vende alguna heredad o renta de uno de los cónyuges, el precio de la venta se vuelve a tomar de los bienes de la comunidad en provecho de aquel a quien pertenecía la heredad, aunque al vender no se hubiese convenido hacer reemplazo y ninguna declaración haya sido hecha acerca de ello.” Esta disposición se extendió por el uso y la autoridad de la costumbre de París a todas las costumbres y formó un derecho común. Pothier dice que está sencillamente fundada en este principio: que no se permite a uno de los cónyuges aventajar al otro a sus expensas durante el matrimonio. Sin embargo, el principio de las compensaciones fué admitido hasta por las costumbres que permitían a los esposos aventajarse. Pothier da como razón de esto que habría inconvenientes en considerar como liberalidad indirecta la ventaja que resulta de la enajenación de un propio sin reemplazo, cuando nada probaba que la intención del esposo ven-

dedor fuera el de aventajar a su cónyuge (1). El Código Civil autoriza también las donaciones entre esposos declarándolas revocables. Si consagró el principio de las compensaciones, no fué por razón de las ventajas indirectas que uno de los esposos podía adquirir respecto del otro; la recompensa está fundada ante todo en una consideración de equidad. Los inmuebles no entran en la comunidad, ¿por qué habrán de entrar en ella al enajenarlos? Puesto que el inmueble era propio del esposo que lo vendió, el precio debe también serle propio, si no la enajenación de los inmuebles conduciría a un cambio en las convenciones matrimoniales; un valor que debía permanecer propio se volvería un valor común.

449. El origen del principio de las compensaciones explica la redacción del art. 1,433; reproduce el art. 232 de la costumbre de París, agregando a la enajenación la recompra debida por el propio. Es seguro que esta enumeración no es restrictiva, el texto del Código lo prueba. Hemos recordado el art. 1,403 que da al esposo una compensación contra la comunidad cuando se abre una mina en su fundo durante el matrimonio y cuando los productos entran en la masa común, este caso no está recordado en el art. 1,433, lo cual prueba que la ley sólo cita ejemplos. Pothier sentaba el principio en términos generales; después de haber dicho que cada cónyuge es acreedor de la comunidad por el precio de sus propiedades enajenadas durante el matrimonio, agrega: "Se puede también establecer como principio general que cada uno de los cónyuges, cuando la disolución del matrimonio, es acreedor por todo lo que enriqueció a la comunidad a sus expensas." El art. 1,437 reprodujo esta fórmula general de las recompensas para las indemniza-

1 Pothier, **De la comunidad**, núm. 585.

ciones que los esposos deben a la comunidad; hay identidad de razón para las indemnizaciones que la comunidad debe a los esposos (1).

450. El art. 1,433 aplica el principio a la enajenación de un propio: "Si se vende un inmueble perteneciente a uno de los esposos y el precio se entrega a la comunidad sin reemplazo, hay lugar a la devolución de este precio tomado de la comunidad en provecho del esposo que era propietario del inmueble vendido." La ley supone que el precio fué entregado a la comunidad; bajo esta condición es como hay lugar a la compensación; volveremos a tratar este punto. Cuando el dinero se entrega a la comunidad, ésta se convierte en propietaria de él en virtud del principio del usufructo de las cosas consumibles, pero se vuelve propietaria a reserva de restitución; la comunidad es usufructuaria; adquiere, pues, la propiedad del precio, pero con cargo de compensación. Ya hemos dado la razón de esto. Se dice ordinariamente que la comunidad debe compensación, si no se enriquecería a expensas del esposo vendedor; esto es verdad, pero equivale a decir que el cónyuge del vendedor resultaría beneficiado con la mitad del precio (2). Esta es la teoría antigua de las compensaciones; no es ya aplicable al derecho moderno, puesto que los esposos pueden hacerse liberalidades. Más vale decir que la comunidad debe una indemnización al esposo por razón de haber percibido un valor que tiene que quedarle propio, puesto que reemplaza un propio.

451. La donación en pago está asimilada a una venta; produce, en general, los mismos efectos. En lo que

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 352, nota 3, pfo. 511. Rodière y Pont, t. II, página 220, núm. 933. Colmet de Santerre, t. VI, pág. 185 núm. 78 bis II.

2 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 184, núm. 178 bis I.

se refiere al derecho a una compensación, esto es seguro. Pothier lo hace notar. Cuando uno de los cónyuges dá su herencia propia en pago de una deuda de la comunidad, es acreedor a la devolución del monto de la deuda, pues la comunidad queda liberada; sucede, pues, lo mismo que si un tercero hubiera pagado la deuda a que estaba obligada ella: la comunidad debe, pues, indemnizarle sus anticipos (1). Se supone, naturalmente, que se trata de una deuda que la comunidad debía soportar sin compensación; si tuviera derecho a recompensa contra el esposo cuyo inmueble sirvió para saldar su deuda, éste no tendría derecho ya a una compensación, puesto que pagó su propia deuda; aunque la comunidad estuviera obligada a pagarla, esta deuda no se halla a su cargo, es del esposo.

452. El art. 1,433 dice: "Si uno se ha redimido en dinero de una servidumbre debida a herencias propias de uno de los cónyuges y el precio ha sido entregado a la comunidad, hay lugar a indemnización de este precio en provecho del esposo que era propietario de las servidumbres recompradas." El caso es idéntico al de la venta, pues la servidumbre que se debía a la herencia del esposo forma parte de ella; el esposo que consiente en la recompra enajena, pues, una parte de su fundo, y le enajenación parcial da lugar a recompensa tanto como la enajenación total.

453. El art. 1,433 exige una condición para que el esposo tenga derecho a una compensación. Es menester desde luego que no haya habido reemplazo; esto se entiende, puesto que en caso de reemplazo el esposo está indemnizado por el inmueble subrogado al propio ena-

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 594. Aubry y Rau, t. V, pág. 353 pfo. 511.

jenado. La condición esencial requerida para que se deba compensación al esposo es que el precio haya sido *entregado a la comunidad*. ¿Qué debe enterarse por esto? Pothier se expresa en otros términos que explican los que usa el Código: "El esposo vendedor tiene *devolución*, cuando la disolución de la comunidad, por todo lo que *ha entrado en la comunidad*, por la enajenación de este propio." No es, pues, necesario que el precio haya sido materialmente entregado a la comunidad; desde que el precio le llegó, es decir, cuando fué puesto a su disposición, fué empleado por ella, el esposo tiene derecho a una recompensa (1).

454. De esto resulta que si el adquiriente no paga su precio el esposo no tiene derecho a una recompensa contra la comunidad; ésta nada percibió y nada tiene que devolver. El esposo vendedor posee una acción contra el comprador; esta acción no cae en la comunidad, pues la del pago del precio pertenece al vendedor y la comunidad no vende; si recibe el precio y adquiere su propiedad, es como usufructuaria. Mientras el precio no está pagado el crédito queda propio del esposo, la comunidad no tiene sobre él ningún derecho; por tanto, no puede estar obligada de ningún modo. Esto no ofrece ninguna duda; la doctrina y la jurisprudencia están acordes (2).

Hay una ligera dificultad en lo que se refiere a la enajenación de un propio de la mujer. El comprador no paga y se vuelve insolvente; si el derecho de la mujer perece por la negligencia del marido, tiene derecho a daños y perjuicios; esto no es dudoso, pero ¿constituye

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 585.

2 Nancy, 7 de Febrero de 1840 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 656). Rodière y Pont, t. II, pág. 223, núm. 938.

este derecho una verdadera compensación? Es seguro que el art. 1,433 no es aplicable, pues el derecho al precio ha quedado como propio de la mujer, nada percibió la comunidad, por lo mismo, no está obligada a compensación. Esto será una acción ordinaria por daños y perjuicios contra el marido que entrará en el pasivo de la comunidad, como todas las deudas del marido, pero que permanece sometida a los principios especiales que rigen las compensaciones (1).

455. El marido delega a sus acreedores el precio procedente de la enajenación de un propio de la mujer. ¿Tiene ésta derecho a recompensa? Si se atuviera uno a la letra de la ley, habría que decir que la comunidad no debe compensación porque nada percibió la masa común. Pero esto sería interpretar mal la ley y contrariamente a la tradición que el Código ha consagrado. El precio fué entregado a la comunidad cuando le llega, como dice Pothier; y el precio le aprovechó seguramente cuando el marido, señor y dueño, lo empleó en pagar su deuda, que lo es también de la comunidad. Nada importa que el precio haya sido delegado en lugar de entregado a la comunidad y después dado al acreedor. El resultado es el mismo (2).

456. Distinta es la cuestión de saber si es necesario que el precio entregado a la comunidad le haya aprovechado. La ley no exige esto; basta, según la interpretación de Pothier, que el precio haya llegado a la comunidad; el marido se hace propietario, lo usa como quiere, puesto que es señor y dueño; desde que el precio fué recibido por la comunidad la mujer debe tener re-

1 Durantón, t. XIV, págs. 492 y siguientes, núm. 358, que combate la opinión contraria de Delvincourt, la que ha quedado aislada.

2 En sentido contrario, Rodière y Pont, t. II, pág. 223, núm. 938.

compensa. Tal sería el caso en el cual el marido hubiera hecho donativo manual del dinero entregado a la comunidad; es decir, en sus manos. La Corte de Angérs lo sentenció así en un caso en el cual el marido había entregado a título de donativo, a un hijo natural, el dinero procedente de la venta. Se objetaba que esta entrega había tenido lugar en el estudio del notario inmediatamente después que los fondos habían sido contados, para inducir de esto que el precio no había sido entregado a la comunidad; ¿qué importa? dijo la Corte, el dinero es entregado a la comunidad desde que su jefe, el marido, los recibe o dispone de él; y dispone al darlo, pues tiene derecho para ello (art. 1,422). La ley no se preocupa del empleo que hace del precio el marido, no exige que este empleo sea provechoso, sólo pide una cosa: que el precio haya llegado a la comunidad (1).

La Corte de Casación ha consagrado esta doctrina en un caso que pudiera parecer dudoso. Los dos esposos habían adquirido conjuntamente un inmueble y el precio había sido pagado con el dinero procedente de la enajenación de un propio. Parecióle al primer juez que la mujer no podía reclamar su precio a título de compensación contra la comunidad, cuando había consentido en hacer un reemplazo. Ahí estaba el error: no había reemplazo, puesto que la condición requerida por la ley no había sido observada. Y a falta de reemplazo la mujer tiene derecho a compensación desde que el precio de su propio ha sido entregado a la comunidad; el art. 1,430 es terminante. La sentencia de la Corte de Pau fué casada (2).

1 Angérs, 7 de Marzo de 1845 (Dalloz, 1845, 2, 59). Rodière y Pont, t. II, pág. 222, núm. 937.

2 Casación, 30 de Marzo de 1869 (Dalloz, 1869, 1, 236).

457. El esposo que reclama una recompensa por el precio de su propiedad enajenada, ¿debe probar que el precio fué entregado a la comunidad? En nuestro concepto, la afirmativa no es dudosa; esta es la aplicación de los principios elementales que rigen a la prueba. El demandante debe probar el fundamento de su demanda; ¿y en qué se funda, en el caso, la demanda del esposo? En que el precio de su propio fué entregado a la comunidad; debe, pues, probar este hecho. No basta que el esposo establezca el hecho de la venta; puede haberla sin que el precio llegue a la comunidad; la venta no es la causa del derecho del esposo a una indemnización, sólo es la cosación; la verdadera causa es que el precio fué entregado a la comunidad; es, pues, este hecho lo que el demandante debe probar.

Esto está generalmente admitido cuando el marido es quien reclama una recompensa por el precio de su inmueble. La Corte de Casación lo sentenció así. El primer juez había pensado que el solo hecho de la venta durante el matrimonio implicaba la presunción de que el precio había sido entregado a la comunidad; deducía de esto que nada tenía que probar el marido, a reserva de que el demandado estableciera que el precio no había sido entregado a la masa. Esta supuesta presunción es una de las mil presunciones que los intérpretes imaginan, olvidándose de que sólo el legislador tiene derecho de crear presunciones que equivalgan a la prueba, y que una presunción legal tiene que ser establecida por una ley especial que la ligue a ciertos hechos. La decisión de la Corte de Bourges fué casada; la sentencia de la Suprema Corte es notable, confirma plenamente la doctrina que hemos tantas veces reproducido. La Corte se ve obligada a recordar los más elementales principios; es

el esposo demandante quien debe probar su demanda; es decir, que debe probar que el precio fué entregado a la comunidad; a falta de esta prueba su demanda tiene que ser desechada (art. 1,315). Se hacía una singular objeción que denota la ignorancia de los más sencillos elementos del derecho: el demandado, decíase, oponía una excepción a la demanda, puesto que sostenía que el precio no había sido entregado a la masa, lo que le obligaba a dar la prueba. No, dijo la Corte de Casación, el demandado niega sólo que el precio haya sido entregado; y negar no es oponer una excepción; el demandado está en su derecho negando, sólo cuando el demandante ha probado el fundamento de su demanda es cuando el demandado debe probar el fundamento de la excepción que opone. La Corte de Bourges había, pues, violado los arts. 1,315 y 1,433 (1).

¿Deben aplicarse los mismos principios al caso en que la mujer reclama una compensación por el precio de su inmueble enajenado? En derecho no hay ninguna razón para hacer una diferencia entre la mujer demandante y el marido demandante. ¿Acaso no está sometida la mujer a la regla del art. 1,315? Y si está sometida a dicho artículo, ¿con qué derecho se la dispensaría de la

1 Casación, 13 de Agosto de 1832 (Dalloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 1502). Consúltase Denegada de la Corte de Casación de Bélgica, 10 de Junio de 1869 (**Pasicrisia**, 1869, 1, 406). Esta sentencia no es contraria a la de la Corte de Casación de Francia: decide que el solo hecho de haber recibido el marido el dinero implica la prueba de que fué entregado a la comunidad. Estaba probado, en el caso, que el marido había recibido el precio de la venta y que no se había hecho reemplazo. Esta prueba era suficiente, mientras que en el caso juzgado por la Corte de Casación de Francia, el solo hecho de la venta estaba probado; la sentencia atacada sacaba de ello una **presunción** legal que dispensaba de la prueba el demandante. Hay una sentencia en el mismo sentido, de la Corte de Casación de Francia. Denegada, 9 de Abril de 1872 (Dalloz, 1873, 1, 28). El sentencista la interpretó mal y la formuló también mal.

obligación que le incumbe de probar el fundamento de su demanda? Sin embargo, así se hace. Los autores enseñan que el marido es administrador de los bienes personales de la mujer; deducen que se le *presume* haber recibido el pago del precio si éste era exigible, y por consiguiente, dicen que el marido demandado debe probar que el precio fué recibido por la mujer o que el adquirente lo debe aún (1). No titubeamos en decir que hay error y confusión en la opinión general. Se admite una presunción que no establece ninguna ley: esto es violar el art. 1,351. He aquí el error; no se puede contestar, puesto que los principios son incontestables. Decimos que hay confusión. Pagar al marido es pagar a la comunidad, dice Troplong. Nó; el marido no recibe como jefe de la comunidad, recibe como administrador de los bienes de la mujer, y lo que recibe como tal no entra necesariamente en la comunidad; luego se acumulan presunciones que la ley ignora, y se confunde lo que el marido hace como administrador de los bienes de la mujer y lo que hace como señor y dueño de la comunidad. Que no se nos objeten las probabilidades; por fuertes que sean éstas, sólo se vuelven presunciones por el poder de la ley; el intérprete no puede dar a las probabilidades la fuerza de una presunción legal.

458. ¿Cuál es el monto de la recompensa a la que tiene derecho el esposo? El Código no lo dice terminantemente, pero el principio resulta del texto del art. 1,433. En los dos casos previstos por la ley se trata de un precio que procede, sea de la venta de un propio, sea de la

1 Marcadé, t. V, pág. 533, núm. II del art. 1433. Rodière y Pont, t. II, pág. 224, núm. 939. Troplong, t. I, pág. 330, núm. 1096. Hay una sentencia de la Corte de Bruselas, en el mismo sentido, de 8 de Junio de 1855 (*Pascristia*, 1856, 2, 57).

liberación de una servidumbre; este precio se entrega a la comunidad; este precio es, dice el art. 1,433, el que el esposo recobra de la masa común. Así el monto de la compensación consiste en la suma que fué entregada a la comunidad o, como dice Pothier, que le ha llegado. Poco importa que la comunidad lo haya aprovechado; siempre lo aprovecha en este sentido: que se hace propietaria del dinero que recibe; en cuanto al empleo de este dinero es extraño a la cuestión de las recompensas (núm. 456). No hay, pues, que considerar el valor del inmueble o de las servidumbres; puede ser inferior o superior al precio, el vendedor es quien aprovecha o sufre perjuicio, esto nada tiene que ver con la comunidad, ésta queda obligada por razón del dinero que recibe y que debe devolver.

El art. 1,433 sólo contiene ejemplos; es decir, aplicaciones de un principio; el mismo principio se aplica a todas las compensaciones que la comunidad debe a los esposos. Debe, pues, formularse en términos generales: el monto de la compensación se determina por el monto de las sumas entregadas a la comunidad. Esta es la decisión del texto; está en armonía con el espíritu de la ley. ¿Por qué tiene el esposo derecho a una recompensa? Porque un valor que le es propio ha sido entregado a la comunidad; tiene derecho a *volverlo a tomar*. En la doctrina tradicional se dice que la comunidad debe recompensa por lo que se ha enriquecido.

Esta es la misma idea siempre que la palabra *enriquecer* signifique que la comunidad haya sacado un *provecho* de la suma recibida (1).

459. El art. 1,433 aplica el principio a la venta de un

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 185, núm. 78 bis 111.

propio; dice que el esposo toma de la comunidad el precio que fué entregado a ésta. La costumbre de París decía en términos aun más claros: *El precio de la venta se vuelve a tomar*. Esta es en el fondo la misma idea, pues las palabras *devoluciones* y *prelación del precio* constituyen una *devolución* que los esposos ejercen antes de la partición. Es, pues, el *precio de la venta* lo que el esposo vendedor *vuelve a tomar*. Pothier da el comentario de este texto. Si el propio fué estimado en el contrato de matrimonio ¿tendrá el esposo derecho al precio del avalúo? No, pues la estimación se refiere al valor del inmueble en la época del matrimonio; y el esposo no recobra el valor, vuelve a tomar el *precio* de la venta, porque esto fué lo que recibió la comunidad y no el *valor*. Por la misma razón el esposo no recobra el *valor* que toma el inmueble cuando la enajenación, pues no es el valor lo que se entrega a la comunidad, es el precio que le fué entregado, y el esposo no puede *volver a tomar* sino aquello que la comunidad ha recibido (1).

460. El art. 1,433 dice que el esposo toma el precio que fué entregado a la comunidad; es decir, el precio real y no el simulado que puede haber sido declarado en el acta por las partes contratantes, pues el precio real es el que recibe la comunidad y no el ficticio. La Corte de Casación se ha pronunciado en este sentido y esto no es dudoso. En el caso el primer juez, fijándose en el sentido vulgar de la palabra *precio*, había decidido que la recompensa sólo podía hacerse tomando por base la venta; luego, decía la Corte de Lyon, es el acta de venta la que decide. El art. 1,436, invocado por la sentencia, no dice lo que se le hace decir: "La recompensa se hace con base de la venta, cualquiera que sea la ale-

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 586.

DE LA COMUNIDAD LEGAL

565

gación que se haga tocante al valor del inmueble enajenado.” No se dice en términos absolutos que la devolución se haga con base de la venta; la ley compara el precio dicho en el contrato, con el valor del inmueble; dice, pues, en estos términos, que el esposo vuelve a tomar, no el valor sino el precio; no se trata del precio real comparado con el ficticio que las partes han declarado en el contrato. ¿Qué es lo que *vuelve a tomar* el esposo? Lo que recibió la comunidad; en consecuencia, el precio real que le fué entregado. La interpretación de la Corte de Lyon abriría la puerta al fraude; mejor dicho, facilitaría y consagraria el fraude. Un inmueble de la mujer se vende en 30,000 francos; el marido dice en el acta que fué vendido en 20,000; hay fraude al fisco y fraude a los derechos de la mujer si la devolución se ejecuta conforme al precio declarado; 30,000 francos habrán sido entregados a la comunidad y la mujer sólo volverá a tomar 20,000. La compensación está fundada en una consideración de equidad y de justicia; la comunidad no debe enriquecerse a expensas de los esposos; y se enriquecería con 10,000 francos, si habiendo recibido 30,000, sólo devolviera 20 mil (1).

461. El precio simulado da lugar a una dificultad de prueba. Se pregunta si el esposo vendedor es admitido a probar cuál fué el verdadero precio y si puede dar esta prueba por testigos. Creemos que al esposo debe permitírsele probar por testigos cuál precio fué entregado a la comunidad. Hay un caso en el que la cuestión no es dudosa. El marido vende un propio por 20,000 francos;

1 Casación, 14 de Febrero de 1843 (Dallos, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 3354). Rodière y Pont, t. II, pág. 224, núm. 941, y todos los autores.

el acta dice que la venta fué por 30,000; la declaración se hizo en fraude de los derechos de la mujer; si la devolución se hiciera con fundamento del acta, el marido volvería 30,000 francos mientras sólo entregó 20,000; la comunidad perdería, pues, 10,000 francos, lo que constituye una pérdida de 5,000 francos para la mujer. ¿Puede ésta probar por testigos el hecho de la simulación y del fraude? La afirmativa es segura. Es de principio que los terceros sean admitidos a probar por testigos y por simples presunciones el fraude cometido en su perjuicio (artículos 1,348 y 1,353); y la mujer es un tercero; luego puede probar por testigos que el precio no es de 30,000 francos sino de 20,000. Transladamos al título *De las Obligaciones* por lo que se refiere al principio.

Si es una de las partes contratantes la que pide probar que el precio citado en el contrato fué simulado, la cuestión se hace más difícil y dudosa. Se trata de saber si se deben aplicar al caso los principios que rigen la prueba testimonial. Según el art. 1,341, no se recibe ninguna prueba por testigos contra y además de lo contenido en una acta. Si debe aplicarse esta regla no se podrá admitir la prueba testimonial cuando el esposo vendedor pide probar que el precio declarado por él en el acta fué simulado: en efecto, esto sería probar contra el acta y el art. 1,341 prohíbe esta prueba por testigos. La Corte de Casación se declaró por la admisión de la prueba testimonial. En el caso se trataba de la venta de un propio de la mujer hecha por ambos esposos; los herederos de la mujer solicitaban probar por testigos que el precio declarado en el acta era simulado. Se les oponía el art. 1,341; la mujer, por ser parte en el acta, no podía probar con testigo contra la misma acta. La Corte de Casación contesta que la regla del ar-

título 1,341 tiene una excepción en los casos previstos por el art. 1,348, especialmente cuando hay cuasidelito; y la simulación alegada por los demandantes era fraudulenta, por lo mismo constituía un cuasidelito por parte del marido para con la mujer; la Corte dedujo de esto que el fraude pudo ser probado por testigos. Sin duda el fraude y el dolo pueden probarse por testigos y por presunciones pero, ¿podía invocar la mujer este principio cuando había tenido participación en la simulación que probablemente había tenido por objeto defraudar al fisco? Esto es muy dudoso. Si la ley admite la prueba del fraude por testigos, es porque es imposible para el que alega procurarse una prueba literal; y estando de acuerdo ambos esposos para simular el verdadero precio ¿quién les pudo impedir hacer una contraescritura? El art. 1,348 no sería aplicable sino en el caso en el cual el marido hubiera practicado maniobras fraudulentas para decidir a su mujer a declarar un precio simulado y con el objeto de hacer un fraude a su derecho de compensación; en esta hipótesis habría imposibilidad moral para que la mujer se procurase una prueba literal del fraude cometido en su perjuicio y, por consiguiente, la prueba testimonial sería indefinidamente admisible. La Corte de Casación da otro motivo; aunque, dice la mujer hubiese participado conscientemente de la simulación del precio, este hecho no podría serle opuesto porque es el resultado de la influencia marital. ¿No es esto establecer en fraude de la mujer una presunción que la ley ignora? Según el art. 1,348 debería probar que se encontró en la imposibilidad de procurarse una prueba literal de la simulación a la cual ella misma concurrió. La Corte la dispensa de esta prueba diciendo que su concurso es el

resultado obligado de la influencia marital (1). Sólo el legislador puede dispensar al demandante de la prueba que le incumbe estableciendo una presunción en su favor, y en ninguna parte establece la ley la presunción de que la mujer no es libre aunque figure en una acta con su marido.

La Corte de Douai ha formulado con precisión la doctrina que combatimos. Distingue, en lo que se refiere a la prueba de la simulación, entre el marido y la mujer. Al marido se le aplica el art. 1,341; el acta hace fé para con él por el precio que lleva, porque él es dueño de la redacción del instrumento y, por consiguiente, no puede admitírsele a probar contra su contenido. No pasa así con la mujer; sólo estipula en el contrato bajo la influencia de la autoridad marital; *su consentimiento no es suficientemente voluntario y libre para ser obligatorio por su parte* cuando sus derechos se hallan comprometidos por una falsa enunciación. Esta es seguramente la presunción por la cual la mujer está dispensada de la prueba que debiera dar según el art. 1,348 (2). No creemos que el juez pueda fundarse en lo que ordinariamente sucede para inducir que la mujer no está libre; sólo el legislador tiene este derecho. Nuestra conclusión es que la prueba por testigos de la simulación del verdadero precio no puede hacerse si se admite que la cuestión se decide según los principios de los arts. 1,341-1,348.

462. Hay otra opinión que descarta al art. 1,341, por no ser aplicable a la cuestión que discutimos. Al decir que la prueba por testigo no se admite contra el acta, el art. 1,341 se ocupa en las relaciones de las partes con-

1 Casación, 14 de Febrero de 1843 (Daloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 3354). y 30 de Diciembre de 1857 (Daloz, 1858, 1, 37).

2 Douai, 28 de Abril de 1851 (Daloz, 1852, 2, 290).

tratantes entre sí, los derechos y las obligaciones que constan en el acta; una de ellas no admite a probar que estos derechos no son tales como el acta los formula; cuando menos no puede dar esta prueba por testigos porque los documentos valen más que testigos. Y cuando el marido o la mujer solicitan probar que el verdadero precio fué alterado en el acta, el debate no existe entre las partes contratantes, vendedor y comprador; el comprador está fuera de causa; se trata de saber cuál es el precio que fué entregado a la comunidad y del cual ésta debe compensación. Este es un orden de ideas enteramente distinto que es ajeno a la máxima de que los documentos valen más que los testigos (1). La interpretación es ingeniosa, pero ¿no estará en oposición con los términos absolutos del art. 1,341? “No se recibe ninguna prueba por testigos contra y además de lo contenido en el acta.” Por lo mismo, los que figuran ella deben tener cuidado de procurarse una prueba literal de la realidad de los hechos cuando la verdad está disimulada en el acta, si no se les puede oponer la regla del art. 1,341.

Intentaremos otra explicación que aparta igualmente la aplicación del art. 1,341. Es de principio que los hechos puros y simples se prueben indefinidamente por testigos. Y ¿cuál es, en el caso, el hecho del que el demandante por compensación pide dar prueba? Es el hecho de que una suma de dinero fué entregada a la comunidad por uno de los esposos. ¿Debía este hecho constar por escrito? Puede sostenerse que es un hecho material. El hecho jurídico, en el caso, es la venta; también lo es el reemplazo del precio; pero el hecho de la entrega de una suma en las arcas de la comunidad es un hecho puro y simple o material, luego puede pro-

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 353, nota 5, pfo. 511 (4ª edición).

barse por testigos. Esto no es ponerse en oposición con el art. 1,341. No se trata de saber cuál fué el precio de la venta, sino de conocer qué suma fué entregada a la comunidad. Supongamos que sólo una parte del precio haya sido entregado a ésta, ¿no se permitiría a la parte interesada probar cuál es la suma precisa que fué entregada? La prueba por testigo sería seguramente admitida, es la única prueba posible de los hechos. El marido recibe el precio pagado por el comprador: he aquí un hecho jurídico que debe ser probado según la regla del art. 1,341. Después de esto, el marido entrega todo o sólo una parte a la comunidad, he aquí un hecho material. Se puede, pues, decir que la mujer está en la imposibilidad de procurarse una prueba literal de este hecho, pues no concurre a él. El mismo marido no podría hacer un escrito ni levantar acta del depósito que hace a sí mismo, pues este depósito no probaría que el precio haya llegado a la comunidad; sólo quedan la prueba por escrito y las presunciones.

Agregaremos que la admisión de la prueba testimonial es el único medio para garantizar los derechos de los esposos y, sobre todo, de la mujer. La ley le asegura un derecho de compensación. ¿De qué le servirían estas garantías si tuviera que probar por escrito el hecho de la entrega? Las más veces sería imposible la prueba y por falta de ella el derecho de la mujer perecería. Hay autores y sentencias que se han colocado exclusivamente en el terreno de las compensaciones (1). En consecuencia, admiten tanto al marido como a la mujer probar por testigos cuál fué la suma entregada a la comunidad. Se dice que ante todo hay que mantener la composición

1 Rodière y Pont, t. II, pág. 226, núm. 942. Besacón, 21 de Junio de 1845 (Dalloz, 1851, 5, 93).

del fundo común y del patrimonio propio de los esposos en los términos de la ley; tal es el objeto de las compensaciones. Esto es verdad, pero queda la dificultad de la prueba que es bien grande. No es resolverla el apartarla dejándola pasar en silencio.

463. Los mismos principios se aplican a todos los casos en que hay lugar a una compensación en favor de los esposos. Si el inmueble propio de un esposo ha sido dado en pago de una deuda de la comunidad, ésta debe recompensa, pero ¿de qué suma? ¿Será por el valor del inmueble? No, se debe compensación de la suma que fué entregada a la comunidad; en el caso de donación en pago es el monto de la deuda lo que constituye el pago, luego es esta suma la que el esposo tiene derecho a recibir. Esto se funda también en la razón. La comunidad devuelve lo que ha recibido; y recibió la suma necesaria para pagar la deuda. Con esto es con lo que se enriqueció, como se dice ordinariamente; está, pues, obligada por la cantidad con que se enriqueció (1).

464. El art. 1,433 prevé el caso de la recompra de una servidumbre debida a herencias propias de uno de los esposos. ¿Por qué se le debe compensación? Esta es la venta de una parte de la propiedad; se debe, pues, aplicar el principio de la venta; es decir, que el esposo tiene derecho de volver a abonar el precio que fué entregado a la comunidad.

Pothier prevé otra hipótesis que no es muy práctica, pero que hace más claro el principio. Supone tres herencias contiguas; la primera, la del alto, es un propio; la de enmedio, pertenece a un vecino, y la baja es bien ganancial. Hago con mi vecino una convención por la que relevo su herencia de una servidumbre que debía a

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 186, núm. 78 bis V.

mi mismo; como precio de esta renuncia, el vecino franquea la propiedad ganancial de otra servidumbre que ésta debía a su heredad. Se me debe compensación, puesto que he enriquecido a la comunidad por el franqueo de un derecho de servidumbre que gravaba su fundo haciendo remesa de la servidumbre que se debía a mi mismo. ¿Cuál será el monto de dicha compensación? Pothier contesta que será la suma que vale el franqueo de la servidumbre de que estaba cargada la propiedad ganancial; en efecto, la comunidad se enriqueció por esta suma; pero Pothier agrega esta reserva: “hasta concurrencia sólo de la suma que vale la servidumbre de que hice remesa; de manera que si ésta valía 1,000 francos mientras que la servidumbre que tenía la ganancial valía 1,200, la comunidad sólo debe una compensación de 1,000 francos. ¿Por qué no debe la comunidad una compensación de 1,200 francos de la que aprovecha? Es porque no debe compensación del beneficio que saca de la suma recibida, sólo la debe de la suma que le fué entregada; ¿y qué entregué a la comunidad? El valor de mi derecho, 1,000 francos; luego sólo puedo reclamar 1,000 francos” (1).

465. El art. 1,403 da derecho a una compensación al esposo en cuyo fundo fué abierta una mina o una cantera durante el matrimonio, si los productos han sido entregados a la comunidad. ¿Cuál será el monto de la compensación? Se supone que, deducidos los gastos de explotación y apertura, los productos llegan a 30,000 francos. ¿Es esta la suma que deberá compensar la comunidad? Sí, pero se dice que con la restricción de Pothier. Debe

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 607. Colmet de Santerre, t. VI, página 186, núm. 78 bis V.

verse lo que el esposo propietario del fundo entrega a la comunidad; y sólo entrega la suma que representa la disminución de valor que sufre el fundo a consecuencia de la apertura y explotación de la mina. Supongamos que haya una disminución de valor de 25,000 francos, sólo habrá entregado a la comunidad dicha suma; por lo tanto, únicamente tiene derecho a una compensación de 25,000 francos. Esta es la solución de Durantón (1; pero nos deja una duda. El esposo tiene el derecho de volver a tomar lo que ha entregado; y realmente entregó 30,000 francos, luego vuelve a tomar esta suma. Hay una diferencia entre esta hipótesis y la de Pothier. Cuando renuncio a una servidumbre que vale 1,000 francos entrego realmente 1,000 francos a la comunidad; poco importa que mi renuncia produzca a la comunidad un gran provecho; la comunidad devuelve el valor que recibió y no el provecho que le resultó. En el caso del art. 1,403 la comunidad recibe, se supone, 30,000 francos, debe devolverlos; no es exacto decir que el esposo sólo se empobrece en 25,000 francos, se empobrece por lo que entrega, y entrega realmente 30,000 francos; se debe al esposo lo que entrega a la comunidad.

Se debe también compensación al esposo en virtud del art. 1,403 si se hizo un corte de madera en un bosque que le pertenecía, cuando según la regla este Corte hubiera debido hacerse más tarde. ¿Cuál será el monto de la compensación? Un corte sólo debió hacerse en 1877, fué hecho en 1870 y la comunidad se disolvió en 1875. Se debe una indemnización al esposo propietario por lo que produjo el corte, pero hecha deducción del valor de los dos años que tenía la madera el día de la disolución

1 Durantón, t. XIV, pág. 462, núm. 335.

de la comunidad; esto es lo que realmente enteró el esposo en la comunidad (1).

II.—De los derechos vitalicios.

1. Venta de un propio por un derecho vitalicio.

466. ¿Se aplican los principios generales a la enajenación de un propio cuando el precio consiste en una renta vitalicia o un usufructo? La cuestión presenta dos dificultades. Se pregunta primero si hay lugar a compensación. Y suponiendo que se deba compensación, se pregunta cuál es su monto.

Creemos que debe aplicarse a la enajenación de un propio mediante un derecho vitalicio, el principio general establecido por el art. 1,433. La ley no distingue en qué consiste el precio que el esposo recibe por la enajenación de su propio; siempre que hay un precio y que éste se entrega a la comunidad, ésta debe devolver lo que ha recibido. Y cuando vendo un inmueble por una renta vitalicia es seguro que existe un precio, a reserva de saber en qué consiste; luego hay lugar a compensación. Así sucedía en el derecho antiguo. Ni siquiera se discutía la cuestión, tan evidente parecía ser la solución en presencia del texto de la costumbre; existió un precio, fué entregado a la comunidad, luego el esposo lo vuelve a tomar. La única dificultad estaba en saber cuál era la cifra de la compensación que podía reclamar el esposo y sobre qué base se fijaba su monto; este es el único punto que Pothier y Lebrún examinan, lo cual basta, según nosotros, para zanjar la cuestión. El Código ha reproducido la disposición de la costumbre de París; hay,

1 Durantón, t. XIV, pág. 463, núm. 337.

pues, que entenderla tal como se entendía en el derecho antiguo, a no ser que crea que el Código deroga la tradición (1).

Así se ha sostenido. El art. 588, se dice, considera los réditos de la renta vitalicia como el producto del derecho a la renta, y lo asimila a los intereses. De esto se ha deducido que la comunidad tiene derecho a los réditos a títulos de frutos civiles, sin estar obligada a ninguna restitución, lo mismo que el usufructuario. ¿En este sistema qué es la enajenación de un inmueble mediante una renta vitalicia? Es el cambio de un propio por otro propio. La renta vitalicia queda como propiedad del esposo vendedor; por este capítulo no hay ninguna recompensa que reclamar; si sobrevive, conserva su derecho a la renta; si muere, su derecho se extingue, es verdad, pero esto no impide que la renta le haya sido propia y que haya substituído su inmueble enajenado. En cuanto a los réditos percibidos por la comunidad, el esposo no tiene ningún derecho sobre ellos, puesto que pertenecen a la comunidad a título de usufructo (2). La Corte de Casación contesta que esta doctrina confunde dos hipótesis enteramente distintas. El art. 588 reglamenta las relaciones entre un nudo propietario y el usufructuario; decide la cuestión de saber en qué consiste la substancia de una renta vitalicia, substancia que el usufructuario debe conservar para devolverla cuando se extingue el usufructo. La disposición así entendida se aplica también a la comunidad como usufructuaria. Si uno de los esposos tenía una renta vitalicia

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 352 y nota 4, pfo. 511. Esta opinión fué muy bien defendida por Colmet de Santerre, t. VI, pág. 191, núm. 78 bis XI.

2 Esta es la opinión de Rodière y Pont y de los autores que citan (t. II, página 230, nota 2).

en la época del matrimonio, y si esta renta le queda propia, la comunidad que tiene el goce de los propios percibirá los réditos de la renta sin estar obligado por este punto a ninguna restitución; si la renta aun existe cuando la disolución de la comunidad, el esposo la vuelve a tomar como vuelve a tomar todos sus propios. Distinta es la cuestión de las compensaciones; se decide, no por el art. 588 sino por el 1,433. La comunidad tenía el goce de un inmueble que le dejaba un producto de 1,200 francos. Este inmueble es enajenado por una renta vitalicia de 2,000 francos: ¿el esposo vendedor entregará el precio de su propiedad a la comunidad? Tal es la cuestión de la recompensa. Y es bien claro que los réditos representan una parte del capital, por lo mismo una parte del fundo; y en consecuencia, una parte del fundo se entrega a la comunidad. Esta no tiene derecho al fundo ni al capital del precio ni, por consiguiente, a la parte de los réditos que representan el fundo; debe, pues, compensación por esta parte de los réditos, así como devuelve el precio del capital que recibe. Que reciba el fundo bajo la forma de precio firme, o bajo la forma de productos vitalicios, ¿qué importa? Se enriquece en todo caso a expensas del esposo propietario; éste, al entregar a la comunidad una parte de su fundo, tiene derecho, por este punto, a una compensación.

Se objetan las absurdas consecuencias a que conduce la opinión generalmente seguida. Supongamos, se dice, que la comunidad dure cuarenta años después de que uno de los esposos ha enajenado su propio por una renta vitalicia: deberá la diferencia que existe entre el producto ordinario y los réditos de la renta: 800 francos en el ejemplo que hemos dado: luego después de cuarenta años el esposo tendrá derecho a una compensación

de 32,000 francos y volverá a tomar más que su renta. ¿Por qué es este absurdo? ¿Acaso no ha entregado el esposo 32,000 francos en la comunidad que le eran propios? El esposo vuelve a tomar su precio y la comunidad devuelve lo que ha recibido (1). Supongamos que este resultado sea absurdo, diremos aún: ¿qué importa? Al legislador toca tomar en consideración los resultados y consecuencias de los principios que consagra: el juez no tiene por qué inquietarse por ellos, aplica la ley tal cual es; si es mala hay que reclamar al legislador.

467. Nos queda por ver cómo se determina el monto de la recompensa. Creemos que en este punto debe seguirse la tradición, así como en la cuestión que acabamos de examinar. Esta es la opinión consagrada por la jurisprudencia. Pothier establece como principio que la recompensa consiste en la suma en la que los réditos percibidos desde la enajenación hasta la disolución exceden los productos de la heredad, los cuales habrían entrado en la comunidad si el propio no se hubiese enajenado. El principio procede de la razón en que se funda la compensación. Los réditos se componen de dos elementos desde el punto de vista de los derechos de la comunidad; primero, los intereses del precio capital que sirvió para fijar el monto de la renta, y después, de una parte del capital que varía según la edad del credirrentista. La comunidad no debe compensación por la parte de los réditos que representan el producto del inmueble, pues tiene derecho al goce de los propios. Sólo debe compensación por la parte de los réditos que repre-

1 Casación, 8 de Abril de 1872 (Dalloz, 1872, 1, 108). Denegada, 1.º de Abril de 1868 (Dalloz, 1868, 1, 311). Las cortes de apelación están divididas, pero las sentencias son anteriores a la sentencia de casación. Véanse las citaciones en Aubry y Rau y en Rodiere y Pont.

sentan el capital o fundo, pues no tiene derecho al fundo ni al capital que lo representa.

Pothier cita el siguiente ejemplo: El producto de un propio enajenado era de 600 francos por año; se le enajena por una renta vitalicia de 1,000 francos; la comunidad dura diez años después de la enajenación. ¿De qué debe compensación la comunidad? La renta vitalicia excede de 400 francos anuales del producto del inmueble enajenado: esto es por los diez años que pasaron desde la enajenación, una suma de 4,000 francos de que aprovechó la comunidad, y de la cual el esposo vendedor debe tener devolución. Si la comunidad se disolvió por la muerte del credirrentista, la renta se extinguió por la misma causa; los herederos del esposo difunto sólo tendrán la compensación, tal cual acabamos de calcularla. Si es el esposo credirrentista, el supérstite tiene derecho de volver a tomar la renta que le es propia; esto es de derecho común (1).

2.—Enajenación de un derecho vitalicio.

468. Uno de los esposos puede tener un derecho vitalicio en propiedad, ya sea una renta estipulada propia por contrato de matrimonio, ya sea un usufructo inmueble. Se supone que se enajena un usufructo inmueble: ¿dará lugar esta enajenación a una recompensa? La cuestión es controvertible y dudosa. Hasta aquí Pothier nos ha servido de guía, y en la duda nos inclinábamos a la tradición. Este guía nos hace falta en la cues-

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 594. Aubry y Rau, t. V, pág. 356, nota 11, pfo. 511 y las dos sentencias citadas más arriba. Debe agregarse *Burdeos*, 10 de Mayo de 1871 (*Dalloz*, 1871, 2, 219). Colmet de Santerre, VI, pág. 193, núm. 78 bis XII, tiene un sistema del que vamos a ocuparnos.

DE LA COMUNIDAD LEGAL.

579

tión de que tratamos. Pothier ha variado; estamos, pues, en presencia de dos opiniones contrarias, apoyándose tanto una como la otra en la autoridad de Pothier. La mayor parte de los autores siguen la que enseñó el último en su *Tratado de la Comunidad* (núm. 592); nosotros preferimos la que profesó en su *Introducción a la costumbre de Orleans* (tít. X, núm. 106).

Para resolver la cuestión hay que hacer una distinción. La comunidad puede disolverse por la muerte del esposo que tiene el derecho vitalicio, tal como el usufructo, o por la muerte del otro cónyuge, por el divorcio, la separación de cuerpos o la de bienes. En esta última hipótesis no hay dificultad; todos están acordes en decir que hay lugar a compensación; vuelve a aparecer el disentiimiento cuando se trata de fijar el monto de la compensación; nos ocuparemos otra vez en este punto. Hay que ver, ante todo, si el esposo supérstite, divorciado o separado de cuerpos o de bienes, tiene derecho a una compensación. El esposo que tiene un usufructo inmobiliario lo enajena, el precio de su propio entra en la comunidad. Se está dentro del texto de la ley. No se puede objetar al esposo vendedor que su derecho es vitalicio y que se haya extinguido por su muerte, pues en el caso el derecho no se habría extinguido, puesto que el esposo supérstite hubiera vuelto a tomar su derecho de usufructo; no lo puede volver a tomar, puesto que lo enajenó; tiene, pues, derecho a compensación por lo que fué entregado a la comunidad a consecuencia de esta enajenación, si no la comunidad se enriquecería a sus expensas, porque se aprovecharía del precio de un derecho que es propio del esposo usufructuario. El espíritu de la ley está, pues, de acuerdo con el texto

P. de D. C. TOMO XXII.—37

para dar al esposo derecho a una compensación; este derecho parece seguro.

No sucede así cuando la comunidad se disuelve por la muerte del esposo usufructuario; tomamos el usufructo como ejemplo; lo que de él diremos se aplica, naturalmente, a la renta vitalicia. Pothier enseña en su *Introducción a la costumbre de Orleáns*, que el esposo que enajena el usufructo no tiene derecho a compensación conforme a esta hipótesis. Para que exista lugar a compensación, dice, es necesario que el esposo haya perdido por enajenación un valor propio que habría tenido derecho de volver a tomar en la disolución de la comunidad; la compensación lo indemniza por esta pérdida. Ya no hay lugar a compensación cuando nada pierde el esposo por la enajenación, pues la recompensa es una indemnización, y el que nada pierde no puede pedir que se le indemnice. Tal es la situación del esposo que enajenó un usufructo cuando llega a morir; el usufructo se se habría extinguido por la muerte aunque no lo hubiera enajenado; sus herederos no habrían, pues, podido reclamar una indemnización por el punto de la enajenación, puesto que no les causa ningún perjuicio; es verdad que no encuentran el derecho de usufructo en la sucesión de su autor; pero si no la encuentran no es porque la haya enajenado sino porque el usufructo que es su derecho vitalicio se habría extinguido independientemente de la enajenación por la muerte del esposo usufructuario. Desde luego no pueden reclamar ninguna compensación, porque toda compensación supone una pérdida; no hay lugar a indemnizar al que nada pierde. Esta solución está también fundada en la razón. Existe una diferencia esencial entre la enajenación de un inmueble y la de un derecho vitalicio:

la enajenación de un inmueble disminuye necesariamente el patrimonio del que lo enajena, pues este inmueble se hubiera encontrado en su patrimonio al disolverse la comunidad; si los herederos del esposo vendedor no lo encuentran es a causa de la enajenación, luego la enajenación, luego la enajenación constituye una pérdida; de ahí el derecho de compensación contra la comunidad que recibió el precio de la enajenación. No sucede lo mismo cuando el esposo ha vendido un derecho vitalicio, este derecho se habría extinguido por su naturaleza a la muerte del esposo; ¿puede decirse que su patrimonio haya disminuido por esta enajenación cuando la comunidad llega a disolverse por su muerte? El patrimonio del que tiene un derecho vitalicio disminuye incesantemente, porque de un momento a otro la muerte se aproxima, y a medida que se acerca el derecho pierde su valor; el patrimonio disminuye, pues, por la naturaleza del derecho; si aún queda algo a la hora de disolución de la comunidad el esposo tiene derecho a una indemnización; si nada queda el esposo o sus herederos nada pueden reclamar por la enajenación del derecho, pues si éste no se encuentra comprendido en el patrimonio del esposo no es porque fué enajenado, sino por la naturaleza vitalicia del derecho (1).

469. En una materia tan difícil no basta exponer la opinión que preferimos, hay también que dar a conocer la opinión contraria que Pothier acabó por adoptar y que ha sido seguida por la mayor parte de los autores modernos. Pothier dice que el esposo que vende un derecho de usufructo o de renta vitalicia propios, tiene derecho a una compensación en todos los casos; es decir, sin

1 Colmet de Santerr, t. VI, pág. 186, núm. 78 bis VI. Aubry y Rau, t. V, pág. 353, nota 5, pfo. 511 y las autoridades que citan.

distinguir si la disolución de la comunidad acaeció por la muerte del esposo a quien pertenecía el derecho vitalicio, o por la muerte del otro cónyuge. Esta es la única alusión que Pothier hace a su opinión primera; no la combate y no funda su nueva manera de ver. Se adivina fácilmente, por otra parte, el motivo que le hizo variar de opinión; son los términos absolutos de la costumbre, la cual da derecho de compensación en todos los casos en los cuales hay enajenación de un propio sin distinguir si este propio es un inmueble o un derecho vitalicio. El art. 1,433 reproduce la disposición de la costumbre de París; da derecho a una compensación desde que un inmueble se vende y el precio es entregado a la comunidad. ¿No debe decirse que el intérprete no puede distinguir donde la ley no distingue? Contestamos que la distinción entre los derechos perpetuos y los vitalicios resulta de la misma naturaleza de estos derechos. Cuando un inmueble propio se enajena, el patrimonio del esposo se halla necesariamente disminuido, y la comunidad es la que aprovecha esta enajenación al percibir el precio; no tiene derecho al inmueble vendido, tampoco lo tiene al precio del inmueble; si este precio le es entregado, el esposo o sus herederos tienen el derecho de volver a tomarlo, si no la comunidad se enriquecería a sus expensas. Estas son las circunstancias mediante las cuales se efectúa la compensación. Esta situación no se presenta cuando el esposo vende un derecho vitalicio y la comunidad se disuelve por su muerte. ¿Puede decirse, en este caso, que la comunidad aprovecha un derecho inmueble que era propio del esposo? Nó, pues este derecho sólo consiste, en realidad, en un goce vitalicio, y este goce cesa con la muerte del esposo, la cual también es la fecha de la disolución de la

comunidad. Esta, mientras dura, goza como hubiese gozado el esposo usufructuario; la cesión que el esposo hace de su derecho, sólo es un cambio de goce; el precio entregado a la comunidad representa este goce; luego la comunidad no se enriquece con el derecho y, por lo tanto, no debe compensación por este punto. Sólo se enriquece, hasta cierto grado, cuando el esposo usufructuario sobrevive a la disolución de la comunidad, porque entonces subsiste el derecho vitalicio, pero disminuido por el goce que tuvo la comunidad; hay una pérdida, por lo mismo, hay lugar a una indemnización. Pero cuando la comunidad se disuelve por la muerte del esposo usufructuario, el derecho no se pierde por la enajenación, perece porque es un derecho vitalicio; la comunidad no se enriqueció con él, pues no se enriquece cuando el esposo nada pierde. No hay ya aquí los elementos necesarios para que el esposo tenga derecho a una compensación.

Se objeta, y la objeción es muy seria, que para saber si hay lugar a compensación debe considerarse el momento en que se ejecuta la enajenación y no el momento en que se disuelve la comunidad. Y en el momento de la venta el precio de un propio se entrega a la comunidad, luego ésta debe compensación. ¿Puede el derecho de compensación depender de un hecho accidental de la causa que motiva la disolución de la comunidad? Desde que hay venta de un propio y el precio es entregado a la comunidad, el derecho a la indemnización existe y puede ser ejercido cualquiera que sea el acontecimiento por el cual la comunidad se disuelve. La objeción, en el fondo, es la que se toma del art. 1,433. No se tiene en cuenta el efecto de la enajenación del derecho vitalicio: la enajenación será la cesión de un

derecho propio cuando el esposo sobrevive a la disolución de la comunidad, pues vuelve éste a tomar este derecho aunque disminuido; mientras que la enajenación sólo será una cesión de goce cuando la comunidad se disuelve por la muerte del esposo usufructuario. En la primera hipótesis existen los elementos de una indemnización: hay pérdida por un lado y provecho por el otro. En la segunda hipótesis no existen estos elementos; los herederos pierden, pero no por la enajenación, sino por el hecho de ser vitalicio el derecho; no hay, pues pérdida ni provecho, en consecuencia no puede haber lugar a indemnización. Se dice en vano que la compensación dependerá de un hecho accidental; se trata de un derecho vitalicio, o lo que es lo mismo de un derecho sometido a accidentes; y sólo cuando se disuelve la comunidad se puede ver si la enajenación fué una cesión de goce o una cesión de derecho, en lo que se refiere al provecho que la comunidad ha sacado y de la pérdida que sufrió el esposo (1).

470. Todos admiten que hay lugar a recompensa cuando el esposo usufructuario sobrevive a la disolución de la comunidad. Queda por saber cuál será su monto. Acerca de este punto hay nuevas dificultades. Seguiremos de preferencia la opinión de Pothier. He aquí el ejemplo dado por él. El esposo tiene un derecho de usufructo cuyo producto es de mil francos anuales. Lo vende en el precio de 12,000 francos que entrega a la comunidad. El goce de la comunidad disminuye; en lugar de un producto de 1,000 francos sólo tiene el interés de 12,000 francos; es decir, 600 francos; luego pierde 400 francos anuales. La comunidad se disuelve por la muerte del

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 592. Aubry y Rau, t. V, pág. 353, nota 5 y los autores que citan.

cónyuge usufructuario; éste según la opinión de Pothier, tiene derecho a una compensación. Entregó 12,000 francos a la comunidad ¿puede recobrar esta misma suma? Nó, pues si la recobrara se enriquecerá con 400 francos anuales a expensas de la comunidad; si ésta duró diez años después de la enajenación del usufructo, el esposo realizará un beneficio de 4,000 francos y la comunidad perderá esta misma suma. La comunidad sólo se enriqueció en realidad con 8,000 francos, los otros 4,000 restantes representan la pérdida que ha sufrido. Luego el esposo sólo tiene derecho a una compensación de 1,000 francos.

También se ha discutido este punto. Hay autores que dan al esposo vendedor una compensación por la totalidad del precio de venta. El texto del art. 1,433 parece favorable a esta opinión. Es el precio entregado a la comunidad el que el esposo recobra; y entregó 12,000 francos, la comunidad aprovechó esta suma, luego debe compensarla. Es verdad que pierde en productos, pero esta pérdida es la consecuencia natural de la venta del derecho vitalicio; y el esposo tiene derecho de vender y cambiar su modo de goce; la comunidad no tiene más derecho que el esposo, goza como éste hubiera gozado sin poder reclamar indemnización por este punto. Se contesta que esta argumentación no tiene en cuenta la naturaleza de la compensación. Es esencialmente una indemnización por la pérdida que sufre el esposo y una compensación por el provecho que realiza la comunidad; es decir, que lo que sale del patrimonio del esposo y entra en la comunidad da lugar a compensación. Y en el caso ¿qué es lo que sale del patrimonio del esposo, y qué lo que entra en la comunidad? El esposo convierte un producto vitalicio de 1,000 francos en un pro-

ducto perpetuo de 600 francos, ganó en duración lo que perdió en cantidad; la comunidad, por el contrario, sólo tiene una existencia temporal, pierde 400 francos anuales, pérdida que nada compensa. Por lo mismo el beneficio que realiza el esposo vendedor no entra en la comunidad; ésta recibe un capital de 12,000 francos; es verdad que debe devolver, pero si la reembolsara íntegramente devolvería más de lo que recibió, puesto que percibiendo un capital de 12,000 francos sólo tiene ya un goce de 600 francos. ¿Qué es lo que recibe, pues? Recibe 12,000 francos deducidos 400 francos anuales. Sólo debe devolver lo que recibe; luego después de diez años sólo debe devolver 12,000 francos deduciendo de ellos 4,000 francos.

Se dice en vano que la disminución del producto que resulta para la comunidad por la enajenación del usufructo es el ejercicio de un derecho; que el propietario puede gozar como le plazca y que la comunidad no tiene más derecho que el del esposo. Esto no es exacto; el esposo que vende el usufructo no cambia sólo su modo de goce, sino también la naturaleza de su derecho reemplazado, un derecho vitalicio por un derecho perpetuo; ¿lo puede hacer en perjuicio de la comunidad, reclamando el precio de 12,000 francos, sin tener en cuenta la pérdida que ésta sufre por la substitución de un derecho perpetuo a un derecho vitalicio? Nó, pues la recompensa es una cuestión de ganancia y de pérdida, puesto que es una cuestión de indemnización.

Se hace otra objeción. Si la comunidad dura mucho tiempo después de la enajenación del derecho vitalicio, las deducciones que autorizan a la comunidad a hacer por la disminución de goce, podrán absorber y aun sobrepasar la indemnización. Si en lugar de durar diez

años como lo supone Pothier, la comunidad dura cuarenta, podrá deducir 16,000 francos y sólo debe 12,000. El esposo que era acreedor a una compensación se encontraría con que era deudor de ella. Hemos contestado varias veces a objeciones análogas; el intérprete no tiene que atender a las consecuencias que resultan de un principio o de una ley: absurdos o no debe aceptarlos; esto es asunto del legislador (1).

§ II.—DE LAS COMPENSACIONES DEBIDAS A LA COMUNIDAD

Núm. 1.—¿Cuándo se debe compensación?

471. El art. 1,437 enumera varios casos en los que la comunidad tiene derecho a una recompensa contra los esposos: luego establece una regla general en estos términos: “y generalmente cuantas veces uno de los esposos ha sacado un provecho personal de los bienes de la comunidad, debe compensación por ello.” La regla es idéntica a la que establece el art. 1,433 acerca de la compensación que los esposos tienen contra la comunidad, y descansa sobre el mismo fundamento; al formularla la ley da su razón.

Uno de los esposos saca un provecho personal de la comunidad: ¿por qué le debe indemnización por este punto? Porque la comunidad, como la palabra lo indica, tiene por objeto el interés común de los esposos; mejor dicho, de la familia. Es verdad que cada esposo puede tener intereses particulares, puesto que tienen patrimonios propios; estos intereses son extraños a la comu-

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 188, núms. 78 bis VII y IX. Aubry y Rau, t. V, pág. 356, nota 12, pfo. 511 y, en sentido contrario, los autores que citan.

nidad, el esposo debe, pues, atenderlos con sus propiedades y no con los bienes de la comunidad. Si emplea los bienes de la comunidad en su propio interés, saca ventaja mientras que la comunidad sufre una pérdida; la justicia exige que el esposo compense la ventaja que saca de los bienes comunes y de la pérdida que resulta para la comunidad. Tal es el principio de las compensaciones o indemnizaciones que cada esposo debe a la comunidad cuando se sirve de los bienes comunes para su propio provecho.

¿En qué casos hay lugar a compensación? La ley enumera los más usuales en el art. 1,437; prevé otros en otro lugar. Ya los hemos encontrado en el curso de nuestras explicaciones; bastará recordarlos trasladando a lo que fué dicho o al sitio de la materia.

472. Según el art. 1,437, cuando se toma de la comunidad una suma para pagar deudas o cargos personales a uno de los esposos, éste le debe por ello compensación. ¿Qué se entiende por deudas personales de los esposos? Se encuentra la misma expresión en el artículo 1,409, núm. 3; la hemos explicado al tratar del pasivo de la comunidad. El art. 1,437 pone un ejemplo: "El precio o parte del precio de un inmueble propio del esposo." Esto es la reproducción del art. 1,409, 1º. El precio, por ser una deuda mobiliar, entra en el pasivo de la comunidad en el sentido de que la deuda es relativa a un inmueble propio del esposo; la ley agrega que se debe compensación a la comunidad. El art. 1,469 menciona otra deuda personal de los esposos aunque la obligación sólo sea natural: el esposo que dota a un hijo de primer matrimonio con bienes o valores de la comunidad, debe devolverlos; es decir, debe compensación; poco importa que la deuda no sea civil, no por eso deja

de ser cierto que el esposo toma de la comunidad bienes o valores por un interés que le es particular; esto basta para que se halle obligado a dar compensación. No hay para qué distinguir si la dote fué prometida antes o después del segundo matrimonio; esta circunstancia, que parece haber dificultado la decisión de una corte, es por completo indiferente (1); lo que es decisivo es que el esposo haya utilizado bienes comunes en interés que le es personal.

473. El art. 1,437 aplica el mismo principio a los *cargos* que son personales a uno de los esposos; cita como ejemplo la compra de servidumbres. Cuando una servidumbre real, dice Pothier, de la cual una heredad perteneciente a uno de los esposos estaba gravada se vuelve a comprar con dinero de la comunidad, esta compra procura una ventaja al propietario del fundo. El *cargo* le era *personal* en este sentido: que disminuía el valor de un inmueble que le es personal; cuando la heredad se libera de ella el esposo saca una ventaja personal; si la comunidad es la que paga la compra el esposo le debe compensación. Pothier, siempre exacto, tiene el cuidado de decir que se trata de una servidumbre predial (2). Si se tratara de una servidumbre personal, tal como el usufructo que grava el fundo de uno de los esposos, no hay lugar a compensación en razón de que el usufructo se vuelve ganancial. Transladamos a lo que dijimos en otro lugar (t. XXI, núm. 260).

Lo que el art. 1,437 afirma de la recompra de servidumbre se aplica a la liberación de todo cargo real: tal sería la hipoteca que gravara la propiedad de uno

1 Bastia, 31 de Enero de 1844 (Daloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 890).

2 Pothier, **De la comunidad**, núm. 638.

de los esposos. Si la deuda por la cual el inmueble estaba hipotecado es pagada por la comunidad se le debe compensación. El Tribunal del Sena se equivocó en ello. La deuda, dice, aunque garantizada por una hipoteca, no por eso deja de ser mueble, y como tal estará a cargo de la comunidad. Sin duda, pero el pago de la deuda libera al inmueble y lo hace más valioso según la expresión de Pothier; el esposo debe por esta mejora una compensación, como lo sentenció la Corte de París. Lo que probaba que la mujer había aprovechado de la liberación del inmueble, es que la partición atribuía a la mujer la totalidad del precio del inmueble gravado (1).

474. El art. 1,437 da también a la comunidad una compensación cuando se toma de los bienes de la comunidad una suma para la conservación o mejora de los bienes personales de un esposo. Pothier pone como ejemplo el suplemento del justo precio que paga el esposo para evitar o suspender la acción de rescisión por causa de lesión que el vendedor ejerce contra él. Si paga este suplemento con el dinero de la comunidad debe compensación, pues este dinero conservó al esposo la propiedad del inmueble; luego se empleó en un interés que le es particular, y, por consiguiente, hay lugar a indemnización. (2).

Los trabajos que el esposo hace en sus propiedades pueden tener por objeto la conservación de los bienes, su mejoramiento o su embellecimiento: ¿Se debe recompensa en este caso? Esta cuestión es muy discutida; como se relaciona con la suma que por indemnización debe pagar el esposo, la examinaremos al tratar del monto de la compensación. Un punto es seguro, Pothier lo

1 París, 18 de Marzo de 1872 (Dalloz, 1873, 2, 19).

2 Pothier, *De la comunidad*, núm. 632.

hace notar: los gastos de simple mantenimiento no dan lugar a compensación, puesto que constituyen un cargo de la comunidad (art. 1,409, 4^o).

-475. El art. 1,437 no limita el derecho de compensación al caso que prevé, puesto que después de haber enumerado las causas que ordinariamente dan lugar a compensación agrega una regla general cuyos ejemplos que acaba de citar sólo son una aplicación. Hemos dado otra aplicación del mismo principio al tratar de los gastos de labor y siembra que se hacen en las propiedades de los esposos, y de los que aprovechan después de la disolución de la comunidad (t. XXI, núm. 248).

Núm. 2.—Monto de la compensación.

1.—El Principio.

476. Pothier establece tres principios acerca de las compensaciones debidas a la comunidad (1). El primero dice así: "Siempre que uno de los cónyuges se ha enriquecido a expensas de la comunidad debe a ésta compensación."

Este principio está reproducido por el art. 1,437 pero en lugar de decir *se ha enriquecido*, el Código dice: *ha sacado un provecho personal*. Es la misma idea la reproducción de la doctrina tradicional de las compensaciones; la comunidad no puede enriquecerse a expensas de los esposos (art. 1,433), así como los esposos no pueden enriquecerse a expensas de la comunidad. ¿Se enriquecen con la suma tomada de los bienes de la comunidad y deben devolverla íntegramente, o hay que ver

1 Pothier, **De la comunidad**, núm. 613. Consúltese Durantón t. XIV, página 453, núms. 323-325.

cuál es el provecho que han sacado y sólo deben compensación por este provecho?

El primer principio de Pothier no contesta esta pregunta. Sin embargo, resulta una consecuencia que importa notar: es que el principio es idéntico para todas las compensaciones por las que deben los esposos a la comunidad, así como para los que la comunidad debe a los esposos.

477. Pothier sienta otros dos principios. Comenzaremos por el tercero que no da lugar a ninguna duda: "La compensación no excede la cantidad que costó a la comunidad, cualquiera que sea el provecho que haya sacado el cónyuge." Este principio resulta de la naturaleza misma de la compensación. Es una indemnización; es decir, la compensación de una pérdida; y la comunidad sólo pierde lo que ha gastado; no puede, pues, reclamar una indemnización mayor de lo que ha gastado. Si 1,000 francos fueron tomados de la comunidad por un esposo por interés que le es propio y el empleo hecho por el esposo le procura un provecho de 15,000 francos, debe una compensación, no de 15,000 sino de 1,000 francos: la comunidad no puede *recobrar* más de lo que ha *dado*, pues las *compensaciones* debidas a la comunidad son también *devoluciones*. Esto no es dudoso, aunque se haya discutido el principio ante los tribunales; la jurisprudencia y la doctrina se hallan de acuerdo (1).

Deduciremos de ello una consecuencia muy importante; el art. 1,437 dice que el esposo debe compensación cuantas veces saca un *provecho* personal de los bienes de la comunidad. No debe tomarse la palabra *provecho*

1 Lieja, 13 de Abril de 1859 (*Pasicrisia*, 1860, 2, 123). Colmet de Santerre, t. VI, pág. 211 núm. 84 bis II.

DE LA COMUNIDAD LEGAL

593

en el sentido de estimar el que saca el esposo de la comunidad; sólo devuelve aquello que *tomó*. ¿No debe deducirse de esto que el empleo hecho por el esposo del dinero de la comunidad es indiferente en lo que se refiere al monto de la compensación? Un punto es seguro, el de que la comunidad no puede prevalerse de este empleo en la medida que fué provechoso al esposo. Queda por saber si puede uno valerse contra ella del empleo que no es provechoso para el esposo, en el sentido de que el provecho es menor que el gasto.

478. El tercer principio de Pothier contesta a la cuestión: “La compensación no es siempre igual a lo que importó a la comunidad para el negocio particular de uno de los cónyuges, sólo se debe hasta concurrencia del provecho que se sacó.” Así si el marido toma 10,000 francos en la comunidad para ejecutar trabajos en su propio o en el de la mujer; resulta de ello una mejora de 8,000 francos; el esposo propietario sólo debe compensación por 8,000 francos, pues sólo aprovecha esta suma.

¿Ha sido consagrado este principio por el Código Civil? Se pudiera creerlo al leer la regla formulada por el art. 1,437: el esposo debe compensación del *provecho* personal que saca de la comunidad, por lo mismo, en tanto que lo aprovecha, es decir, hasta concurrencia de dicho provecho. Pero el texto no es tan decisivo como parece serlo. Acabamos de hacerlo notar, y acerca de este punto no hay ninguna duda: no se toma el provecho en consideración cuando es mayor que la suma tomada de la comunidad; esto equivale a decir que la buena suerte está en favor del esposo; entonces ¿no será equitativo que el esposo soporte también la mala suerte? Dejemos por un momento la cuestión de equidad para ate-

nernos al texto. La palabra *provecho* no decide la dificultad, es sinónima de la palabra *enriquecerse*; debe, pues, verse por cuánto se enriquece el esposo y cuál es el monto de la compensación que debe por haberse enriquecido.

El principio del art. 1,437 responde a nuestra cuestión: "Siempre que se toma de la comunidad una *suma*, ya sea para pagar deudas o cargos personales a uno de los esposos, etc., se debe compensación." ¿De qué debe compensación, según los términos de la ley? Debe compensación por la *suma* que *tomó* de la comunidad; esto es decir que *devuelve* lo que ha *tomado* o que la comunidad *recobra* lo que anticipó. Si es así en los diversos casos enumerados por el art. 1,437, también así debe ser en los demás casos. En otros términos, la regla que formula la ley, después de haber dado aplicaciones, no puede tener otro sentido que estas mismas aplicaciones; luego el *provecho* de que habla la regla consiste en la suma que de la comunidad tomó el esposo; él es, pues, deudor de dicha suma a título de compensación.

El art. 1,408 confirma la interpretación que damos al art. 1,437. Un esposo propietario de un inmueble por indiviso adquiere, mediante una suma de 20,000 francos, la parte de su copropietario. Esta parte sólo vale 18,000 francos. La suma de 20,000 francos fué tomada de la comunidad; se le debe recompensa: ¿Por cuánto? El art. 1,408 contesta: "Por la *suma* que *ministró* la comunidad para esta adquisición"; luego por 20,000 francos; aunque el provecho o ventaja sólo sea de 18,000. Esta es una aplicación que hace la misma ley del principio que establece en el art. 1,437; es la suma que *ministra* la comunidad (art. 1,408) o que se *toma* de la comunidad (art. 1,437) la que el esposo debe a título

DE LA COMUNIDAD LEGAL

595

de compensación; este es el *provecho* que tiene. El provecho es la suma que recibe y con la que se enriquece, cualquiera sea el empleo que de ella haga y la utilidad que le procure (1).

479. Tales son los textos. Se opone la tradición; los antiguos autores profesaban todos la opinión de Pothier, y no se ve por los trabajos preparatorios que el legislador haya pretendido derogar la doctrina tradicional (2). Este es un poderoso argumento en una materia en la cual el Código casi no hizo otra cosa sino consagrar el derecho existente. Pero no es decisivo; el Código se apartó más de una vez de la opinión de Pothier, y en el caso la derogación nos parece segura. El espíritu de la ley no nos deja ninguna duda. Pothier coloca en una misma categoría las compensaciones que la comunidad debe a los esposos y las que los esposos deben a la comunidad; y ¿cuál es el principio establecido por el art. 1,433 en cuanto a las recompensas que la comunidad debe al esposo? Cuando el *precio* procedente de un propio de uno de los esposos es entregado a la comunidad, hay lugar a compensación por este *precio*; la suma *entregada* es la que recobra el esposo, aunque dicha suma no hubiese procurado a la comunidad un beneficio equivalente; no se tiene en cuenta el empleo que la comunidad hace del precio que ella recibe (núm. 456). Si así sucede con las compensaciones debidas por la comunidad, debe suceder lo mismo con las compensaciones debidas por los espo-

1 Esta es la opinión de Demante, de Bugnet según Pothier, de Marcadé, de Massé y Vergé acerca de Zachariae (véanse las citaciones en Rodière y Pont que aceptan esta opinión) y de Valette (Mourlón, *Re-peticiones*, t. III pág. 74, núm. 169).

2 Véanse las citaciones en Aubry y Rau, t. V, pág. 368, nota 5, pfo. 511, bis.

sos, pues el principio es idéntico y los fundamentos del principio son los mismos: esta es la equidad, la justicia. ¿Cambia acaso de naturaleza la equidad, si la compensación se debe por la comunidad o por el esposo? ¿Hay dos justicias diferentes? La comunidad recibe 20,000 francos y devuelve 20,000 aunque su beneficio sólo haya sido por 18,000. El esposo toma 20,000 francos y sólo devuelve 18,000 porque su utilidad sólo fué de 1,000; ¿dónde está la razón de semejante diferencia?

Los partidarios de la opinión contraria confiesan que parece extraño que habiendo desembolsado la comunidad una suma de 100 francos, sólo obtenga del esposo deudor 60 u 80 francos, pero pretenden que esto se explica muy sencillamente. La comunidad es el marido; cuando se dice que una suma se toma de la comunidad, el marido es quien la toma; poco importa que sea por interés suyo o por el de su mujer. El marido toma 20,000 francos de la comunidad, sólo resulta para su mujer o para él un beneficio de 18,000 francos; hay una pérdida de 2,000 francos. ¿Quién debe soportarla? Se dice que la comunidad, porque el marido tiene derecho de disipar y perder los bienes comunes. Solo hay una excepción al poder del marido, es que no puede enriquecerse a expensas de la comunidad; y no se enriquece sino de la utilidad sacada de la comunidad o de la que sacó su mujer (1). Es verdad que el marido tiene derecho de disipar y perder los bienes comunes, pero la excepción es más estrecha de lo que se dice: cuando el marido toma 20,000 francos de la comunidad para emplearlos en interés propio, no disipa, especula; y no le está permitido especular a expensas de la comunidad. La ley le dice: Si tomáis 20,000 francos en la comuni-

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 211, núm. 84 bis III.

dad para comprar la parte indivisa de un fundo de que sois copropietario, devolveréis 20,000 francos aunque sólo hayáis sacado una utilidad de 18,000. Es, pues, el marido quien soporta la pérdida y no la comunidad; esto no es dudoso, porque el art. 1,408 lo dice. He aquí, pues, que el marido debe devolver a la comunidad una suma de 2,000 francos aunque haya tenido el derecho de disipar dicha suma; aun más, podrá disipar y perderlo todo y, sin embargo, se vuelve deudor desde que especula empleando los bienes comunes en su interés particular. Se dice que esto es contradictorio y que el principio de Pothier parece ser más lógico.

En realidad no hay contradicción; cuando se dice que el marido puede disipar y perder los bienes comunes, esto es para expresar que es señor y dueño de ellos. Pero este señorío no es un poder absoluto; ya en el derecho antiguo tenía su límite en el principio de las compensaciones; el Código la estrechó aún más dando una gran extensión a dicho principio. ¿No sería esta la razón por la cual el Código deroga al derecho antiguo? El legislador no quiso conservar el poder absoluto en el seno de la familia, como tampoco en el Estado. No dice ya que el marido es señor y dueño, mucho se cuida de afirmar que puede disipar y perder los bienes comunes; organiza a la comunidad para el bienestar de los esposos y de los hijos; quiere que los bienes se empleen en interés de la familia; desde que uno de los esposos se sirve de los bienes comunes en interés particular, lo constituye deudor hacia la comunidad por las sumas que tomó en ella; la ley no quiere que especule a expensas de la comunidad, porque esto sería apartar los fondos del destino que deben tener. La doctrina del Código es, a la vez, más moral y jurídica que la del derecho antiguo.

480. Los autores cuya opinión seguimos han dado al principio una forma que perjudica a nuestra doctrina, porque la fórmula no es exacta. Dicen que el esposo que *toma* una suma de la comunidad la *pide prestada*, y deducen de ello que debe devolver la suma que ha tomado sin que pueda oponer a la comunidad que el provecho que sacó del préstamo fué menor que la suma prestada (1). La fórmula es cómoda y contesta todas las objeciones, pero no es exacta; de manera que en lugar de fortificar el principio de las compensaciones lo debilita y lo compromete. Esto es lo que M. Colmet de Santerre estableció muy bien (2). La comunidad no es una persona civil que preste o pida prestado; no es otra cosa más que ambos esposos asociados, y en esta sociedad el marido sólo es el que obra, sólo él la representa. En este sentido puede decirse que es señor y dueño. Decir que el marido pide prestado a la comunidad, equivaldría a afirmar que el marido se pide a sí mismo; el préstamo entre la comunidad y el marido no es, pues, posible. ¿Se concibe que la comunidad preste y estipule el interés de las sumas que anticipa al marido? Esto sería como si el marido estipulara intereses contra sí mismo; lo cual no tiene sentido.

Hay, pues, que abandonar esta explicación; pero de que la explicación no sea exacta no puede deducirse que la obligación del esposo no sea la de reembolsar la suma tomada de la comunidad. El esposo es deudor de la compensación cuando toma una suma de los bienes comunes, así como es acreedor a una compensación cuando el precio de sus propios se entrega a la comunidad.

1 Marcadó, t. V, pág. 562, núm. 1 y las autoridades que cita.

2 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 213, núm. 84 bis IV.

¿Qué importa que no sea ni solicitante ni prestamista? Basta que sea deudor y lo es en virtud de las relaciones que existen entre los esposos y la comunidad; resulta que los esposos, como socios, tienen intereses comunes, un patrimonio común, pero tienen también como propietarios intereses particulares, un patrimonio propio; es menester que no puedan servirse de los bienes comunes en provecho que no es el de la comunidad; si lo hacen, es justo que estén obligados a una compensación, y esta compensación debe ser todo lo que tenían de la comunidad, si no ésta perdería. Esto es, sobre todo, importante para la mujer, que permanece fuera de la administración. Según la opinión que combatimos, el marido puede especular a sus anchas a expensas de la comunidad; ejecutará trabajos, construcciones en sus propiedades: si la especulación sale buena, tendrá todos los beneficios; si la especulación resulta ruinosa, se conformará con devolver a la comunidad la utilidad que sacó; es decir, que arruinará a la comunidad a la vez que aumentará su patrimonio propio. ¿Para esto es para lo que se estableció la comunidad?

II.—Aplicación del principio.

481. Hay casos en los que la utilidad del esposo equivale a la suma que tomó de la comunidad; los dos principios contrarios conducen entonces al mismo resultado. Tal es el caso de la compensación prevista por el art. 1,409; el esposo debe 10,000 francos como precio o parte del precio de un inmueble que compró antes de su matrimonio; la comunidad paga esta suma, tiene derecho a compensación. ¿Por qué cantidad? En nuestra opinión se contesta: por los 20,000 francos que tomó el

esposo de la comunidad. Según la opinión contraria se dice que el esposo debe compensación hasta concurrencia del beneficio que ha sacado del pago; y aprovecha cuanto pagó, puesto que habría estado obligado a pagar el precio a promoción del vendedor.

Lo mismo sucede cuando uno de los esposos dota a un hijo de primer matrimonio con valores tomados de la comunidad; todos admiten que la compensación es por la totalidad de la suma que toma el esposo de los bienes comunes (1). La decisión se justifica muy bien según nuestro principio: el esposo toma 20,000 francos y devuelve 20,000. No sucede así conforme a la opinión contraria; ésta estima la cifra de la compensación según la cuotidad del beneficio. ¿Dónde está el beneficio que resulta al esposo al dotar a su hijo? Esta es una pura liberalidad; y dar es perder, dicen los jurisconsultos. Por lo tanto, no debería haber lugar a compensación.

482. Se presentan casos en los cuales la utilidad puede ser menor que la suma tomada de los bienes de la comunidad. Uno de los esposos toma una suma de los bienes comunes para hacer trabajos en su fundo. ¿Por cuánto debe compensación? Según la opinión tradicional se distingue. Si los gastos son necesarios, se debe compensación por toda la suma tomada de la comunidad aunque el beneficio propiamente dicho, es decir, la mejora que resulta de dichos trabajos, sea menor que el gasto o resulte nulo. Esta es una consecuencia de la naturaleza de los gastos llamados necesarios; conservan la cosa, la que perecería si no se hicieran los trabajos conservatorios; y todo buen padre de familia debe conservar la cosa; tomando una suma de la comunidad para hacer estos gastos, el esposo economiza, pues, otro tanto en

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 212, núm. 84 bis IV.

su patrimonio; en este sentido aprovecha toda la suma y, por tanto, debe compensarla. Así sucedería aunque la cosa conservada mediante los trabajos llegase a perecer; los gastos, no por esto dejarían de ser aprovechados por el esposo propietario; el provecho se estima en el momento en que se hace el gasto, y el gasto es siempre un acto de gestión necesaria, aunque después la cosa llegue a perecer (1).

Lo mismo pasa con los gastos útiles que se hacen para mejorar una heredad. Conforme a la opinión tradicional, se enseña que la compensación por los trabajos de mejora sólo se debe hasta concurrencia de cuanto la heredad ha mejorado cuando la disolución de la comunidad; de manera que si el gasto es de 20,000 francos y la mejora de 15,000, la compensación sólo será de 15,000 francos, y se reducirá al mayor valor que tenga la cosa en el momento de la disolución de la comunidad (2). Para justificar esta decisión Pothier dice que siendo los gastos útiles de los que puede uno dispensarse hacer, el cónyuge en cuya heredad se hicieron no ahorró otro tanto en su propio patrimonio; si no hubiera encontrado en la comunidad el derecho de que se sirvió para dichos trabajos, no los habría emprendido. Sólo aprovecha de ellos en la medida del aumento de valor que dan a su fundo, aumento que debe estimarse en el momento en que la comunidad se disuelve. La diferencia entre el aumento de valor y el gasto es una pérdida para la comunidad. ¿Por qué es la pérdida pa-

1 Pothier, **De la comunidad**, núm. 635. Colmet de Santerre, t. VI, pág. 212, núm. 84 bis N y todos los autores.

2 Pothier, **De la comunidad**, núm. 636. Aubry y Rau, t. V, pág. 368, nota, 5, pfo. 511 bis y las autoridades que citan. Deben agregarse Metz, 24 de Diciembre de 1869 (Dalloz, 1871, 2, 36). Lieja, 25 de Febrero de 1865 (**Pastcrisia**, 1865, 2, 67).

ra la comunidad aunque ésta sólo haya ministrado los fondos? La razón, dice Pothier, es que siendo el marido dueño absoluto de los bienes de la comunidad puede emplear el dinero común en lo que le parezca bueno, siempre que no se aventaje ni aventaje a su mujer (1). Pudo, pues, emplear el dinero en trabajos que quiso ejecutar sin tener que dar cuenta sino es hasta concurrencia de lo que él o su mujer les aprovechen.

Como se ve, la doctrina tradicional no tiene otro fundamento que el poder absoluto del marido; hace lo que le place, la comunidad es la que paga. ¿Es esta la doctrina que los autores del Código han consagrado? ¿Es con un régimen semejante con el que creyeron hacer del derecho común de Francia el más favorable a la prosperidad de la familia? Nó, seguramente. Es verdad que han dado al marido el poder absoluto para administrar y enajenar los bienes comunes, pero esto sucede en vista del interés de la familia. Desde que el marido obra en interés que le es particular, la ley pone término a su poder absoluto obligándolo a la devolución de cuanto toma de la comunidad. Esta restricción del poder que pertenece al marido es esencial si no se quiere que la comunidad esté a su merced. Tal es el objeto del artículo 1,437. Se dirá en vano que el marido puede disipar y perder los bienes comunes y hacer cuanto le parezca con la sola reserva de no sacar ventaja; esta reserva era insuficiente. Se encuentran pocos maridos que se ocupen en disipar y perder los bienes comunes; se encontrará a muchos que especulen con la comunidad y con los bienes que la mujer pone en ella; se servirán de ellos para mejorar su propio patrimonio; harán construcciones con excelentes condiciones; el provecho es

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 636.

para ellos, la pérdida para la comunidad; es decir, para la mujer. Sólo hay un medio de prevenir estas especulaciones que vician el régimen de la comunidad en su esencia: establecer como regla que el marido debe devolver todo cuanto toma de la comunidad por interés que le es propio.

¡Cosa notable! Los autores modernos que enseñan la doctrina tradicional no han reproducido los motivos que da Pothier en apoyo de esta doctrina. Ya nada dicen del poder absoluto del marido, sobre todo cuando se trata de gastos útiles; según ellos, no se trata del interés del marido sino del de la comunidad. Se ejecutan trabajos en un fundo propio del marido o de la mujer; la comunidad está interesada en la operación, por la que anticipa los fondos necesarios. En efecto, si se mejora un bien propio, siempre es en interés de la comunidad; se trata de aumentar los productos que le pertenecen. Se deduce de esto que si la operación constituye una pérdida para el esposo, la comunidad es quien debe soportarla (1). ¿Es esto exacto? Analicemos la operación que se pretende haberse hecho casi siempre en beneficio de la comunidad. El marido toma 20,000 francos de los bienes comunes para hacer una construcción; la comunidad pierde el goce de esta suma; esto es, tiene una pérdida de 1,000 francos cada año. ¿Qué gana? Un aumento en los productos; pero se supone que el aumento de valor del inmueble sólo es de 18,000 francos, de manera que lo que gana en producto no compensa lo que pierde en intereses. Seguramente la operación no se hizo en bien de la comunidad, sino del marido. Tiene éste un interés permanente en los trabajos que ejecuta: el fundo se mejora con ellos y aumentará de valor a con-

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 214, núm. 84 bis V.

secuencia de una ley económica; como el propietario, el marido cuyo derecho es perpetuo, se aprovechará de este aumento de valor; así el beneficio futuro es seguro para él; la pérdida actual y sin compensación lo es para la comunidad. La equidad, que es el fundamento de las compensaciones, ¿no exige que la pérdida sea por cuenta del marido ya que tiene las probabilidades de la utilidad.

La jurisprudencia, que siempre se ha declarado por la doctrina tradicional, parece entrar en una nueva vía. Hay una sentencia reciente de la Corte de París en favor de nuestra opinión (1) el sentimiento de equidad y de justicia que inspira el Código prevalece sobre el poder absoluto del marido, que es la única base del derecho antiguo.

483. Quedan los gastos de embellicimiento o como se les llama gastos de lujo. Pothier dice que si de ellos no resulta un aumento de valor del fundo, el esposo propietario no debe ninguna compensación. No aumentando de valor la heredad el cónyuge no saca ventaja a expensas de la comunidad. Los autores modernos siguen esta opinión, hasta aquellos que desechan el principio tradicional. Esto es una inconsecuencia en nuestro concepto. Si se dice con Pothier que el marido tiene el derecho de disipar y perder, es muy lógico admitir que lo tiene para hacer gastos inútiles; la pérdida será, pues, a cargo de la comunidad. Pero si se desecha este principio hay también que rechazar sus consecuencias. El nuestro es que el marido debe compensación desde que emplea el dinero común en beneficio de sus propios;

1 París, 6 de Agosto de 1872 (Dalloz, 1872, 5, 94, núm. 17). Consultense los autores que hemos citado (Rodière y Pont, t. II, pág. 245, nota 1).

aplicamos el principio hasta cuando se trate de un simple interés de gusto; esto es, un interés que no sea el de la comunidad, por lo mismo, se debe una compensación a ésta. Se dice en vano que el marido habría podido malgastar la suma que empleó en trabajos de lujo (1); hemos contestado ya que se ven pocos maridos que malgasten la comunidad, mientras que hay muchos que hermosearían sus propios si pudieran hacerlo a expensas de la comunidad o sea de la mujer. Otros dicen que ambos esposos y, por consiguiente, la comunidad se aprovechan de un gasto de lujo en el sentido de que tiene por objeto hacer más agradable el goce que pertenece a la comunidad; por consiguiente, a los esposos. ¡Singular ventaja la que consiste en gastar 10,000, francos que constituyen una pérdida de 500 francos anuales, para gozar durante algunos años de una habitación más agradable! Si dicha habitación pertenece a la comunidad no se tratará de compensación; si pertenece al marido él es quien tendrá la ventaja permanente; él es, pues, quien debe pagarla.

484. El principio de las compensaciones se aplica a la mujer tanto como al marido; los textos no distinguen, y la razón para decidir es la misma. Nada importa a la comunidad quién tome el dinero común, sea el marido o sea la mujer. Pierde el dinero: se le debe compensación. Pero la aplicación no tiene las mismas consecuencias en lo que se refiere a la mujer. El marido administra sus bienes propios con un pleno poder de propiedad; si toma fondos de la comunidad debe por ellos

1 Rodière y Pont, t. II, pág. 245, núm. 961. Moulón, t. III, pág. 74, número 170. Marcadé, que primero había admitido el principio de las compensaciones (t. V. pág. 565), aceptó la opinión general en su última edición.

compensación; la mujer debe también compensación, pero puede tener un recurso que no es dable tener el marido. En efecto, al casarse bajo el régimen de la comunidad pierde la administración de sus bienes; el marido es quien los administra legalmente. El es, pues, el que hará los trabajos; y aunque la mujer interviniere, y en rigor de derecho debe intervenir (núm. 129), el marido es en todos los casos el que entrega el dinero y lo paga; si hace trabajos o si los aprueba pagándolos, administra; y administra mal ejecutando trabajos de lujo o hasta trabajos útiles que no procuran una ventaja equivalente al gasto. Es responsable por su mala gestión. Resulta que la mujer es a la vez deudora y acreedora de la comunidad: deudora de la compensación y acreedora por razón de la acción de daños y perjuicios que tiene contra su marido. En definitiva, quedará obligada por razón de los gastos hechos por su marido sólo hasta concurrencia de la utilidad que sacó, utilidad que representa lo que tiene útil la gestión del marido para ella; sólo los actos de buena gestión son los que la obligan.

485. El principio de las compensaciones se aplica a todos los casos en que uno de los esposos toma de la comunidad una suma para su provecho personal. Es inútil multiplicar los ejemplos. Conforme a nuestra opinión no hay ninguna dificultad; el esposo devuelve siempre lo que toma. En la doctrina tradicional debe verse si la utilidad resultante del empleo equivale al monto de la suma tomada de la comunidad: cuestión a veces muy delicada. Creemos inútil detenernos en ella, porque sólo se trata de teoría. He aquí un ejemplo: El esposo toma de la comunidad una suma de 10,000 francos para liberar de una servidumbre a un propio suyo, servidumbre que mucho le molesta. ¿Debe compensación por

10,000 francos? Sí, en nuestra opinión. En la opinión contraria es necesario un peritaje; los expertos dirán lo que el fundo ha aumentado de valor a consecuencia de la liberación de la servidumbre; lo más a menudo, esto será menos de lo que costó la liberación, la comunidad habrá desembolsado 1,000 francos y el esposo sólo le deberá una compensación por 800 francos (1).

486. Hay una cuestión de compensación que se presenta con frecuencia en materia de derecho fiscal; como es de derecho civil diremos algo acerca de ella. Los esposos adquieren una renta vitalicia con el dinero o bienes de la comunidad, estipulándola reversible en el supérstite. ¿Debe éste compensación? Según creemos no pertenece en propiedad al supérstite, debe dividir los réditos entre los herederos del cónyuge difunto; es ganancial (t. XX, núm. 495). Los esposos han pretendido eludir esta dificultad. He aquí los términos de la cláusula que dió lugar a una reciente sentencia de la Corte de Casación. Unos esposos venden su ganancial por una renta vitalicia; el acta dice: "Esta renta se capitalizará en provecho del supérstite, quien sólo tendrá derecho, a título de cláusula aleatoria, a la totalidad de dicha renta. Los herederos del que primero muera no tendrán ninguna pretensión que hacer valer respecto de esta renta." Según la opinión que hemos sostenido esta cláusula es nula porque modifica los efectos legales del régimen de la comunidad; convierte un bien ganancial en propio. La cuestión no fué debatida ante la Corte de Casación; sólo fué discutido el punto de saber si el supérstite debía compensación a la comunidad. Dos sentencias de casación, pronunciadas en términos idé-

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 215, núm. 84 bis VII. Consúltase Durantón, t. XIV, pág. 510, núm. 372.

ticos, han decidido la cuestión afirmativamente. Los motivos dados por la Corte son de tal manera evidentes que es difícil comprender por qué Troplong ha sostenido la opinión contraria. Si la cláusula es válida resulta que el supérstite saca una ventaja particular de los bienes de la comunidad; luego debe compensación, según el artículo 1,437. Se objeta que la cláusula es una convención aleatoria de la cual ambos esposos sufren las probabilidades. ¿Qué importa? dice la Corte de Casación. Todo cuanto resulta del carácter aleatorio de la convención es que no procura al supérstite un provecho que le es personal; es discutible cuál de los esposos gozará de la ventaja aleatoria, pero es seguro que la disfrutará uno de ellos; y desde que la goza se encuentra dentro de los términos del art. 1,437 por consiguiente, debe compensación de la ventaja o provecho personal, como dice la ley, que saca de los bienes comunes (1).

¿De qué debe compensación el supérstite? Deben aplicarse los principios que rigen a los derechos vitalicios. Estos derechos disminuyen constantemente de valor; en el momento en que se abre el derecho del supérstite la renta no vale ya lo que en el momento en que fué constituida; la suma tomada de la comunidad fué aprovechada por ésta durante el tiempo que existió, sólo aprovecha al esposo a contar desde la disolución; únicamente, pues, debe compensación por la parte de la suma que representa el valor de la renta vitalicia cuando la disolución de la comunidad.

1 Casación, 20 de Mayo y 30 de Diciembre de 1873 (Dalloz, 1874, 1, 72 y 363). Tal es también la doctrina, excepto el disenso de Troplon (Aubry y Rau, t. V, pág. 369, nota 8, pfo. 511 bis).

Artículo 2.—Cómo se ejercen las compensaciones.

487. Las compensaciones debidas por la comunidad se ejercen por vía de prelaciones (art. 1,433); es decir, que antes de la partición cada esposo toma de la masa de los bienes el precio de sus inmuebles que fueron enajenados durante la comunidad, y las demás indemnizaciones que la comunidad le debe (art. 1,470).

Las compensaciones debidas por los esposos se hacen por vía de devolución; es decir, que los esposos o sus herederos devuelven a la masa de los bienes existentes lo que adeudan a la comunidad a título de compensación o de indemnización (art. 1,468).

Las devoluciones tienen por objeto completar la masa divisible, haciendo entrar en ella los créditos que la comunidad tiene contra los esposos. Las prelaciones se hacen en la masa, porque se debe deducir de ellas lo que la comunidad debe a los esposos: hay bienes comunes sólo por lo que queda después de hechas estas prelaciones, puesto que éstas comprenden los bienes de los esposos que fueron entregados a la comunidad.

Si uno de los esposos es a la vez deudor por compensación y acreedor a compensación, será acreedor o deudor definitivo sólo cuando se hayan liquidado sus deudas y sus créditos. La diferencia entre las devoluciones que debe y las compensaciones que se le deben, lo constituirán deudor o acreedor.

Estos cálculos sólo pueden hacerse después de la disolución de la comunidad, pero la liquidación retrotrae naturalmente al día de la disolución; no crea derechos, le quedan derechos preexistentes. Es, pues, cuando se efectúa la disolución de la comunidad, cuando cada esposo será acreedor o deudor.

488. La aplicación de estos principios ha dado lugar a una dificultad en la cual se equivocó una Corte de Casación. Muere una mujer común en bienes dejando un testamento por el cual instituye un legatario de todos sus inmuebles, y lega todos sus muebles a su marido. Algunos meses después muere el marido, instituyendo por legatarias universales a sus dos hermanas. La mujer tenía devoluciones que hacer y compensaciones que ejercer. En cuanto a sus devoluciones, era deudora. ¿Quién debía soportar estas deudas? La Corte de Rouen puso las deudas a cargo de las legatarias a título de universales, por lo mismo como partes a cargo del legatario de los inmuebles. Antes de fijar el pago de las compensaciones pasivas deberían haberse liquidado las compensaciones activas, con el fin de ver si la mujer era realmente deudora; y resultaba de las cifras de las devoluciones, comparadas con las de las compensaciones, que en lugar de ser deudora la mujer era acreedora; la Corte había, pues, impuesto al legatario de los inmuebles una deuda que no existía. La Corte de Casación restableció los verdaderos principios, principios enteramente elementales: Cuando una comunidad que existió entre esposos está para dividirse a la vez que la sucesión de uno de los esposos, se debe primero establecer la masa activa y la masa pasiva de la comunidad, tal cual estaban compuestas en el momento de su disolución, para atribuir, si hay lugar a la sucesión del marido, la parte que le toca en la comunidad. Entre los elementos de la masa activa o pasiva figuran las sumas de que son acreedores los esposos a título de compensaciones, o deudores a título de devoluciones. Es, pues, necesaria una liquidación previa que establezca esta calidad de deudor o acreedor; sólo puede resultar del balance hecho entre

el total de las devoluciones y el de las compensaciones. Si el balance demuestra que cuando la disolución de la comunidad el monto de las devoluciones excedía al monto de las debidas por la mujer, resulta que no era deudora respecto de la comunidad. Por lo tanto, no había lugar a hacer contribuir a los diversos legatarios para una deuda que no existía. En este caso, el saldo de la cuenta de la comunidad tendrá por efecto establecer la suma que deberá entrar en el activo de la sucesión para dividir entre los legatarios según sus derechos (1).

§ 1.—DEVOLUCIÓN DE LAS INDEMNIZACIONES DEBIDAS
A LA COMUNIDAD.

Núm. 1.—Carácter de estas indemnizaciones.

489. El art. 1,437 dice que el esposo que sacó provecho personal de los bienes de la comunidad *debe* por ello compensación. Es, pues, *deudor* de la suma que ha tomado de los bienes comunes y, como tal, está obligado personalmente. Poco importa que sea esto por haber pedido prestado o de cualquiera otra manera: la ley dice que *debe*, y el que *debe* está obligado a pagar su deuda. No es, pues, en calidad de esposo común en bienes por lo que el deudor debe la compensación que tiene que pagar, sino como deudor personal. La mujer pierde la calidad de mujer común cuando renuncia; queda, no obstante, obligada por las indemnizaciones que debe a la comunidad, así como tiene derecho a reclamar las indemnizaciones que le puede deber la comunidad

1 Casación, 15 de Mayo de 1872 (Dalloz, 1872, 1, 197).

(1). Este carácter de las compensaciones viene en apoyo de lo que hemos dicho del monto de las indemnizaciones que tienen que soportar los esposos; no se trata de un interés común como se pretende, puesto que todo interés común cesa cuando la mujer renuncia; lo que no impide que sea acreedora de las compensaciones (números 468 y 479).

490. Según el art. 1,468, la devolución de las compensaciones se hace en la masa de los bienes que existían cuando la disolución de la comunidad. Es, pues, en este momento cuando se fijan las indemnizaciones. Aunque el esposo sea deudor en el momento en que toma la suma de la comunidad por interés personal, no paga inmediatamente esta deuda; puede suceder que también tenga derecho a una indemnización contra la comunidad; no se conoce, pues, el monto de su deuda; aun hay más, el balance puede resultar en su favor, de manera que en lugar de ser deudor sea acreedor. Síguese de esto que el arreglo de las respectivas compensaciones sólo puede hacerse a la disolución de la comunidad.

Este arreglo da lugar a una dificultad. Cuando el esposo toma una suma de los bienes comunes, quita a la comunidad el goce de esta suma: ¿debe el esposo indemnizarla por esta pérdida pagando los intereses? Esto debiera ser si la comunidad fuera una persona civil; las relaciones entre esposos serían entonces las que nacen de un préstamo, y, por consiguiente, habría lugar, según el derecho común, al pago del capital y de los intereses. Pero la comunidad no tiene existencia independiente de los esposos, estos asociados son los que constituyen la comunidad. De esto resulta que las relaciones de los esposos con la comunidad tienen un carácter par-

1 Aubry y Rau, t. V. pág. 369, 3. pfo. 511 bis (4. edición).

ticular: el esposo que toma 1,000 francos de la comunidad es deudor personal de esta suma; si pagara los réditos de las indemnizaciones, se los pagaría a sí mismo, cuando menos por la parte que tiene en la comunidad. Por otro lado, la comunidad aprovecha de las operaciones para las cuales el esposo toma una suma de los bienes comunes (1). Si, pues, se quisieran fijar los derechos respectivos de los esposos asociados y de los esposos deudores y acreedores, habría que tener en cuenta el resultado de las operaciones, resultado que a menudo sólo se produce a la larga. El arreglo de las indemnizaciones durante el curso de la comunidad y la obligación de pagar los intereses habrían suscitado dificultades incesantes entre los esposos. Mejor fuera aplazar este arreglo hasta la disolución de la comunidad y dispensar a los esposos deudores de pagar los intereses durante la comunidad. A este respecto, las relaciones entre los esposos y la comunidad no son las que existen entre acreedores y deudores ordinarios; el uno puede perder, el otro ganar en ellas; la ley no tiene en cuenta alguna las ganancias o las pérdidas mientras dura la comunidad. Los lazos de afecto que existen entre los esposos explican el carácter especial que tienen las compensaciones de que son deudores o acreedores.

Pero, a la disolución de la comunidad, los esposos entran en el derecho común. El art. 1,473 dice: "Los reemplazos y recompensas debidas por la comunidad a los esposos, y las compensaciones e indemnizaciones por ellos debidas a la comunidad, implican los intereses de derecho pleno desde el día de la disolución de la comunidad." Se concibe que los intereses se deban, puesto que las relaciones llegan a ser las de acreedores y deu-

1 Pothier, **De la comunidad**, núm. 589.

dores ordinarios; pero ¿por qué de derecho pleno? En cuanto a esto el art. 1,473 deroga el derecho común; los intereses se deben en virtud de una estipulación o a consecuencia de una demanda judicial; sólo por excepción es como corren de derecho pleno. ¿Cuál es la razón de esta excepción en lo que se refiere a las compensaciones? Cuando el esposo debe una indemnización es porque tomó una suma de la comunidad; por tanto, por haberse apropiado un valor que, después de la disolución, debe formar parte de la masa divisible; y es de principio que los intereses aprovechan a la masa; si el esposo gozare, después de la disolución de la comunidad, de un bien común, debiera dar cuenta de su goce, devolviendo los frutos a la masa; por la misma razón los intereses de las indemnizaciones, pues éstas comprenden también bienes comunes (1).

Núm. 2.—Cómo se hace la devolución.

491. El art. 1,468 dice que los esposos o sus herederos devuelven a la masa de los bienes existentes lo que adeudan a la comunidad a título de compensaciones o de indemnizaciones. Resulta de los términos de la ley que la devolución se hace, en principio, por la entrega de la suma a la masa común: esta es la devolución en naturaleza. Sin embargo, el pago puede hacerse por compensación; esto es el derecho común para todas las deudas cuando tienen los caracteres determinados por la ley para que la compensación pueda operarse. La li-

1 Los autores no están acordes en los motivos del art. 1469. Véanse Aubry y Rau, t. V, pág. 359, nota 14, pfo. 511; Rodière y Pont, t. II, pág. 246, núm. 962; Troplong, t. II, pág. 51, núms. 1658 y 1659. Colmet de Santerre, t. VI, pág. 298, núm. 133 bis.

quidación de las compensaciones debidas a los esposos se hace a la vez que las compensaciones que los esposos deben a la comunidad; no puede, pues, decirse de un modo absoluto que el esposo es deudor de las sumas que tomó de la comunidad, cuando puede ser acreedor por iguales o mayores sumas que le deba la comunidad. Deudor de 10,000 francos que tomó de la comunidad, si es acreedor por 15,000 francos que forman el precio de un propio entregado a la comunidad, será realmente acreedor por 5,000 francos, y en lugar de devolver 10,000 francos podrá reclamar un crédito de 5,000. La compensación puede también disminuir la deuda; sólo debe devolver lo que sale debiendo después de deducido lo que constituye su crédito. Se ha discutido este principio de la compensación en materia de recompensa, pero malamente. La compensación extingue las deudas tanto como el pago. Poco importa, pues, que el artículo 1,468 sólo hable del pago, esto no excluye la compensación. La Corte de Casación de Bélgica lo sentenció así, y esto no es dudoso (1).

492. La devolución no debe necesariamente hacerse en naturaleza, se hace ordinariamente por ficción. Pothier lo dice; esto es, pues, una práctica tradicional (2). Puede hacerse de dos modos.

Primero: agregando a la masa de los bienes el crédito que la comunidad tiene contra el esposo deudor, y deduciéndolo después de su parte. Los bienes existentes valen 90,000 francos; el marido debe una indemnización de 10,000 francos; el activo es, pues, de 100,000 francos. Cuando la partición, la mujer tomará 50,000

1 Denegada, 17 de Diciembre de 1863. (Pasierista, 1864, 1, 240). Consulte Pothier, *De la comunidad*, núm. 705.

2 Pothier, *De la comunidad*, núm. 705.

francos y se deducirá al marido la deuda de 10,000 francos a que está obligado para con la comunidad; sólo recibirá, pues, 40,000 francos. Este procedimiento es más sencillo que si el marido tuviera que devolver a la comunidad los 10,000 francos para volverlos a tomar cuando la partición; retiene los 10,000 francos en lugar de pagarlos y de recibirlos después en su parte. Esto es la devolución tomando menos.

La devolución ficticia puede también hacerse por vía de prelación en provecho del esposo que no es deudor; en lugar de agregar a la masa de los bienes existentes los 10,000 francos que debe, el marido deja que su mujer tome antes de partir una suma igual; después se dividen los 80,000 francos que quedan; lo cual dará al marido 40,000 y a la mujer 50,000 francos. El resultado es idéntico.

Hay un tercer modo de hacer la devolución ficticia, se conote en la práctica con el nombre de *mi-denier* (medio dinero). Consiste en dividir la comunidad como si nada le fuese debido por uno de los esposos, a reserva después de que el esposo deudor pague a su cónyuge la mitad de su propia deuda, extinguiéndose la otra mitad en su persona por vía de confusión. En la masa de 90,000 francos cada cónyuge toma la mitad, 45,000 francos; el marido paga a la mujer la mitad de lo que debía a la comunidad; es decir, 5,000 francos; la otra mitad de la deuda se extingue por confusión, puesto que el marido tenía que pagarse a sí mismo (1).

Los notarios pueden escoger entre estos varios procedimientos, el que convenga a las partes. Se podrá objetar en contra del tercer procedimiento que no está de acuerdo con el texto de la ley: ésta supone una devolu-

1 Rodière y Pont, t. III, pág. 339, núm. 1069.

ción hecha a la masa antes de la partición, mientras que la *mi-denier* sólo se practica después de la partición. Pero si las partes están acordes esto importa poco, el orden público no se halla en peligro y las partes arreglan sus intereses privados como mejor les conviene.

493. ¿Puede siempre hacerse la devolución por ficción? Nó, es necesario que la devolución ficticia produzca el mismo resultado que la devolución natural. Esto es lo que sucede en el ejemplo de Pothier que hemos tomado y en casos análogos; es decir, cuando la parte que toca al esposo deudor en la comunidad es superior o cuando menos igual a la compensación que tiene que dar. Si su parte de comunidad es inferior a la suma que tiene que entregar, debe devolver ésta en naturaleza, si no la devolución no sería real. Los bienes existentes al disolverse la comunidad llegan a 10,000 francos, el marido debe 20,000; el activo es, pues, de 30,000 francos, cuya mitad debe recibir la mujer, o sean 15,000 francos. ¿Le daría esta suma la devolución ficticia? Nó, porque la devolución ficticia nada pone en la masa; la mujer sólo encontraría, pues, en ella 10,000 francos; es decir, 5,000 menos de lo que debe percibir. El marido, en el caso, debería poner 5,000 francos en la masa; pagaría así su deuda de 20,000; 15,000 tomando menos y 5,000 en naturaleza (1).

494. Hay un caso en el cual la devolución debe hacerse siempre en naturaleza; cuando la mujer o sus herederos lo exigen así. Según el art. 1,471, la mujer tiene derecho de ejercer sus prelación o sus devoluciones en los bienes de la comunidad, al contado, con muebles o con inmuebles; sólo en caso de insuficiencia de los bienes de la comunidad es cuando ejerce sus devoluciones

1 Colmet de Santeree, t. VI, pág. 285, núm. 127 bis III.

en los bienes personales del marido. Y las compensaciones de las cuales es deudor el marido, son valores tomados de la comunidad; la mujer tiene, pues, derecho para exigir que la devolución sea real para que pueda ejercer en ella sus devoluciones (1).

495. Cada esposo puede ser deudor de recompensas. Se pregunta si las devoluciones pueden hacerse por vía de compensación. Es seguro que no se trata de compensación legal. Para que haya lugar a compensación, es necesario que dos personas sean deudoras la una de la otra; y los esposos que deben recompensas no son deudores el uno del otro, sino de la masa. Se dirá en vano que la masa es la comunidad y que la comunidad son los esposos; no resulta de ello que los esposos deudores de la masa lo sean también entre sí; el mismo texto del Código lo dice; distingue las recompensas que los esposos deben a la comunidad y las deudas que tiene el uno para con el otro: las primeras están sometidas a principios especiales que no rigen a las segundas (art. 1,478). Es que la comunidad, aunque no forme persona civil, se distingue de los esposos; éstos son los asociados; no puede, pues, decirse que la masa se confunda con los esposos y que, por consiguiente, la compensación legal es imposible (2).

496. Sin embargo, no debe deducirse de esto que, en este caso, la devolución deba hacerse necesariamente en naturaleza. Pothier dice que cuando el marido y la mujer son deudores cada cual hacia la comunidad, uno por 6,000 francos y el otro por 4,000, pueden compensarse de dos maneras. La primera consiste en agregar a la masa de los bienes existentes los créditos que tiene la

1 Casación, 16 de Abril de 1862 (Dalloz, 1862, 1, 276).

2 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 285, núm. 127 bis IV.

comunidad contra ellos, y descontarles después a cada uno el crédito que tiene la comunidad en su contra. La segunda es hacer hasta concurrencia debida *compensación* de las sumas de que es deudor cada esposo, y hacer después una prelación en la masa, por aquel que menos deba, igual a la suma debida por el esposo mayor deudor, hecha dicha *compensación*. Si la mujer era deudora de 4,000 francos y el marido de 6,000, la *compensación* se haría hasta concurrencia de 4,000 francos; de manera que el marido sólo debería devolver 2,000 francos (1). Lo que dice Pothier no está en oposición con lo que acabamos de enseñar (núm. 495); la *compensación* de que habla no es la compensación legal del Código Civil, es la compensación vulgar; es decir, una devolución ficticia que se hace tomando menos y que tiene, generalmente, el mismo efecto que la devolución real. Si el marido y la mujer tienen cada uno una deuda de 1,000 francos, y devuelven en naturaleza, la masa comprenderá 2,000 francos más y, por consiguiente, cada uno tendrá 1,000 francos más en su parte; pero, ¿de qué sirve dar con una mano 1,000 francos para recogerlos con la otra? Es más sencillo guardarlos; es decir, pagar tomando menos.

497. No siempre pueden los esposos proceder como lo dice Pothier. No pueden hacerlo cuando este procedimiento perjudicaría a la mujer o al marido. Cada uno de los esposos debe 10,000 francos; la mujer tiene devoluciones que ejercer por valor de 40,000 francos, y sólo hay 20,000 francos existentes en bienes. Si la deuda del marido se compensa con la de la mujer, la masa sólo será de 20,000 francos. Resultará, primero, que la mujer no podrá cubrirse de sus devoluciones con los bie-

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 706. Rodière y Pont, t. II, pág. 339, núm. 1070.

nes de la comunidad, a pesar de que tiene derecho para ello; puede, pues, exigir que la devolución de las deudas se haga en naturaleza (núm. 495). Por otro lado, el marido está interesado en que la devolución se haga en naturaleza, porque si la mujer sólo encuentra 20,000 francos en la comunidad, cuando tiene derecho a una devolución de 40,000 tendrá el derecho de demandar al marido en sus bienes personales por los 20,000 francos que le faltan, deduciendo, sin embargo, 10,000 que por su lado debe ella. En definitiva, cada uno de los esposos tiene derecho e interés en que la devolución se haga en naturaleza a reserva de deducir lo que debe de lo que se le debe a título de recompensa.

Los terceros acreedores pueden también estar interesados en que la devolución se haga en naturaleza. Si la comunidad es de 20,000 francos y cada esposo es deudor por 10,000, la masa divisible será de 40,000 francos, de los cuales la mitad toca a la mujer; esta podrá, pues, ser demandada hasta concurrencia de 20,000 francos por su parte en la comunidad. Mientras que si ambas deudas se compensan, la masa sólo será de 20,000 francos y la mujer no podrá ser demandada sino por los 10,000 que toma en la partición; los acreedores tendrían, es verdad, acción contra el marido, pero éste puede ser insolvente; los acreedores están, pues, interesados en que la devolución se haga en naturaleza, y tienen derecho a ello, porque la devolución en naturaleza es la regla, en virtud del art. 468. Si se hace por ficción, es por comodidad de las partes, pero el derecho está antes que los arreglos (1).

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 285, núm. 127 bis IV. Rodière y Pont, t. II, pág. 340, núm. 1071. Amiens, 10 de Abril de 1861 (Dalloz, 1861, 2, 102).

§ II.—DE LAS RECOMPENSAS DEBIDAS A LOS ESPOSOS.

Núm. I.—Devoluciones.

498. Las recompensas que tienen los esposos contra la comunidad se ejercen por vía de prelación de la masa indivisible (arts. 1,433 y 1,470). La ley llama también a estas prelaciones unas *devoluciones* (art. 1,472); esta expresión de la costumbre de París, es muy característica. El esposo *vuelve a tomar* su bien, pues lo que entró en la comunidad en cuanto a sus propios pertenecía al esposo; cuando la disolución de la comunidad *vuelve a tomar* lo que es suyo. Por esto lo toma de la masa; éstos son bienes propios que no pertenecen a ella; es, pues, necesario que se saquen a ella. Las prelaciones, como lo indica la palabra, se hacen necesariamente antes de la partición, púesto que tienen por objeto constituir la masa divisible volviendo a tomar lo que no le pertenece. Si el esposo que tiene una devolución que ejercer consiente en partir antes de haber ejercido dicha devolución, ya no podrá reclamar los derechos que le concede la ley para el ejercicio de sus devoluciones; el art. 1,471 se vuelve inaplicable. Se diría en vano que se dividió lo que no pertenecía a la comunidad; se contestaría que era acreedor y que renunció a las garantías que la ley le da para el ejercicio de su crédito; sigue siendo acreedor, pero ya no podrá ejercer los derechos particulares que la ley relaciona con las recompensas; será un acreedor ordinario. La disposición del art. 1,471 no es de orden público; se permite, pues, a las partes renunciarla (1).

499. El art. 1,470 determina lo que toma cada es-

1 Denogada, 3 de Mayo de 1867 (de la Corte de Casación de Bélgica) (*Pasicrisia*, 1867, 1, 320).

posó: “De la masa de los bienes, cada esposo o sus herederos toma:

“1° Sus bienes personales que no han entrado en comunidad, si existen en naturaleza, o aquellos que fueron adquiridos en reemplazo;

“2° El precio de los inmuebles propios que han sido enajenados durante la comunidad y de los cuales no se hizo reemplazo;

“3° Las indemnizaciones que se le deben por la comunidad.”

Este texto da lugar a algunas observaciones críticas. El núm. 2 es inútil, puesto que queda comprendido en el número 3, del que sólo es la aplicación más común. En efecto, ¿cuál es la *indemnización* que debe ordinariamente la comunidad a los esposos? El art. 1,433 contesta: “Si se vende un inmueble perteneciente a uno de los esposos y el precio ha sido entregado a la comunidad, hay lugar a la devolución de este precio en provecho del esposo que era propietario del inmueble vendido.” El art. 1,470, núm. 3, se refiere al art. 1,433 y comprende, por consiguiente y ante todo, la indemnización debida por la comunidad por el precio de los propios enajenados, caso previsto por el núm. 2 del artículo 1,470. El doble empleo es evidente.

500. Esto sólo es una negligencia de redacción que no trae ninguna consecuencia práctica. Hay otra que induce al error. El núm. 1 del art. 1,470 dice que el esposo *toma* sus bienes personales *que no han entrado en comunidad* y que los *toma* de la *masa*. Esto es contradictorio e imposible. Si los bienes personales no entran en la comunidad no forman parte de la *masa*; desde luego, es imposible *tomarlos* de la *masa*; no hay, pues, lugar a *prelación*, ni siquiera puede decirse que los bie-

nes personales de los esposos sean objeto de una *devolución*. Se *vuelve a tomar* lo que ha estado en la comunidad; y si los propios nunca estuvieron en ella es, imposible *volverlos a tomar*. Los propios en la disolución de la comunidad siguen siendo lo que siempre fueron; están en el dominio del esposo; nada tiene que volver a tomar, puesto que no cesó de ser propietario. Sólo que mientras duró la comunidad, tenía ésta el goce de los propios; este goce cesa de pleno derecho cuando la comunidad se disuelve sin que el esposo tenga que ejecutar acto de devolución. Esto es evidente para el marido, y lo que es verdad para el marido lo es también para la mujer; ésta vuelve a tomar la administración y goce de sus propios, pero tal cosa se hace sin que sea necesaria ninguna liquidación. Todo cuanto puede decirse para aplicar el art. 1,470, es que, durante la comunidad, los bienes personales de los esposos y los bienes comunes estaban confundidos de hecho, y que esta confusión cesa por una devolución de hecho. Desde el punto de vista jurídico, nunca hubo confusión y no se efectúa devolución alguna.

Decimos que acerca de este punto la mala redacción de la ley pudiera inducir a error considerando de la misma clase las devoluciones de los propios y las devoluciones de las indemnizaciones. La mujer ejerce la devolución de las indemnizaciones a título de acreedora; no tiene por este punto ninguna preferencia sobre los demás acreedores, salvo su hipoteca legal; si los bienes no bastan para pagar a todos los acreedores, la mujer se paga el tanto por ciento como los demás acreedores quirografarios. ¿Se aplica este principio a la devolución de los bienes personales de la mujer? Según el texto del art. 1,470, habría que responder afirmativamente, pues-

to que la ley asimila la prelación de los propios a la de las indemnizaciones. Esto sería un grave error: Cuando la mujer toma sus propios, obra como propietaria, pues nunca dejó de serlo; y el propietario no está en conflicto con los acreedores; nada reclama, conserva lo que siempre tuvo; no puede, pues, tratarse de una contribución entre él y los demás acreedores (1).

Troplong dejése engañar por la redacción del artículo 1,470; quizá fuera más exacto decir que aprovechó la mala redacción de la ley, para prevalerse de ella, en la cuestión por tanto tiempo discutida de saber si el esposo ejerce sus devoluciones a título de propietario o a título de acreedor. El esposo vuelve seguramente a tomar sus propios a título de propietario, pero se necesita para esto, dice el art. 1,470 que los propios existan en naturaleza: tales son los inmuebles propios de los esposos. Lo mismo pasa, dice Troplong, con el dinero propio; y son dinero propio las sumas que constituyen el precio de un inmueble; el esposo vendedor lo vuelve a tomar a título de propietario lo que le da una preferencia sobre los demás acreedores. Troplong dice que esto es evidente, y, sin embargo, tiene en contra suya el texto y los principios. El art. 1,470 sólo habla de la prelación de los bienes que existen en naturaleza; y los bienes enajenados ya no existen en naturaleza; en cuanto al dinero procedente de la venta se ha vuelto propiedad de la comunidad a título de casi usufructo; si, pues, el esposo los vuelve a tomar, es como acreedor. Sin embargo, Troplong lleva el error hasta decir que el dinero propio sólo entró en la comunidad a título de *déposito*. ¿Acaso un depositario se vuelve propietario? ¿Acaso un depositario tiene derecho para gastar la cosa?

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 287, núm. 128 bis II y III.

501. El Código trata de las prelaciones en la sección titulada: *De la partición de la comunidad después de aceptación*: esta es una operación preliminar de la partición. Síguese de esto que las recompensas debidas a los esposos sólo pueden ejercerse después de la disolución de la comunidad; la devolución es imposible mientras dura la comunidad. En cuanto a los propios el esposo sólo vuelve a tomar su goce; y el goce pertenece a la comunidad. Por lo que mira a las indemnizaciones comprenden el dinero propio que la comunidad ha percibido y que debe restituir; y se ha hecho propietaria de él como casi usufructuaria, y sólo debe restituirlo cuando cesa su goce.

¿Puede la mujer, durante la comunidad, tomar medidas conservatorias para garantizar el pago de las indemnizaciones que le debe a la comunidad? Cuándo las devoluciones de la mujer están en peligro puede pedir la separación de bienes, y en el curso de la instancia la ley le permite tomar medidas conservatorias. Transladamos a lo que fué dicho acerca de la separación de bienes. La ley autoriza también a la mujer para tomar medidas conservatorias cuando pide el divorcio o la separación de cuerpos (art. 270). En todos estos casos la disolución de la comunidad es probable e inminente; los derechos de la mujer van a abrirse; es justo que se ponga al abrigo de las empresas del marido, contra las cuales litiga. Pero en el curso ordinario de las cosas ¿puede la mujer tomar medidas conservatorias mientras dura la comunidad? La cuestión se presenta en materia de hipotecas; la aplazaremos.

502. El esposo que reclama una devolución debe probar que se la deben. Esto es de derecho común, que se aplica hasta a la devolución de los propios; lo cual.

resulta del art. 1,404 que establece una presunción de propiedad en provecho de la comunidad en el sentido de que todo inmueble se reputa ganancial si no se *prueba* que uno de los esposos era propietario de él o lo poseía legalmente antes del matrimonio, o que le tocó después a título de sucesión o donación. Hemos explicado esta disposición al tratar del activo de la comunidad. En cuanto a las indemnizaciones que reclama el esposo debe probar que el dinero le es propio y que fué entregado a la comunidad: estos son los términos del art. 1,433; trasladámonos a lo dicho más atrás, particularmente acerca de la cuestión de saber si hay una diferencia, en lo que se refiere a la prueba, entre marido y mujer (núm. 457).

503. Las recompensas debidas por la comunidad a los esposos implican los intereses de pleno derecho desde el día de la disolución de la comunidad. Mientras dura la comunidad, el esposo no puede reclamar los intereses de lo que se le debe (art. 1,473). No todos los autores están acordes acerca de los motivos por los cuales los intereses no se deben durante la comunidad ni de las razones por las cuales comienzan a correr de derecho pleno después de la disolución. Hay que aplicar por analogía a las compensaciones que la comunidad debe a los esposos, lo que hemos dicho de las recompensas que los esposos deben a la comunidad. Durante el matrimonio, la comunidad no es dudosa, es propietaria en virtud de su cuasiusufructo y obligada sólo a restituir a partir de la disolución; no puede estar obligada a pagar los intereses de una deuda que no existe. ¿Por qué los debe desde el momento en que la deuda existe? Porque las indemnizaciones forman parte del patrimonio de los esposos, son bienes propios consistentes en dinero propio

entregado a la comunidad; y los intereses, así como los frutos, pertenecen al propietario; deben, pues, aprovechar al esposo por la misma razón por la cual la comunidad tiene derecho a los intereses y a los frutos de las indemnizaciones que le deben los esposos: son bienes tomados de la masa común por una parte, o del patrimonio propio de los esposos por la otra; y los intereses y frutos aumentan la masa a la que pertenecen estos bienes (1).

Núm. 2.—Cómo se ejercen las prelación.

504. Supondremos que la mujer acepta; en este caso, las prelación son una apelación preliminar de la partición. Esto equivale a decir que las devoluciones se hacen por vía de prelación en la masa. El art. 1,471 indica el modo de hacer las prelación. Debe distinguirse. Los bienes que existen en naturaleza se vuelven a tomar en naturaleza. Esto es claro, y en realidad no se trata de una verdadera devolución: el esposo era propietario durante la comunidad, continúa siéndolo después de disuelta ésta; no puede tratarse de ejercer estas devoluciones en el dinero, en los muebles y en las adquisiciones. Esto no tendría razón de ser. La distinción que hace el art. 1,471 es una consecuencia de la redacción incorrecta del art. 1,470; puesto que el Código considera la devolución de los propios como una prelación, debía decir también que esta devolución no se hace como la devolución de las indemnizaciones. En definitiva, no hay que establecer distinciones, sino que dejar a un lado los propios que no se vuelven a tomar, y decir que

1 Consúltase Colmet de Santerre, t. VI, pág. 298, núm. 133 bis.

las prelaciones se hacen primero en el dinero en caja, después en los muebles y subsidiariamente en los inmuebles de la comunidad.

¿Cuál es la razón del orden sucesivo que establece la ley? ¿Por qué si hay dinero no puede el esposo tomar muebles, y por qué sólo puede tomar inmuebles subsidiariamente? El esposo que tiene derecho a una compensación es acreedor; *toma* el precio, dice el artículo 1,433; y todo acreedor no tiene derecho sino a una cantidad de dinero; es, pues, natural que el esposo tome del dinero existente lo que se le debe. Pero el numerario que se halla en la comunidad puede ser insuficiente para satisfacer las devoluciones de los esposos. La ley les permite, en este caso, el pagarse de los bienes muebles e inmuebles que componen la masa. En esto la ley se aparta del derecho común; el esposo es acreedor de una suma de dinero, y la ley dice que se le pague en efectos muebles o inmuebles. Esto se explica por la calidad de copropietario que tiene el esposo además de ser acreedor. Argüimos colocándonos desde el punto de vista de la opinión común que pone a ambos esposos en una misma línea y aplica el art. 1,471 al marido tanto como a la mujer; más adelante haremos nuestras observaciones. El esposo se paga, pues, con muebles o con inmuebles. ¿Por qué sólo con inmuebles cuando no hay muebles? Porque la ley tuvo que conciliar su derecho con el de su cónyuge. Los inmuebles se consideran como los más valiosos bienes; si los hay en la comunidad es justo que cada esposo tenga su parte; este es su derecho de copropietario, y desde este punto de vista el derecho del esposo copropietario es mayor que el derecho del esposo acreedor. Sin embargo, el derecho del esposo acreedor vuelve a adquirir su preferencia cuando los muebles son insuficien-

tes; se paga entonces con inmuebles, aunque su deuda absorba todos los de la comunidad. Esto se funda en la equidad; ¿cuál es la causa habitual de las compensaciones reclamadas por los esposos y particularmente por la mujer? El art. 1,433 lo dice: es la venta de sus propios; y si consiente en vender los inmuebles que le vienen de su familia es para auxiliar a la comunidad en la persona de su jefe. Al despojarse de sus inmuebles en interés de la comunidad es justo que su indemnización consista también en inmuebles.

505. Cuando la mujer ejerce sus devoluciones en los inmuebles de la comunidad, la ley le permite escoger los inmuebles así como a sus herederos (art. 1,471). ¿Cuál es la razón de esta disposición? Los autores no están acordes, y el disenso acerca de los motivos conduce a controversias en la aplicación de la ley. Importa, pues, precisarlas. Según la opinión generalmente seguida se dice que la elección conferida a la mujer es una consecuencia de las dos cualidades que reúne en su persona, las de acreedora y copropietaria de bienes comunes. A título de acreedora puede embargar los bienes; como copropietaria le es permitido escoger aquellos que le convienen (1). La explicación nos parece insuficiente y hasta inexacta. Es verdad que la mujer acreedora a una recompensa es también copropietaria de los bienes comprendidos en la masa; pero estos son dos derechos muy distintos y que hay que cuidarse de confundir. ¿Cuál es el derecho de un copropietario de bienes por indiviso? Puede pedir la partición. Si además es acreedor de la masa divisible ¿puede escoger entre los inmuebles aquellos que más le agraden para cubrirse de lo que se le debe? No, seguramente; como acreedor

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 362, pfo. 511 (4ª edición).

no tiene más derecho que obtener el pago de lo que se le debe en dinero contante. La elección que el art. 1,471 confiere a la mujer es, pues, un derecho excepcional (1); puede explicarse como excepción, pero hay que cuidarse de hacer de ella una regla. La mujer que tiene una devolución ejercen defecho sobre ella ordinariamente a título de indemnización por un propio que enajenó y cuyo precio entregó a la comunidad: la equidad quiere que a falta de reemplazo pueda volver a tomar un inmueble en pago de aquel que se le debe. Y desde que se le da este derecho se le debe también dar la elección, porque los bienes gananciales íntegros pueden no convenirle; ella no es quien los compró, sino su marido; es, pues, equitativo concederle la elección. Este es el motivo que da Bourjón: "Para su devolución, dice, la mujer y sus herederos tienen desde luego elección en todos los efectos de la comunidad, porque todo cuanto la compone es hecho del marido, ella sólo fué espectadora, y espectadora muda, por su estado, de la administración total de su marido" (2).

506. El art. 1,471 no dice que la mujer tenga elección en los muebles. Sin embargo, todos los autores se la conceden (3). En estricto derecho habría que negársela. Si es verdad que el derecho de escoger los efectos para pagarse lo que se le debe, es una excepción, la disposición del art. 1,471 es por esto mismo de rigurosa interpretación. Se dirá en vano que hay analogía, y aun más, argumento *a fortiori*: aunque así fuera no se podría extender una disposición que consagra una verdade-

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 289, núm. 131 bis 1.

2 Bourjón, **Derecho común de Francia**, t. I, pág. 530, núms. VI y VII.

3 Toullier, t. VII, I, pág. 161, núms. 185; Rodière y Pont, t. II, pág. 346, núm. 1078.

ra anomalía, dando al acreedor el derecho de pagarse con el efecto que escoja. Ni siquiera existe la analogía. Hay una razón de equidad para dar a la mujer la elección de los inmuebles. En cuanto a los muebles ¿qué importa? Si no gustan a la mujer los venderá; los efectos muebles tienen un precio corriente por el que siempre se encuentran compradores. No sucede así con los inmuebles. Se invoca la tradición. El argumento sería decisivo si fuera seguro que la ley ha seguido la tradición en esta materia. Pero aún esto es discutible y dudoso, como lo vamos a decir. Cuando hay tantas razones para dudar ¿no es lo más seguro atenerse al texto?

507. El del art. 1,471 presenta otra dificultad; comienza por decir que las prelaciones de la mujer se ejercen antes que las del marido; después agrega: “Se ejercen *para los bienes que ya no existen en naturaleza*, primero en dinero contante, etc.” ¿Debe deducirse de esto que el art. 1,471 sólo se aplica en el caso en que la mujer tiene devoluciones que ejercer por sus propios enajenados sin reemplazo? La Corte de Lyon interpretó la ley en este sentido: Se atuvo al texto que, dice ella, es de tal modo restrictivo que es imposible extender la ley a otras indemnizaciones (1). Esta opinión no encontró eco; todos los autores la condenan y con razón. Creemos también que la ley es restrictiva, pero si no se pueden extender las leyes restrictivas, y sobre todo las leyes excepcionales, se tiene el derecho y el deber de interpretarlas. ¿Qué quieren decir estas palabras del artículo 1,471: *para los bienes que ya no existen en naturaleza*? Ya hemos contestado que están por demás tanto como el núm. 1 del art. 1,470 al que se refieren: Suponen

1 Lyon, 3 de Marzo de 1841 (Dalloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 2378).

que hay lugar a prelaciones para los propios que existen en naturaleza, lo que es inexacto. Si estas palabras están por demás, es interpretar mal la ley al ver en ellas una condición. Aun hay más; aunque se apegue uno a la letra de la ley debe descartarse la interpretación de la Corte de Lyon. ¿Cuáles son *los bienes que no existen en naturaleza*, como dice el art. 1,471? Son los propios que fueron directa o indirectamente entregados a la comunidad, pues no puede haber devolución sino por los propios que fueron empleados en provecho de la comunidad. Se puede, pues, decir en todos los casos en que hay lugar a compensación, que los bienes no existen en naturaleza. Esto equivale a decir que el art. 1,471 es general por el texto tanto como lo es por los principios. No invocaremos la tradición, puesto que en esta materia no se puede afirmar que los autores del Código hayan pretendido seguirla (1).

Hay una sentencia de la Corte de Orleáns en este sentido. Una mujer común se había obligado solidariamente con su marido; pidió la separación de bienes y cuando la liquidación de la comunidad reclamó compensación por la obligación que había contraído en interés de la comunidad. El art. 1,431 le aseguraba una indemnización en el caso. Pero el marido sostenía que era un simple crédito que no le daba derecho a prelación. Las recompensas son, en efecto, créditos de particular naturaleza y regidos por principios especiales; para que haya lugar a recompensa en provecho de un esposo es necesario que el dinero perteneciente a él haya sido entregado a la comunidad (art. 1,433), y en el caso sólo había un compromiso consentido por la mujer. Es-

1 Rodière y Pont, t. II, pág. 343, núm. 1075. Marcadé, t. V, pág. 624, núm. II del art. 1472. Colnet de Sauterre, t. VI, pág. 289, núm. 131 bis II.

to era argüir mal; el que obliga su persona obliga sus bienes; los bienes de la mujer estaban, pues, comprometidos en interés de la comunidad; por lo tanto, se podía invocar el principio que consagra la aplicación del art. 1,433: la comunidad debía compensación a la mujer porque había sacado un provecho de los bienes de ésta (núm. 449). Quedaba por saber si el art. 1,471 era aplicable a la indemnización que concede el art. 1,431 a la mujer. El espíritu de la ley, dice la Corte de Orleáns, no deja ninguna duda. No se concibe que la ley establezca distinciones entre las indemnizaciones a que tiene derecho la mujer: ¿por qué había de tratar al crédito que nace de la venta de un propio con más favor que la obligación que la mujer contrae y que compromete sus bienes presentes y futuros? (1).

508. Cuando las prelaciones se ejercen sobre los efectos muebles o inmuebles de la comunidad, se presenta una dificultad de hecho: ¿a qué precio se estimarán los objetos que toma el esposo en pago de lo que se le debe? Las prelaciones son una operación preliminar de la partición; se hacen, pues, contradictoriamente con el cónyuge o sus herederos. Si las partes interesadas no están acordes en el valor de los efectos tomados por el esposo acreedor de la recompensa, se ocurrirá a unos peritos (2).

509. El orden establecido por el art. 1,471 para el ejercicio de las prelaciones ¿tiene excepciones? No hay excepción en la ley; no se puede, pues, admitirla sino cuando los principios generales de derecho autorizan al intérprete para ello. Es de doctrina y de jurisprudencia que no procede a la prelación en naturaleza de los inmuebles cuando no pueden dividirse. En efecto, los inmuebles

1 Orleáns, 3 de Diciembre de 1857 (Dalloz, 1858, 2, 165).

2 Aubry y Rau, t. V, pág. 361, pfo. 511 (4ª edición).

que no pueden dividirse cómodamente y sin pérdida son licitados; por consiguiente, es imposible que el esposo acreedor los tome cuando su crédito no le da derecho más que a una parte del inmueble; en vano se le atribuiría una parte indivisa, puesto que la licitación es necesaria, lo que conduce a un derecho sobre el precio. La excepción está, pues, fundada en un texto de la ley (art. 1,686) y sobre este principio: que el orden establecido por la ley para las prelaciones no puede ser seguido cuando es imposible la aplicación de la ley (1). Esto supone que hay partes interesadas que se oponen a la prelación de una parte indivisa en un inmueble (2); el art. 1,471 no es una disposición de orden público; desde luego las partes quedan en libertad para arreglar sus intereses como les convenga (3).

La Corte de Casación parece admitir otros casos en los cuales las prelaciones no se pueden ejercer en naturaleza en inmuebles de la comunidad. Primero, cuando el precio no ha sido pagado; teniendo el vendedor acción resolutoria, los inmuebles están expuestos a ser embargados a consecuencia del privilegio que pertenece al vendedor, lo que destruye el derecho del esposo y lo obliga a conformarse con una parte del precio; más vale no ejercer las prelaciones en naturaleza, a reserva de provocar la venta de objetos muebles o inmuebles pertenecientes a la comunidad. Esto es menos una cuestión de derecho que un arreglo de intereses; si conviene al esposo tomar un inmueble sujeto a la acción resolutoria, ningún principio se opone a ello, pues la venta, aun-

1 Rodière y Pont, t. II, pág. 344, núm. 1077. Denegada, 7 de Mayo de 1855 (Dalloz, 1855, 1, 410).

2 Orleáns, 3 de Diciembre de 1857 (Dalloz, 1858, 2, 165).

3 Denegada de la Corte de Casación de Bélgica, 6 de Febrero de 1863 (Pastcrisia, 1863, 1, 424).

que sujeta a resolución, es translativa de propiedad; el inmueble pertenece, pues, a la comunidad y, por consiguiente, la mujer que puede elegir entre los inmuebles puede también tomarlos en pago de su indemnización. Por esto la Corte de Casación no considera el caso como una verdadera excepción; este es un motivo que alega en apoyo de la decisión que pronunció en un caso en el cual el inmueble era indivisible. Es inútil insistir en otro considerando de la misma sentencia; este es también un argumento en apoyo de la resolución dada por la Corte a la cuestión de saber si la sentencia atacada había violado la ley al rehusarse a admitir la prelación en naturaleza en el caso en que el inmueble se reconocía como indivisible (1). La única consecuencia jurídica que pueda sacarse de la sentencia es que no procede la prelación en naturaleza cuando la licitación es necesaria; lo que equivale al principio tal como lo hemos formulado: el art. 1,471 tiene excepción cuando la prelación en naturaleza es imposible.

510. Otra dificultad fué sometida a la Corte de Casación. Los herederos de la mujer pedían tomar un inmueble de la comunidad en pago de una compensación que se les debía por el precio de un propio; el marido les objetaba que, según el art. 1,471, no podían tomar los inmuebles sino subsidiariamente; que debían, ante todo, ejercer su devolución en los muebles. Esto es imposible, replicaban los herederos; veintidós años han pasado desde la disolución de la comunidad; no habiendo hecho el marido supérstite ningún inventario, ¿cómo podremos saber si existían efectos muebles y si estos efectos existen aún? Entonces el marido pidió probar por testigos las consistencia del mobiliario que componían el

1 Denegada, 7 de Mayo de 1855 (Dalloz, 1855, 1, 410).

activo de la comunidad. La Corte de Caen desechó esta pretensión: ¿cómo permitir la prueba testimonial al marido cuando podía y debía, en virtud de la ley, hacer inventario, lo que le daba una prueba literal de la existencia y de la importancia del mobiliar? En el recurso recayó una sentencia de denegada. La Corte decidió que los herederos no podían ejercer su prelación en el numerario ni en los muebles de la comunidad, puesto que nada hacía constar que hubiese mobiliar o dinero en la comunidad, no habiendo hecho inventario el marido en que constara la consistencia de los efectos muebles. Había también imposibilidad legal. Es verdad que la ley permite a los herederos de la mujer dar la prueba de la consistencia del mobiliar no inventariado por testigos y hasta por la fama pública, pero este es derecho para ellos y no una obligación, y el marido no podría prevalecerse de un derecho establecido en su contra. En definitiva, había imposibilidad legal para ejercer la prelación en los muebles, en el sentido de que la prueba legal por inventario era imposible por culpa del marido (1).

511. Es distinta la cuestión de saber si la prelación en efectos muebles o inmuebles es una obligación que la ley impone a los esposos. La cuestión ha sido discutida en doctrina y en jurisprudencia. En nuestro concepto la ley da un derecho al esposo acreedor a la compensación, derecho excepcional y de favor a que puede, por consiguiente, renunciar para atenerse al derecho común. El esposo es acreedor a una indemnización; es decir, a una suma de dinero; según el derecho común puede exigir que se le pague en numerario; en efecto, según el art. 1,243 el acreedor no puede estar

1 Denegada, 1.º de Diciembre de 1852 (Dalloz, 1852, 1, 122).

obligado a recibir otra cosa que la que se le debe, aunque el valor de la cosa ofrecida sea igual o mayor. El artículo 1,471 deroga esta regla; ¿es esto por favorecer al esposo acreedor con una compensación? Esto es imposible, pues las compensaciones son los créditos más favorecidos (núm. 504), y por razón de este favor es por lo que la ley permite al esposo ejercer sus prelaciones en naturaleza; es, pues, un derecho que pretende concederle y no una obligación que le quiere imponer. ¿Se negará que el art. 1,472 contiene una disposición de favor? El mismo texto de la ley prueba que quiso favorecer al esposo y sobre todo, a la mujer, pues, cosa notable, el texto sólo se ocupa en esta última. ¿Y qué dice? Que la elección de los inmuebles se confiere a la mujer y a sus herederos. ¿Se concibe que el legislador que da a la mujer un derecho exorbitante le imponga este privilegio como una obligación? Esto sería contradictorio y absurdo. ¡Cómo! dirá la mujer, se me permite escoger los más valiosos objetos para pagarme mi crédito y se me obliga a tomar efectos que me son inútiles y que tendré la necesidad de vender. No hay inmuebles; todo lo mueble consiste en una rica biblioteca, en una colección de cuadros, ¿y se obligará a la mujer tomar en pago libros y objetos de arte? Esto es ver en contra suya un derecho que fué establecido en su favor. ¿Por qué no permitir renunciar a un favor cuando éste sea perjudicial a la mujer? ¿Y por qué no permitirle atenerse al derecho común? (1).

La jurisprudencia de las cortes de Bélgica está en

1 Véanse, en sentidos diversos, los autores citados por Aubry y Rau, t. V, pág. 361, nota 25, pfo. 511. Agréguese, en el sentido de nuestra opinión, Colmet de Santerre, t. VI, pág. 289, núm. 131 bis I.

este sentido (1), mientras que la jurisprudencia francesa se inclina hacia la opinión contraria (2). Una sentencia de la Corte de París, redactada con mucho cuidado, intenta probar que la disposición del art. 1,471 es obligatoria para la mujer. El art. 1,471, dice la Corte, forma parte de un conjunto de disposiciones que tienen por objeto la reglamentación de las indemnizaciones a que tienen derecho los esposos. Son créditos, es verdad, pero de una naturaleza especial, y su cobro se efectúa también según reglas especiales. La mujer no puede infringir estas reglas tomando de ellas lo que le conviene y repudiando lo que no le gusta. El art. 1,471 comienza con una disposición cuyo carácter imperativo es incontestable: "Las prelaciones de la mujer se ejercen antes de ejercer las del marido." Si la primera parte del artículo es imperativa, no se concibe que la segunda sea facultativa. Nos parece que la cuestión está mal presentada. Sin duda, las compensaciones son créditos de especial naturaleza, pero ¿en qué sentido y con qué efecto? Son más favorables que los créditos ordinarios particularmente las devoluciones de la mujer: esta es la razón de los arts. 1,470 y 1,471. Las reglas especiales que la ley establece para el pago de las compensaciones ¿son de orden público? Nó, tienen únicamente por objeto garantizar intereses pecuniarios. Desde luego importa poco que los arts. 1,470 y 1,471 estén redactados en forma imperativa; no por esto dejan de ser disposiciones de interés privado; de esto resulta que la ley debe permitir a los esposos usar de ellas según su interés. Si la mu-

1 Denegada, 6 de Febrero de 1863 (*Pascristia*, 1863, 1, 424). Lieja, 16 de Noviembre de 1872 (*Ibid.*, 1873, 2, 64).

2 Denegada, 2 de Junio de 1862 (*Dalloz*, 1862, 1, 420) en el sentido de nuestra opinión. En sentido contrario, Metz, 10 de Abril de 1862 (*id.*, 1862, 2, 141) y París, 24 de Julio de 1869 (*id.*, 1870, 2, 25).

jer encuentra que es de su interés ser pagada en numerario, renunciando a la prelación naturaleza, tiene derecho para ello, pues puede renunciar al beneficio que el art. 1,471 introduce en su favor y reclamar el derecho que pertenece a cualquier acreedor.

512. La aplicación de la ley presenta otra dificultad. De que el art. 1,471 es facultativo se infiere que el esposo demandado o sus herederos pueden impedir la prelación en naturaleza ofreciendo pagar la compensación en dinero, y haciendo vender efectos de la comunidad hasta concurrencia de lo debido. Esto parece ser lógico y, sin embargo, es contradictorio con el texto y con el espíritu de la ley. El art. 1,471 da un derecho absoluto al esposo acreedor a una compensación absoluta en el sentido de que tiene derecho a pagar con efectos de la comunidad. Y el derecho sería ilusorio si dependiera del demandado suspender su ejercicio ofreciendo dinero provando la venta de bienes comunes. La Corte de París, en la sentencia que acabamos de citar criticándola, tiene razón cuando dice que el derecho del esposo, así entendido, no es un derecho, puesto que sólo podría ejercerse con el concurso del otro cónyuge o de sus herederos. Pero no hace bien en decir que esta es una consecuencia del carácter facultativo del art. 1,471. Cuando decimos que esta disposición es facultativa, esto significa que es facultad del esposo aprovecharla o atenerse al derecho común; pero si declara querer aprovecharla, su derecho no puede ser estorbado por una oferta de dinero, puesto que esto sería nulificado. El texto no da derecho al demandado, sólo se lo concede al demandante; a él pertenece, y sólo a él, renunciar

al favor que la ley le concede. Hay una sentencia de la Corte de Casación de Bélgica en este sentido (1).

513. Fué sentenciado que la mujer puede estipular por contrato de matrimonio; que tendrá opción para ejercer sus devoluciones tomando efectos de la comunidad o exigiendo su pago en plata haciendo vender bienes comunes (2). Esto no es dudoso, puesto que en nuestra opinión la mujer sólo estipula una opción que le pertenece de derecho. Habría que decidirlo así hasta en la opinión contraria a la nuestra; en efecto, se trata de un interés puramente pecuniario y los esposos gozan de entera libertad para arreglar sus intereses como gusten.

¿Quiere esto decir que los esposos puedan por contrato de matrimonio renunciar al beneficio del art. 1,471? En nuestro concepto la cláusula sería nula en tanto que tuviera por objeto renunciar a un privilegio que la ley concede a la mujer por razón de su calidad de mujer común. Vamos a decir cuáles son estos privilegios: por el sólo hecho de que únicamente pertenecen a la mujer no puede renunciarlos de antemano; son de la esencia de la comunidad, puesto que son la compensación del poder absoluto que el marido tiene bajo este régimen, y de la dependencia de la mujer (3).

514. El art. 1,471 al decir que las prelaciones se ejercen primero en el dinero contante, después en los muebles y subsidiariamente en los inmuebles de la comunidad, podría dejar pensar que la deuda de las compensaciones es una deuda de los bienes que la ley afecta a

1 Denegada, 29 de Noviembre de 1866 (*Pasicrista*, 1867, 1, 69). Los autores están divididos. Véanse las citaciones en Rodière y Pont, t. II, página 349, núm. 1074, y en Aubry y Rau, t. V, pág. 362; y nota 26, pfo. 511 (4ª edición).

2 Caen, 12 de Mayo de 1870 (*Dalloz*, 1872, 1, 196).

3 Véanse las sentencias más adelante, núm. 522.

su pago, mientras que las deudas generales gravan todos los bienes; lo que conduce a una doctrina, hoy día abandonada, según la cual las devoluciones se ejercerían a título de propiedad. La Corte de Caen lo sentenció así; es inútil entrar en este debate, trataremos más adelante, la cuestión de principio. El art. 1,471 es enteramente extraño a este asunto; reglamenta únicamente el ejercicio del derecho de devoluciones; si la prelación se hace primero en el dinero contante no resulta de esto que los muebles y los inmuebles no estén afectos a esta deuda; así como si hay muebles suficientes para saldar la compensación del esposo no se debe deducir que la deuda no grava a los inmuebles. Desde este punto de vista no hay ninguna diferencia entre las compensaciones y las demás deudas; es de la esencia de todas las deudas gravar los bienes todos, sin distinción entre los muebles y los inmuebles. La cuestión tiene un interés práctico en el caso en que hay un legatario de los muebles y uno de los inmuebles; el primero, suponiendo que soporte todas las devoluciones, podrá demandar que el segundo contribuya en el pago por su parte. La jurisprudencia está en este sentido (1).

515. Hay sin embargo una diferencia entre la deuda de las devoluciones y las deudas ordinarias en lo que se refiere a los derechos que pertenecen a los acreedores acerca de los bienes. El que obliga su persona obliga sus bienes; resulta que los acreedores tienen un derecho de prenda en todos los bienes de su deudor (arts. 2,092, 2,093); pero esta prenda se pierde por la enajenación que hace de sus bienes el deudor; el acreedor ya no tiene acción sobre los que el deudor enajenó. Este, princi-

1 Véanse los testimonios en Aubry y Rau, t. V, pág. 359, nota 15, párrafo 511 (4ª edición).

pio no se aplica al ejercicio de las prelación. Supongamos que la mujer tenga un derecho de devolución; no hay muebles en la comunidad, la mujer tiene derecho a tomar su indemnización en los inmuebles. ¿Puede el marido nulificar este derecho vendiendo de los inmuebles su parte indivisa? La Corte de Casación sentenció que el marido no puede vender su parte indivisa sino con el cargo de las devoluciones que la afectan. Se diría en vano que la ley no da ningún derecho real a la mujer sobre los inmuebles de la comunidad y que la prenda del acreedor se pierde por la enajenación de los bienes. No se trata en el caso del derecho de prenda, sino de saber cuál es el derecho del marido sobre los bienes cuando están gravados con el cargo de las devoluciones. Y según el sistema del Código las devoluciones se ejercen por vía de prelación; son los bienes que quedan después de las prelación, los que constituyen la masa divisible. Si, pues, el marido vende antes que la mujer haya hecho sus prelación, vende lo que no le pertenece, cuando menos por lo que importan las devoluciones; la venta no es, pues, válida sino por lo restante, hecha deducción del valor de la devolución. En este sentido la Corte de Casación dice bien que el marido no puede ceder a un tercero más de los derechos que tiene; si vende su parte indivisa la vende gravada del cargo de compensaciones (1).

Núm. 3.—De los privilegios concedidos a la mujer para el ejercicio de sus devoluciones.

516. La ley concede ciertos privilegios a la mujer para el ejercicio de sus devoluciones. ¿Cuáles son estos

1 Denegada, 6 de Noviembre de 1861 (Dalloz, 1862, 1, 167).

DE LA COMUNIDAD LEGAL

643

privilegios? Hay dos que son seguros: la mujer ejerce su prelación primero que el marido (art. 1,471). En caso de insuficiencia de la comunidad tiene, además, un recurso contra su marido, mientras que el marido sólo tiene acción sobre los bienes de la comunidad (artículo 1,472). La elección de los inmuebles que el artículo 1,471 atribuye a la mujer ¿es también uno de sus privilegios? Volveremos a tratar esta cuestión que es discutida; por ahora basta hacer constar que el relator del Tribunado comprende la elección de los inmuebles entre los favores que la ley concede a la mujer. Duveyrier dice también cuál es la razón de estos privilegios: “La carencia absoluta de poder y de influencia que siempre alejó a la mujer de todos los actos de administración debe también ser motivo para un favor, una preferencia cuya justicia no puede ser discutida y que se realiza por tres medios progresivos.” El relator enumera después estos privilegios en el orden seguido por el Código. Estos favores se relacionan, pues, con el sistema de la comunidad legal, tal como se formó en nuestras costumbres. Durante el régimen el marido es señor y dueño, mientras que la mujer permanece ajena a la administración de los intereses comunes, a tal punto que se le ha discutido su calidad de socio. Después de la disolución de la comunidad cambia la situación; el marido es responsable del ejercicio de su poder absoluto, soporta todas las consecuencias de su gestión; la mujer, al contrario, puede substraerse a ellas, renunciando; también puede aceptar; si toma esta resolución la ley la pone aún al abrigo de toda pérdida dándole un beneficio de emolumento, y le asegura también el ejercicio de sus devoluciones garantizándolas por privilegios.

P. de D. C. TOMO XXII.—41

El primero es el más natural; si ambos esposos tienen prelación que hacer la mujer ejerce sus devoluciones antes que el marido. Puede suceder que los bienes comunes no alcancen para satisfacer los derechos de ambos esposos; cualquiera que sea esta insuficiencia no se la puede imputar a la mujer, puesto que de derecho permaneció extraña a la administración de la comunidad. Aunque la comunidad fuese insuficiente habrá ordinariamente una elección que hacer; la ley quiere que la mujer pueda tomar los mejores efectos o aquellos que más le convengan. Hemos ya justificado la elección de los inmuebles (núm. 505); se trata de gananciales, el marido es quien adquiere estos bienes; no fuera justo que la mujer estuviera en la obligación de tomar inmuebles de los que no puede sacar partido. Si los bienes de la comunidad no bastan para el pago de las devoluciones de la mujer, puede ejercerlas sobre los bienes personales de su marido. Esta preferencia se explica por causa de las devoluciones; los propios de la mujer han enriquecido a la comunidad; el marido que los aprovecha como jefe debe administrar de manera que la mujer vuelva a encontrar en la comunidad los valores que puso en ella. Puede suceder que los bienes comunes no basten para satisfacer las devoluciones de la mujer. Esto supone una mala gestión o una gestión desgraciada, la mujer no debe resentir, puesto que ha sido extraña a ella; es, pues, necesaria una garantía para la devolución de sus propios enajenados o empleados en interés de la comunidad; esta garantía consiste en la acción que tiene contra su marido y en la hipoteca legal que le da la ley para asegurar el pago de sus devoluciones (1).

517. La ley concede estos privilegios a la mujer para

¹ Duveyrier. Informe núm. 39, (t. VI, pág. 425). Troplong t. II, pág. 37, núm. 1626. Colmet de Santerre, t. VI, pág. 288, núm. 129 y 130 bis.

todas sus devoluciones. En el primer lugar de éstas figura el derecho de tomar sus bienes personales que no han entrado en la comunidad (art. 1,470, 1^o). ¿Quiere esto decir que la mujer tenga un privilegio por este capítulo? Hemos dicho que la ley hace mal en colocar la prelación de los propios entre las devoluciones de los esposos; esto es sencillamente el ejercicio de un derecho de propiedad (núm. 500); y como todo propietario la mujer no podrá tener preferencia sobre su marido, y de hecho no tiene ninguna. No se puede decir que vuelve a tomar sus propios antes que su marido; nada importa si los propios existen y si cada esposo puede tomar los suyos. Mucho menos aún puede tratarse de una elección (art. 1,471), y si la mujer vuelve a tomar sus propios ¿con qué derecho ha de tener recurso contra su marido? Los privilegios confirman lo que hemos dicho: es que las devoluciones de los propios no son una devolución ni una prelación (1).

518. La propiedad de las prelaciones no da lugar a ninguna dificultad; ya hemos tratado de la elección de los inmuebles (núms. 505 y 508). Queda la acción que el art. 1,472 da a la mujer sobre los bienes de su marido. No debe confundírsela con la acción de compensación. Esta se ejerce en los bienes de la comunidad, y por derogación de los principios generales el esposo se paga lo que se le debe con bienes comunes, y a su elección cuando se trata de la mujer. La acción recursoria, al contrario, que la mujer tiene contra su marido, es una acción ordinaria, se dirige contra su persona y sólo se ejerce en sus bienes cuando el deudor no paga; en este caso la mujer, lo mismo que cualquier acreedor, debe proceder por vía de embargo; no puede apropiarse los bienes del marido y mucho menos aún escoger los inmue-

1 Marcadé, t. V, pág. 623, núm. II del art. 1472.

bles que le convengan; es una acción ordinaria, mientras que la acción de compensación está sometida a reglas excepcionales (1).

519. ¿Debe la mujer hacer inventario para gozar del beneficio de los arts. 1,471 y 1,472? Hay controversia; la negativa nos parece segura (2). El intérprete no puede imponer obligaciones ni crear decaimientos. Y la ley no dice que la mujer deba hacer inventario para el ejercicio de los privilegios que le concede en materia de compensación; su silencio es decisivo. Pueden darse excelentes razones para la necesidad o la utilidad de un inventario. ¿Cómo hacer constar la insuficiencia de los muebles de la comunidad y el dinero contante cuando los efectos de la misma no han sido inventariados? ¿Y cómo probará la mujer la insuficiencia de la comunidad cuando ejerce devoluciones contra el marido? Pero las mejores razones no autorizan al juez para pronunciar el decaimiento de la mujer por falta de inventario. La ley tiene el cuidado de decir en qué casos está obligada la mujer a hacer inventario, y determina las consecuencias de la inobservancia de esta formalidad; el juez nada puede agregar a la ley; todo cuanto puede hacer el intérprete es aconsejar la confección de un inventario con el fin de que desaparezca cualquiera dificultad para la prueba. Hay sentencias en este sentido contrario que se apoyan en el art. 1,433; volveremos a hablar de esto al tratar del beneficio de emolumento.

Núm. 1. — ¿Tiene el marido los mismos privilegios?

520. Se pregunta primero si el marido ejerce sus prelación en naturaleza y por vía de apropiación.

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 364, pfo. 511 (4ª edición).

2 Véanse las autoridades citadas por Aubry y Rau, t. V, pág. 364,

Según el texto del art. 1,471 habría que contestar negativamente. La ley empieza por decir que las prelaciones de la mujer se ejercen antes que las del marido. Después reglamenta el modo de ejercer las prelaciones: “se ejercen primero en el dinero contante”, etc. La palabra *se* se refiere a las prelaciones de la mujer, de las cuales se trata en el primer inciso. Así el art. 1,471 nada dice de las prelaciones del marido y como esta disposición es excepcional no se le puede extender al marido (1). Sin embargo, la opinión contraria es la que generalmente se sigue (2), y la admitimos. La dificultad del texto versa sobre el sentido de la palabra *se*. Gramaticalmente se refiere a las prelaciones de la mujer, esto es verdad. Pero el lenguaje del Código no siempre está conforme a las reglas de la gramática; el legislador francés rehuye las repeticiones. En lugar de decir “las prelaciones del marido y de la mujer”, prefirió servirse del pronombre *se*. Lo que parece indicar que la segunda disposición es general y se aplica al marido tanto como a la mujer, es que el artículo está dividido en dos incisos que comprende dos disposiciones diversas. El espíritu de la ley no deja ninguna duda. Según el art. 1,470 “cada esposo toma de la *masa de los bienes* el precio de sus inmuebles y de sus indemnizaciones.” Tal es la regla; se aplica tanto al marido como a la mujer; sigue después el art. 1,471 que reglamenta el modo de hacer las prelaciones. ¿Hay razón para distinguir, a este respecto, entre el marido y la mujer? En cuanto a la apropiación de los bienes y en cuanto al

nota 30. Debe agregarse, en el sentido de nuestra opinión, Bruselas, 12 de Enero de 1859 (*Pasicrisia*, 1864, 2, 34).

1 Esta es la opinión de Colmet de Santerre, t. VI, pág. 290, núm. 132 bis I.

2 Rodière y Pont, t. II, pág. 371, núm. 1093.

orden en el que se hace, no hay seguramente diferencia alguna en principio entre ambos esposos. Hacer una *prelación* es tomar bienes en naturaleza; y hay en la comunidad tres clases de bienes: numerario, muebles e inmuebles; es preciso necesariamente que se sepa en qué orden se harán las prelación; tal es el objeto del artículo 1,471. Este objeto es general, luego la disposición debe serlo también. No es esto decir que no hay ninguna diferencia entre el marido y la mujer en el ejercicio de sus devoluciones. La mujer tiene sus privilegios que la ley cuida de enumerar; ejerce sus prelación antes que el marido; tiene la elección de inmuebles y un recurso en los bienes de su marido. Estos privilegios tienen su razón de ser, pero no hay absolutamente ninguna para establecer una diferencia entre el marido y la mujer en cuanto a la apropiación de bienes y al orden en que se hace. Tal es también la interpretación que el relator del Tribunado da a la ley, como lo hemos dicho más atrás (núm. 516).

521. Duveyrier coloca entre los privilegios de la mujer la elección que la ley le concede en los inmuebles de la comunidad; acerca de este punto el texto parece ser terminante: “la elección de los inmuebles es conferida a la mujer y a sus herederos.” Esta elección es un favor, un privilegio; desde luego no puede extenderse al marido porque los privilegios no se extienden. Ni siquiera hay analogía completa a este respecto entre el marido y la mujer. ¿Cuál es la razón de los privilegios que la ley concede a la mujer? El relator del Tribunado lo dice: es porque está excluida de la administración; no es ella quien adquiere los inmuebles, luego no puede estar obligada a tomar aquellos que no le convienen. No se puede decir otro tanto del marido. El compró los inmuebles según sus

conveniencias, sus necesidades o sus gustos, ¿de qué puede quejarse si se le designa indiferentemente uno de estos inmuebles? Para él la elección no tiene razón de ser. Sin embargo, la opinión contraria es generalmente seguida; se apoya en la tradición. Pothier empieza por decir que cuando la masa ha sido fijada la mujer debe tomar los mejores efectos de la comunidad para su elección, hasta completar el monto de sus devoluciones. Más tarde agrega: “después de hecha por la mujer esta prelación, el marido toma igualmente mediante elección la suma que importa su devolución.” Así la única diferencia que Pothier establece entre el marido y la mujer es que ésta escoge primero tomando los mejores efectos de la comunidad, pero el marido tiene también elección en lo que queda (1). ¿Reprodujo el Código la doctrina de Pothier? No; dice que las prelaciones del marido se ejercen después de las de la mujer, pero no distingue la *elección* de la prelación; sólo da elección a la mujer, luego no puede concedérsela al marido. Se diría en vano que esto es argüir con el silencio de la ley, que es la peor de las argumentaciones. Esto es olvidarse de que se trata de un privilegio y en esta materia, como en las excepciones en general, se arguye siempre con el silencio de la ley en el sentido de que no puede haber preferencia legal sin texto.

522. Según el art. 1,472, el marido sólo puede ejercer sus devoluciones en los bienes de la comunidad; no

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 701. Los autores, excepto Colmet de Santerre, y la jurisprudencia están en este sentido (Aubry y Rau, t. V, pág. 361, nota 22, pfo. 511, y Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 2424). Hay que agregar la jurisprudencia belga, Lieja, 25 de Febrero de 1865 (*Pasicrista*, 1865, 2, 127), y Denegada, 29 de Noviembre de 1866 (*ibid.*, 1867, 1, 69); Bruselas, 3 de Agosto de 1847 (*ibid.*, 1847, 2, 193).

tiene acción recursoria sobre los bienes de la mujer en caso de insuficiencia de los bienes comunes. La razón es sencilla. Si la mujer tiene un recurso contra el marido es porque se supone que la insuficiencia de la comunidad es imputable al marido. Que si los bienes comunes no bastan para satisfacer las devoluciones del marido no puede prevalecerse del mal estado de la comunidad, que sólo él ha administrado con un poder absoluto, para hacer a la mujer responsable, puesto que ella ha permanecido legalmente extraña a dicha administración.

¿Podría el marido estipular, por contrato de matrimonio, que en caso de insuficiencia de la comunidad tuviera un recurso en los bienes personales de la mujer? Se ha sentenciado que esta singular cláusula es nula porque vicia la comunidad en su esencia. Esto nos parece evidente. Se valían, ante la Corte de Casación de Bélgica, de la libertad de que gozan los esposos para reglamentar sus intereses como les convenga; el art. 1,387 sólo establece como excepción a esta libertad el caso en que las convenciones matrimoniales son contrarias a las buenas costumbres y, puede agregarse, al orden público o a una disposición prohibitiva del Código. Pues bien, se decía, el art. 1,472, al que la cláusula litigiosa deroga, es extraño al orden público y no está redactado en términos prohibitivos. La Corte contesta que hay disposiciones que son virtualmente prohibitivas, en el sentido de que se ligan a la esencia de la comunidad. Tal es el art. 1,472. El relator del Tribunado dice que esta es una consecuencia del poder absoluto de que goza el marido bajo el régimen de la comunidad; y este poder le está concedido como consecuencia del marital y de la subordinación de la mujer. Por compensación a este

poder absoluto del marido, la ley concede a la mujer ciertos privilegios, entre otros, el del art. 1,472; la mujer no lo podría renunciar por contrato de matrimonio, así como no podría renunciar su derecho de opción (artículo 1,453) ni su beneficio de emolumento. Por la misma razón el marido no puede estipular un privilegio que la ley concede a la mujer contra él. ¿Podría estipular el derecho de renunciar a la comunidad? Nó, seguramente. Por identidad de razón no puede reservarse un recurso sobre los bienes personales de la mujer cuando la comunidad es insuficiente para llenar sus devoluciones; esto equivaldría a hacer que la mujer soportara la responsabilidad de una gestión que le es extraña y a libertar al marido de las consecuencias de su poder absoluto. Si se quiere que la mujer sea responsable hay que darle un derecho igual para administrar, lo que está en oposición con el art. 1,389. Si está legalmente excluida de la administración por una razón de orden público, la consecuencia que resulta de ésta exclusión será también de orden público. Esto decide la cuestión (1).

523. Hemos dicho que la mujer no está obligada a hacer inventario para gozar de los privilegios que le conceden los arts. 1,471 y 1,472 (núm. 519). En nuestro concepto el marido no tiene ninguna de estos privilegios; pero, en la aplicación general, que también es la nuestra, el marido tiene derecho de apropiarse bienes de la comunidad, particularmente de inmuebles cuando los muebles son insuficientes. ¿Debe hacer inventario para demostrar la insuficiencia, bajo pena de perder su de-

1 Casación, 1.º de Diciembre de 1870. (*Pasicrisia*, 1871, 1, 3), y en el recurso, Bourges, 10 de Marzo de 1873 (*ibid.*, 1873, 3, 108). Gante, 29 de Abril de 1874 (*ibid.*, 1874, 2, 394).

recho? Nó, por la razón decisiva de que la ley no le impone esta obligación y no le impone la pena de decaimiento. Hay una sentencia en sentido contrario, pero los considerandos testifican en contra de la decisión. En un caso el marido se había quedado poseyendo los bienes de la comunidad sin hacer constar por inventario la consistencia del mobiliar. Esta negligencia, dice la Corte de Caen, debe tener por consecuencia el que se presuma que encontró en la comunidad valores muebles equivalentes a las devoluciones que tenía que ejercer; la Corte dedujo que el marido o sus herederos no podían ejercer sus devoluciones en los inmuebles. Así es que la Corte declaró que el marido había perdido su derecho legal, ¡apoyándose en una presunción que ella imaginó! Esto es ir más allá del poder del intérprete (1). La sentencia fué casada por otros motivos; el que señalamos bastaba para traer la casación, pues la Corte violaba el art. 1,350 y subordinaba el derecho que el art. 1,471 concede al marido, a una condición que la ley ignora, sancionando esta obligación por la pérdida de un derecho; lo que constituye un abuso de poder.

*Núm. 5.—De los derechos de la mujer
para con los acreedores.*

524. La facultad que el art. 1,471 da a la mujer para pagarse con los bienes de la comunidad, mediante una prelación antes de la partición, le da un derecho de preferencia para con su marido por lo que toca a sus devoluciones; el marido es copropietario de los bienes que componen la masa, pero sólo puede ejercer este derecho después de las prelacións que la mujer tiene de-

1 Caen, 17 de Julio de 1857 (Dalloz, 1859,1, 491).

recho de hacer; de manera que el crédito de la mujer es preferible respecto a la propiedad del marido. Nada hay más justo que esta preferencia. Las devoluciones que la mujer está en el caso de ejercer tienen su origen en el empleo que en su interés la comunidad ha hecho de los propios de la mujer. En las relaciones de la comunidad con los esposos se puede decir que las devoluciones que representan a los propios no pertenecen a la comunidad; si se hizo propietaria de ellos en virtud de un cuasiusufructo, fué a reserva de restituirlos; hay, pues, que deducirlos de la masa; sólo después de esta deducción es cuando la masa divisible estará formada y cuando el marido podrá pedir su partición.

525. ¿Goza también la mujer de esta preferencia para con los terceros acreedores? Deben primero distinguirse los acreedores del marido y los acreedores de la comunidad. En cuanto a los del marido es seguro que la mujer puede oponer su derecho de preferencia. La razón es sencilla y decisiva: los acreedores no tienen otros derechos que los del deudor, en nombre del que promueven; son los derechos del acreedor los que ejercen; están sometidos en este ejercicio a las mismas restricciones que el deudor mismo. Y el marido sólo tiene derecho sobre los bienes de la comunidad después de hecha la deducción de las prelación de la mujer; luego los acreedores deben también permitir a la mujer ejercer sus devoluciones antes de poder obrar contra los bienes comunes; la mujer, al tener un derecho de preferencia para con el marido, lo tiene por la fuerza de las cosas contra los acreedores del marido. Acabamos de decir (núm. 515) que la mujer puede ejercer sus devoluciones en los inmuebles de la comunidad cuando el marido ha vendido su parte indivisa en dichos inmue-

bles; los adquirientes son legatarios del vendedor y no tienen otros derechos que los de su autor. Si la mujer puede oponer su derecho de preferencia a los terceros propietarios, con mayor razón puede prevalecerse de ella contra simples acreedores quirografarios. Acerca de este punto no hay ninguna duda y todos están acordes (1).

526. No sucede lo mismo cuando la mujer se encuentra en concurso con los acreedores de la comunidad; el marido, al obligarse obligó los bienes comunes; los acreedores tienen, pues, un derecho directo sobre los bienes de la comunidad; la mujer no puede oponerles el art. 1,166 como puede hacerlo con los acreedores personales del marido, porque los acreedores de la comunidad no promueven en virtud de un derecho que le es propio. Nace entonces la cuestión de saber si la mujer puede prevalecerse contra ellos del derecho de preferencia que le da el art. 1,470 contra su marido. Esto era, antaño, una cuestión célebre, en la que los autores estaban en desacuerdo con la jurisprudencia; la Corte de Casación acabó por ceder repudiando una doctrina que había consagrado por repetidas sentencias. Hay una gran enseñanza en estas evoluciones de la jurisprudencia y tenemos que detenernos en ella. Ante todo, importa precisar la cuestión. Se pregunta si la mujer puede oponer su derecho de preferencia a los acreedores; es decir, los acreedores quirografarios; se entiende que los que tienen un privilegio o una hipoteca pueden oponerle a la mujer: quedan bajo el imperio del derecho común; esto nunca ha sido dudoso (2). Debe también hacerse una salvedad para la hipoteca legal de la mujer:

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 362 y nota 27, pfo. 511. Colmet de Sante-
rre, tomo VI, pág. 291, núm. 132 bis II.

2 Rodière y Pont, t. II, pág. 358 y la nota de la pág. 359, núm. 1087.

puede ejercerla para sus devoluciones; diremos en el título *De las Hipotecas* bajo qué condiciones y con qué efectos. La cuestión que vamos a discutir está, pues, limitada al conflicto de la mujer con los acreedores quirografarios; la hipoteca legal de la mujer se halla ordinariamente fuera de litigio porque la mujer y los acreedores promueven contra los muebles de la comunidad. Estos muebles son la prenda de los acreedores; ¿puede la mujer pedir contra ellos la prelación de sus devoluciones apropiándose, hasta concurrencia de lo que se le debe, efectos de la comunidad, antes que los acreedores puedan ejercer su derecho? Tiene este derecho para con el marido copropietario de los bienes comunes: ¿lo tiene también para con los acreedores de la comunidad? Tal es la cuestión.

527. Sorprende hoy que haya sido objeto de tan largos debates. La Corte de Casación ha sentenciado, cámaras reunidas, que la mujer no tenía ningún derecho de preferencia respecto de los acreedores de la comunidad; simple acreedora personal, no tiene más derechos que los de los acreedores en general; se les aplica, pues, a todos, incluyendo a la mujer, esta disposición del artículo 2,033 (Ley Hipotecaria, art. 8): “Los bienes del deudor son la prenda común de sus acreedores y el precio se distribuye entre ellos por contribución a no ser que existan entre los acreedores causas legítimas de preferencia.” La única dificultad está en saber si la mujer es acreedora personal de la comunidad respecto a sus devoluciones. Fué sentenciado así por la Corte de Casación en cámaras reunidas, después de una deliberación de *tres días*: hecho quizá único en los anales de la jurisprudencia. Se podría creer que la cuestión debe ser más que dudosa. Pues bien, no tememos decirlo: es muy

sencilla y no hay dudas serias; los textos, los principios y la tradición están acordes para decidir que las devoluciones de la mujer son un derecho de crédito. Si los intérpretes tuvieran más respeto para el texto de la ley, nunca habría habido controversia o una sola sentencia hubiera bastado para terminarla.

Decimos que el texto del Código decide la cuestión. Se trata de las devoluciones de la mujer. ¿Cuándo hay lugar a dichas devoluciones? El art. 1,433 contesta: "Si se vende un inmueble perteneciente a uno de los esposos y el precio se entrega a la comunidad, hay lugar a una prelación del *precio* en provecho del esposo que era propietario del inmueble vendido." La mujer, tiene, pues, derecho al precio que ejerce por vía de prelación. Este derecho al precio es una recompensa o indemnización. La indemnización implica una pérdida causada a la mujer y la reparación de dicha pérdida. Esta es la materia de un derecho de crédito: hay un acreedor y un deudor. El art. 1,437 lo dice al hablar de las compensaciones a las cuales la comunidad tiene derecho contra los esposos: el esposo *debe* la compensación del provecho personal que ha sacado de la comunidad. Esta palabra *debe* indica una deuda; un deudor y un acreedor; si el esposo es deudor, la comunidad es acreedora. Y las compensaciones son idénticas ya que se deban a la comunidad o a los esposos; si la comunidad es acreedora el esposo también es acreedor. El art. 1,470, núm. 3, reproduce esta expresión: "Cada esposo *toma* las indemnizaciones que le *debe* la comunidad." Luego la prelación es el modo de pago de un crédito; el esposo es, pues, acreedor por razón de la indemnización que *toma* (1).

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 298, núm. 115 bis I.

Hé aquí los textos. Para decidir la cuestión bastaba la naturaleza de las compensaciones. Lo que es *debido* por la comunidad a los esposos es una *deuda*; luego la mujer es acreedora de la comunidad. Los principios conducen a la misma consecuencia. ¿Cuál es la causa de las compensaciones? El art. 1,433 indica la más usual: indemnizaciones que el esposo reclama contra la comunidad. Se vende un propio de la mujer, el precio es entregado a la comunidad; la mujer tiene derecho a *tomar* de la masa este precio. ¿Cuáles son las relaciones que nacen entre la comunidad y el esposo por razón de esta *entrega*? La comunidad tiene el goce del dinero, no puede gozar de él sin consumirlo; a este título se vuelve propietaria o, como dice el art. 587, tiene el derecho de servirse de este dinero a reserva de devolverlo al llevarse a cabo la disolución. Este cargo es una obligación para la usufructuaria, por lo mismo, un derecho de crédito para el nudo propietario. Por analogía, la comunidad obligada a una indemnización por razón del precio con el que se enriquece, es deudora del precio a título de compensación; luego el esposo es acreedor.

528. Si el esposo es acreedor se encuentra en la misma condición que todos los acreedores de la comunidad; es decir, que entra en contribución con ellos. La consecuencia es incontestable desde el momento en que se admite el principio, y el principio no puede ser discutido, puesto que está escrito en el texto de la ley. La tradición se halla en armonía con el Código que sólo la ha reproducido. Los testimonios abundan; basta para nuestro objeto citar uno solo que tomamos de un práctico; lo relatamos de preferencia porque no es la opinión de un jurisconsulto sino el derecho tradicional,

lo que queremos hacer constar. Se lee en Denisart: “En los países de costumbres la mujer no tiene ningún privilegio sobre los muebles y efectos muebles de su marido por la restitución de su dote y *demás devoluciones*; esto es un *crédito ordinario* por el que tiene que entrar en *contribución* con los *demás acreedores*. Hay a este respecto una acta notable del Châtelet, de 10 de Enero de 1711 y otra de 4 de Marzo de 1745.” ¿Qué dicen estas actas que constituyen la prueba más segura de la tradición? Repiten que la mujer es una acreedora ordinaria que no tiene ningún privilegio. Cosa notable, se había intentado reclamar una preferencia en su favor fundándose en la famosa constitución de Justiniano que le fué sacada por las importunidades de la mujer, pero el intento fué siempre reprimido por los parlamentos. Las sentencias pronunciadas contra la mujer son del siglo dieciséis. La segunda acta notariada del Châtelet dice que hay apariencia de que la jurisprudencia fué de tal modo fija en lo particular, que esta cuestión no ha sido tocada desde hace ciento cincuenta años (1). Por lo mismo, se trata de una tradición constante, de un derecho cierto que ya no se discutía cuando la publicación del Código Civil. ¿Acaso los autores del Código derogarían una tradición de tres siglos? Cuando el solemne debate que hubo ante las cámaras reunidas, el Procurador General Dupín desafió a que se presentaran pruebas en contra de esta afirmación: es que no hay sombra de diferencia entre los textos y los principios del derecho de costumbre y los textos y los principios del Código Civil. La tradición es, pues, decisiva.

Cuando la cuestión se presentó por primera vez, la

1 Véanse los testimonios en Rodière y Pont, t. II, pág. 353, núm. 1085, y *Revista crítica*, t. V, pág. 408, y t. IX, pág. 411.

Corte de Lyon la decidió invocando la tradición; no se necesitaban otros argumentos. ¿Se concibe que el Código derogue una doctrina antiquísima cuando reproduce textualmente los principios de que esta doctrina es la consecuencia y la consagración? Durante cuarenta y ocho años no se produjo ninguna controversia acerca del carácter de las devoluciones ni del derecho de la mujer: la práctica seguía la tradición y los autores ni siquiera pensaban en discutir lo que parecía ser y es en efecto una verdad tan elemental como evidente. Como el Código, según dice Toullier, no concede privilegio a la mujer, se encuentra obligada a llegar a contribución con los acreedores. Los traductores de Zachariae habían enseñado en las primeras ediciones las proposiciones que la Corte de Casación ha consagrado en su última sentencia cambiando su anterior jurisprudencia; estas proposiciones, dicen los señores Aubry y Rau, nos parece que no debían dar lugar a serias dificultades. Los señores Rodière y Pont dicen la misma cosa; en su primera edición enseñaban que la mujer y los demás acreedores se hallan en una misma clase y tienen por deudor común a la comunidad sin suponer siquiera que esto puede ser discutido (1).

529. Pero la Corte de Casación vuelve a poner al debate una doctrina que tenía en su favor los textos, los principios y una tradición de siglos. Esta era una de aquellas opiniones nuevas que son aceptadas algunas ve-

1 Véanse las citaciones en Rodière y Pont, t. II, pág. 357, núm. 1086. Consúltese Aubry y Rau, t. V, pág. 363, nota 28. La jurisprudencia belga siempre fué en este sentido. Sentencia del Tribunal de Gante, confirmada por la Corte, de 8 de Abril de 1834 (*Pasicrisia*, 1835, 2, 288); Denegada de la Corte de Casación de Bélgica, de 17 de Diciembre de 1863 (*ibid.*, 1864, 1, 240).

ces por la jurisprudencia y que si llegara a dominar conduciría a hacer un nuevo Código Civil. De ordinario los autores son los que toman la iniciativa en estas innovaciones; la jurisprudencia más reservada y tradicional por naturaleza, las acoge pocas ocasiones. Esta vez la Corte de Casación dió el mal ejemplo; las sentencias de 1853 y 1854 levantaron viva oposición; durante cinco años aparecieron disertaciones y más disertaciones en las varias compilaciones de derecho; hay una gran literatura acerca de esta materia (1). La doctrina venció. En 1858 las cámaras reunidas de la Corte de Casación repudiaron la opinión admitida hasta entonces por la Sala Civil. La Corte ha persistido en esta jurisprudencia nueva (2), de manera que la cuestión por tanto tiempo debatida está concluida. Hay, sin embargo, que fijarse en las malas razones (la palabra es de Dupín) que durante cinco años habían arrastrado a la Suprema Corte y con ella a la de Apelación. Hemos dicho que estas revoluciones de la jurisprudencia entrañan una grave lección. Deben enseñar a nuestros jóvenes lectores a desconfiar de las nuevas opiniones en una ciencia enteramente tradicional; deben enseñarles, sobre todo, a atenerse a los textos; es decir, a la voluntad del legislador. No queremos decir que jamás deba innovarse; si una innovación se hace necesaria, que se proponga; al legislador toca adoptarla. Los jueces que hacen la ley siempre la hacen muy mal; no es esta su misión y ni tienen la libertad e independencia necesarias.

1 Véanse las citaciones en Rodière y Pont, t. II, pág. 367, y nota 1, número 1091; y Moulrou, t. III, pág. 98, nota 1.

2 Sentencia de las cámaras reunidas, de 16 de Enero de 1858 (Daloz, 1858, 1, 5). Véanse las sentencias posteriores en Rodière y Pont, t. II, pág. 367, nota 2, y en Aubry y Rau, t. V, pág. 363, nota 28, pfo. 511.

Lo hemos dicho muchas veces; vamos a dar de ello una nueva prueba en la cuestión de las devoluciones.

530. Hemos dicho que la mujer es acreedora según el mismo texto del Código (núm. 527). Y según el artículo 2,093 los bienes del deudor son la prenda común de sus acreedores, cuyo precio se distribuye entre ellos por contribución, *a no ser que haya entre los acreedores causas legítimas de preferencia*. Estas causas de preferencia no pueden resultar más que de la ley, puesto que derogan el derecho común. La cuestión es, pues, la siguiente: ¿Existe una ley de la cual pueda inducirse en favor de la mujer una causa de preferencia para sus devoluciones? El Código contiene un título en el cual establece causas de preferencia; la mujer figura en él, pero sólo para su hipoteca legal; volveremos a hablar de este punto en el título que es el sitio de la materia. La hipoteca legal grava los inmuebles del marido y, en la opinión común, los bienes gananciales. Quedan los muebles de la comunidad; la preferencia en los muebles constituye un privilegio, ¿concede la ley un privilegio a la mujer? El silencio de la ley decide la cuestión. Ningún privilegio, dice el decreto de 1858, general ni especial, está prescripto para la mujer, en los muebles de la comunidad, en los arts. 2,101 y siguientes del Código Civil; agregaremos que la Ley Hipotecaria belga sólo reprodujo, en este punto, las disposiciones del Código Napoleón. Hé aquí un primer punto que no pudiera ser contestado. El silencio del Código en el título *De las Hipotecas* es decisivo, pues allí es donde debería encontrarse el privilegio de la mujer para sus devoluciones si la ley hubiera creído conveniente concederle uno.

531. Las sentencias de 1853 y 1854 se limitan a decir

que resulta de los arts. 1,740 y 1,741, 1,483 y 1,493, que es a título de *propietario* como la mujer, lo mismo que el marido y antes que él, tiene derecho a ejercer una previa prelación de sus *propios* cuando la disolución de la comunidad, y que así el activo de la comunidad sólo se compone del excedente de los bienes, hecha la prelación de las *devoluciones*. Síguese de esto, dice la Corte, que la mujer no puede estar colocada en la misma línea que los acreedores de la comunidad y que debe ser satisfecha íntegramente de sus devoluciones antes que los acreedores puedan ejercer sus derechos en el activo de la comunidad (1).

Puede oponerse a esta argumentación un *no há lugar*. La Corte se olvida de una regla de interpretación que es fundamental, es que no debe hacer decir al legislador lo que pretendió decidir. Es preciso una ley que dé a la mujer una preferencia sobre los demás acreedores (art. 2,093). Y ¿dónde encuentra la Corte esta ley? En disposiciones en las que no se trata de los acreedores. Los artículos citados por la Corte de Casación se encuentran en la sección V, que tiene por objeto la partición de la comunidad; los arts. 1,470 y 1,471, que son el verdadero lugar de la dificultad, tratan de una operación preliminar de la partición. ¿Y qué dice el art. 1,470 con que comienza esta materia? “En la masa de los bienes *cada esposo o su heredero* toma.” Así las prelacións se hacen entre esposos o sus herederos. Es verdad que, para las prelacións, la mujer es preferida al marido, puesto que las prelacións tienen por objeto formar la masa divisible, y el marido sólo ejerce sus derechos sobre la masa, por lo tanto, hecha la deducción de

1 Casación, 15 de Febrero de 1853 (Dalloz, 1853, 1, 75); 11 de Abril de 1854 (id., 1854, 1, 152).

las devoluciones de la mujer. Pero esto se hace entre esposos, entre copartícipes; la partición así como las operaciones preliminares siguen siendo extrañas a los acreedores de la comunidad. Porque para sus prelaciones la mujer es preferida al marido ¿debe deducirse que también lo es para con los acreedores de la comunidad? Contestamos que esto es hacer decir al legislador lo que no entendió decidir. En efecto, no se dice una sola palabra de los acreedores de la comunidad en los artículos que tratan de estas prelaciones, sólo se trata de los esposos. Si, entre ellos, la ley da preferencia al acreedor de las devoluciones sobre su cónyuge copropietario de bienes comunes ¿puede esta preferencia extenderse a los acreedores que la ley no menciona? ¿Se extienden las causas legales de preferencia? Esto es, sin embargo, lo que la jurisprudencia ha hecho durante cinco años; cometió un abuso de poder creando una causa de preferencia que la ley no reconoce. Si fuera permitido proceder así siempre se encontrarían *causas de legítima preferencia* (art. 2,092); cada intérprete las crearía a su antojo, pero también cada intérprete se volvería legislador.

532. Se dirá que la ley no necesitaba mencionar a los acreedores de la comunidad al tratar de las prelaciones. Si es verdad que éstas se ejercen a título de propiedad, resulta de ello que la mujer puede ejercerlas contra todos, pues tal es el carácter del derecho de propiedad, derecho absoluto que no debe confundirse con un simple privilegio. Es, pues, necesario saber si la mujer ejerce sus devoluciones como propietaria. El texto responde a la pregunta. Hay una devolución que sólo es el ejercicio del derecho de propiedad; según el artículo 1,470, núm. 1, cada esposo toma sus bienes personales

que no han entrado en comunidad si existen en naturaleza, o los que fueron adquiridos como reemplazo. Las prelaciones del núm. 1, dice la sentencia de 1858, se ejercen a título de propiedad y constituyen una verdadera reivindicación. ¿Se quiere la prueba? Se encuentra escrita en la ley. En efecto, según el art. 1,402, el esposo no puede volver a tomar sus propios más que a reserva de justificar que tenía la propiedad o la posesión de estos bienes con anterioridad al matrimonio o que le tocaron después a título de sucesión o de donación. Luego el esposo que toma sus bienes personales es un propietario que reivindica lo que le pertenece. Este derecho absoluto puede oponerlo a todos por una sencilla razón: los acreedores de la comunidad sólo tienen derecho de prenda en los bienes de la comunidad; y los propios de los esposos, lo repite el art. 1,470, no han entrado en ella; luego los acreedores no tienen ningún derecho.

¿También a título de propietario es como el esposo ejerce las devoluciones propiamente dichas? Pues importa recordar que la prelación de los propios no es una verdadera prelación y no constituye una verdadera devolución. Ya lo hemos dicho (núm. 500), y esto no ha sido ni es discutido; no se debe, pues, decir que si las devoluciones del núm. 1 se hacen a título de propietario sucede lo mismo con todas las devoluciones porque las pone a todas en una misma clase. Esto sería argüir muy mal. La devolución de los propios es una reivindicación, la ley lo dice (art. 1,402); las demás devoluciones no son una reivindicación; ya lo hemos probado al establecer que la mujer las ejerce como acreedora; vamos a completar nuestra demostración estableciendo que no puede ejercer estas devoluciones a título de pro-

piedad. Se trata de la prelación que la mujer hace del precio de sus propios enajenados y de otras indemnizaciones que le debe la comunidad cuando ésta se ha enriquecido a expensas de los propios de la mujer. ¿Es este el ejercicio de un derecho de propiedad? La sentencia de 1858 dice que la mujer hace estas prelación a título de acreedora. En efecto, la acción tiene por causa una disminución del patrimonio de uno de los esposos y un provecho correlativo obtenido por la comunidad; y esta causa no produce un derecho de propiedad en objetos determinados; resulta de ello, no una acción de reivindicación sino un crédito y una acción mobiliar. Sentenciando lo contrario, la jurisprudencia confundía las nociones más sencillas: la diferencia que existe entre los derechos reales y los derechos de crédito. ¿Qué es lo que caracteriza a los derechos reales y particularmente a la propiedad que los comprende a todos? El derecho real supone, como lo dice la sentencia de 1858, un objeto determinado sobre el cual se ejerce: ¿se concibiría el poder de disponer de un modo absoluto de una cosa cuando dicha cosa es indeterminada? Esto es contradictorio en los términos; la jurisprudencia incurría en esta contradicción al decir que la mujer, así como el marido, ejercían sus devoluciones a título de propiedad. Tomemos el caso más usual: un propio de la mujer se vende; el precio se entrega a la comunidad; la mujer tiene una compensación por este concepto. ¿Cuál es el objeto de su derecho? ¿Es el dinero que fué entregado a la comunidad? No, pues no lo vuelve a tomar en naturaleza. ¿Qué toma? Un valor. ¿Se reivindica un valor? ¿El acreedor que promueve contra su deudor reivindica? La mujer que es acreedora no reivindica, como tampoco los demás acreedores. En vano se

dirá que, a diferencia de los demás acreedores, la mujer se apropia los efectos de la comunidad que elige. ¿Es esto una reivindicación? Nó, el que reivindica *es* propietario, mientras que la mujer sólo se *vuelve* propietaria después de haber ejercido sus prelaciones; asimismo cualquier acreedor se *vuelve propietario* por el hecho del pago. Estar pagado no quiere decir reivindicar.

Se ha pretendido que el derecho de propiedad de la mujer que ejerce sus devoluciones resulta de los artículos 1,470 y 1,471. Estos artículos dicen que cada esposo *toma* de la masa sus devoluciones: ¿*toma* un acreedor lo que le debe su deudor? Los esposos que ejercen una prelación tienen *derecho de elegir*. ¿Puede el acreedor elegir y tomar entre los bienes de su deudor aquello que mejor le agrade? Luego el esposo no es acreedor. Queda por probar que obra como propietario. Para probarlo se ocurre a ficciones. En virtud de sus propios que entregó a la comunidad es por lo que el esposo tiene derecho a una indemnización; no existiendo los propios en naturaleza, la ley, se dice, les subroga los bienes de la comunidad. Otros dicen que los bienes de la comunidad sirven de *reemplazo* al esposo que tiene derecho a una compensación. Que haya *subrogación* o *reemplazo* lo seguro es que el esposo ejerce sus derechos sobre los efectos muebles o inmuebles de la comunidad; obra por vía de *apropiación*, luego a título de *propietario*. Dupín, que tomó la palabra en este debate como Procurador General, se burla de esta transmutación de un derecho de crédito en derecho de propiedad, especie de metempsícosis jurídica que transforma un cuadrado en círculo. Los que imaginaron esta suerte olvidaron que la subrogación es una ficción y que sólo al legisla-

dor pertenece crear ficciones; olvidaron que el reemplazo supone que un inmueble ocupa el lugar de un propio bajo condiciones determinadas por la ley; la ley no conoce los reemplazos tácitos; el mismo artículo que habla de las devoluciones, dice que hay lugar a volver a tomar el precio de los propios enajenados sólo cuando no se hizo el reemplazo de ellos, por consiguiente, la devolución no es un reemplazo. El texto y los principios rechazan, pues, estas suposiciones enteramente gratuitas. Todo cuanto resulta de los artículos que se invocan, es que las devoluciones son créditos de una naturaleza particular sometidos a reglas excepcionales, cuya razón hemos dado ya. Pero de que haya lugar a tomarlos de la masa no puede deducirse que el esposo sea propietario de los objetos que toma por efecto de una subrogación o de un reemplazo igualmente imaginario.

533. Ante las salas reunidas de la Corte de Casación no se insistió mucho en el supuesto derecho de propiedad del esposo que ejerce una devolución; el argumento había sido sostenido por los ataques de la doctrina. El recurso hablaba de un derecho de *exclusión* para con los acreedores en provecho de la mujer, para sus prelaciones en los bienes de la comunidad. Esta es una nueva prueba de que toda esta teoría de las devoluciones de la mujer era extralegal; a cada paso sus defensores se veían obligados a imaginar preferencias que la ley ignora, ya a título de *privilegio*, ya a título de *propiedad*, ya por derecho de *exclusión* ¿qué importa la palabra? El resultado es siempre el mismo y la ley rechaza el fondo de las ideas tanto como las formas diversas que se les da. ¿Con qué derecho se *excluiría* a los acreedores de la comunidad en los bienes que pertenecen a ésta? ¿Tiene la mujer que tomarlos primero? La sentencia

de 1858 contesta, como ya lo hemos hecho, que los artículos 1,470 y 1,471 sólo se ocupan en la partición del activo entre los esposos, y reglamentan únicamente los derechos respectivos de éstos últimos. ¿Deroga en alguna parte los derechos de los acreedores? Nó, pues no se trata de ellos, y no es necesario decir que los acreedores conservan su prenda en los bienes de su deudor.

El recurso invocaba también el art. 1,483 para inducir un derecho de *exclusión* o de *preferencia*. Este artículo da a la mujer el beneficio de emolumento, especie de beneficio de inventario que puede oponer a su marido para todas las deudas, y a los acreedores para aquellas por las cuales no está obligada como deudora personal. Las devoluciones no forman parte del emolumento hasta concurrencia de lo que está obligada la mujer. Y, se dijo, si se permite a los acreedores concurrir con la mujer en los bienes de la comunidad cuando ella ejerce sus devoluciones, ésta se verá obligada a venir a contribución con ellos; no se le pagará íntegramente y, por consiguiente, soportará las deudas más allá de su emolumento, puesto que las soportará en sus devoluciones. La Corte de Casación contesta que el ejercicio de las devoluciones es un crédito; por consiguiente, un derecho de la mujer sobre el activo de la comunidad, mientras que el art. 1,483 reglamentó únicamente las obligaciones de la mujer en cuanto al pasivo, concediéndole, cuando acepta, una especie de beneficio de inventario. No hay, pues, nada común entre las devoluciones y el beneficio de emolumento; de manera que la primera jurisprudencia de la Corte de Casación, al prevalecerse del art. 1,483, hacía otra vez decidir al legislador una cuestión que no tenía por objeto decidir. Esta es la más viciosa de las argumentaciones, aunque sea la más usa-

da, cuando se quiere introducir opiniones nuevas en el Código colocándolas bajo la autoridad del legislador.

534. Creemos inútil continuar este debate demasiado largo ya (1). Sólo agregamos una palabra acerca del papel de legislador que la Corte de Casación había asumido en sus primeras sentencias. Es seguro que si la sentencia de 1858 está fundada en los textos, en los principios y en la tradición, la primera jurisprudencia es una violación de la ley y un abuso de poder. La Corte hizo, pues, la ley dando a la mujer un derecho de preferencia contra los acreedores de la comunidad. ¿Valía más este nuevo Código que el antiguo Código Civil? Se puede atrevidamente asegurar que nó. Fué, al contrario, bajo la presión de la opinión pública y para sosegar los intereses alarmados, por lo que la Corte se dió a sí misma un solemne mentís negando a la mujer el derecho de preferencia que le había reconocido la jurisprudencia casi unánimemente. Sin duda los derechos de la mujer son dignos de la protección del legislador y los tuvo en cuenta dándole una hipoteca legal. Pero los intereses de los acreedores son aún más favorables, pues el interés de los terceros es el interés general. Hay acreedores que tratan con el marido contando con su riqueza mobiliar, y la mujer aumenta el crédito de su marido consintiendo en la enajenación de sus propios y entregando el precio en la comunidad; induce con esto a los terceros a tratar con su marido; ¿vendrá después a oponer a estos mismos acreedores su derecho de devoluciones? Es decir, ¿volverá a tomar los bienes que contribuyeron a tranquilizar a los acreedores con sus prelaciones? Dupín dijo que el derecho de de-

1 Véase la excelente refutación que Colmet de Santerre hizo de la antigua jurisprudencia (t. VI, pág. 292, núm. 132 bis III y siguientes).

voluciones así entendido sería un derecho de sorpresa. Este es un retruécano (1), pero la palabra es justa (2).

Núm. 6.—Naturaleza del derecho de devolución.

I.—¿Es un derecho mueble?

535. ¿Cuál es la naturaleza del derecho de devolución? ¿Es un derecho mueble o es un derecho inmueble cuando la prelación se ejerce sobre inmuebles? Nos parece que en la opinión consagrada por la última jurisprudencia de la Corte de Casación la respuesta no podría ser dudosa. Se funda en el principio de que la mujer sólo tiene un derecho de crédito y todos los derechos de crédito son mobiliarios porque tienden a poner en manos del acreedor una suma de dinero; es decir, una cosa mueble; se puede, pues, aplicar a las devoluciones esta antigua definición: *Jus est mobile quod tendit ad mobile*. Sin embargo, la cuestión es discutida. Comprobemos primero cuál es el interés práctico del debate si se aplican a las devoluciones los principios que rigen los derechos muebles. La viuda que tiene un derecho de devolución en una primera comunidad vuelve a casarse bajo el régimen de la comunidad legal; ¿entrará su derecho de devolución en el activo de la nueva comunidad? Sí, puesto que es un derecho mueble; si, pues, se liquida la primera comunidad y la mujer toma sus devoluciones en inmuebles, éstos entrarán en la nueva comunidad porque la mujer los recibe a título de devo-

1 En francés las palabras *reprise et surprise* dan lugar a un juego de palabras sutil.—N. del T.

2 Requisitoria de Dupín (Dalloz, 1858, 1, 17). Colmet de Santerre, t. VI, pág. 297, núm. 132 bis XIII.

luciones; es decir, de derecho mueble. Asimismo si la mujer o el marido hacen un legado universal de sus muebles, el legatario tendrá derecho a las devoluciones aunque en el momento de la liquidación de la comunidad las devoluciones se ejerciesen por una prelación de inmuebles. Sólo hay una restricción que hacer a esta decisión: la voluntad de las partes contratantes es su ley, y la intención del testador hace también ley para la interpretación de sus disposiciones; es, pues, necesario ante todo ver lo que el disponente quiere y lo que quieren las partes (1). Esto es el derecho común.

536. Según la opinión que reinó durante cinco años en la jurisprudencia, acerca de las devoluciones de la mujer, la naturaleza de las devoluciones dependía de la prelación. La mujer se consideraba como si los ejerciera a título de propietaria; su derecho se consideraba como mueble cuando tomaba mueble, y como inmobiliario cuando tomaba inmuebles. Una sentencia pronunciada por la Cámara de Requisiciones, bajo el imperio de la nueva jurisprudencia, refuta en muy enérgicos términos esta doctrina, que es en efecto rara; es contraria a todos los principios del derecho, dice la Corte, y descansa en una confusión que no resiste al menor examen. Hay en la mujer casada dos personas distintas que tienen derecho de naturaleza enteramente diferente. En su calidad de mujer común tiene en la comunidad un derecho de copropiedad que conduce a una acción de partición cuando acepta la comunidad. En calidad de acreedora de la comunidad tiene contra ella una acción para hacerse pagar el monto de sus devoluciones de que es deudora la comunidad; ¿y qué es deudora la comunidad? De los valores que le fueron entregados por la

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 358, pfo. 511 y las sentencias citadas ya.

enajenación de los propios de la mujer; recibe valores, debe restituirlos; su deuda es, pues, mobiliario y, por tanto, el derecho del esposo es mueble. Se objeta que la mujer ejerce sus devoluciones por vía de prelaciones en los bienes de la comunidad. ¿Esta prelación cambia la naturaleza del derecho de devolución? La devolución no consiste en la prelación; ésta no es más que un modo de ejercer aquélla; es decir, un modo de pago. ¿El modo de pago determina la naturaleza del crédito? Nó, seguramente. Luego la naturaleza de la devolución sigue siendo lo mismo si el esposo toma inmuebles o si toma muebles; mobiliario en su principio, es mobiliario de cualquiera manera que se ejerza (1).

537. Sorprende ver que la doctrina antigua sobrevive a la nueva jurisprudencia inaugurada en 1858 por las cámaras reunidas. Los Sres. Rodière y Pont califican de evidente equivocación la decisión de la Cámara de Requisiciones que acabamos de analizar (2). ¿En qué consistiría este supuesto error? Se invoca el principio de la retroacción de la partición y se aplica a la prelación. Nos parece que si hay error es por parte de los que hablan de retroacción de la partición, cuando todavía no hay reparto. En efecto, las prelaciones son una operación preliminar de la partición; esto es lo que dice el art. 1,474: "Después que las prelaciones de ambos esposos han sido hechas en la masa, lo excedente se divide por mitad entre ellos y los que los representen. Si la partición sólo se hace después de la prelaciones no puede decirse que éstas sean una partición. Más aún:

1 Denegada, 2 de Junio de 1862, sobre informe de Renault d'Ubexi (Dalloz 1862, 1, 420).

2 Rodière y Pont, t. II, pág. 348, núm. 1082, y t. 1, pág. 302, núms. 383 y siguientes. Consúltase Mourlón, t. III, pág. 100, nota. En sentido contrario, Aubry y Rau, t. V, pág. 357 y nota 13, pfo. 511.

lo que prueba que las devoluciones de los esposos nada tienen de común con el reparto del activo, es que la mujer tiene derecho a sus devoluciones aun cuando renuncie (art. 1,493), y el art. 1,495 dice que la mujer renunciante puede ejercer sus devoluciones tanto en los bienes de la comunidad como en los personales del marido. Es verdad que la cuestión de saber si la mujer que renuncia tiene los mismos privilegios que la mujer que acepta la comunidad, es discutida. Pero poco importa; lo que no puede ser debatido, por que lo dice la ley, es que la mujer renunciante tiene las mismas devoluciones que la que acepta; el derecho de devoluciones es idéntico en ambas hipótesis; si es mueble cuando la mujer renuncia ¿por qué había de ser inmueble cuando acepta? En cuanto a la retroacción de la partición hay que descartarla. Lo hacemos porque no puede ser cuestión de hacer retrotraer una partición que no existe. Y no se puede extender a las operaciones preliminares de la partición un principio que la ley establece sólo para el reparto. Hay para esto una razón decisiva: que la retroacción del reparto es una ficción, y las ficciones no se extienden. Pues bien, la doctrina que combatimos establece una nueva ficción: la retroacción de los preliminares de la partición; los intérpretes no tienen este derecho, aunque tuvieran las mejores razones para hacer retrotraer las prelaciones. Creemos inútil insistir por tener los principios una certidumbre absoluta. La jurisprudencia de las cortes de Bélgica están en este sentido (1). Las Corte de Francia están divididas.

1 Casación, 18 de Junio de 1857 (*Pasicrisia*, 1857, 1, 319). Lieja, 19 de Enero de 1850 (*ibid.*, 1850, 2, 140). Bruselas, 7 de Marzo de 1857; 12 de Enero de 1859; 16 de Noviembre de 1865; 18 de Julio de 1866 (*ibid.*, 1857, 2, 14; 1864, 2, 34; 1866, 2, 174; 1867, 2, 259).

538. No es menester decir que estos principios tienen aplicación al caso en que la mujer renunciante ejerce sus devoluciones. Poco importa que se conceda o se le nieguen los privilegios de la mujer que acepta, el modo de pago corresponde al ejercicio del derecho; y la naturaleza del derecho depende de su objeto y no del modo como se ejerce.

Por la misma razón el principio se aplica a toda clase de devoluciones debidas por la comunidad por las indemnizaciones del núm. 3 del art. 1,271, así como por el precio de los inmuebles, caso previsto por el núm. 2. El principio es siempre el mismo; sólo que colocándose desde el punto de vista de las objeciones que se hacen a nuestra opinión, puede decirse que hay un argumento *a fortiori* en el caso previsto por el núm. 3. Así cuando la mujer se obliga solidariamente con su marido en interés de la comunidad, tiene derecho a una indemnización. ¿Cómo sostener, en este caso, que el crédito de la mujer es inmobiliario? Pide que se la indemnice por una obligación; debe una suma de dinero; a título de indemnización tiene derecho a esta suma de dinero. Todo es mueble en este hecho jurídico. ¿Qué importa por lo mismo la manera de hacer el pago?

II.—¿Son las prelaciones una donación en pago?

539. Se ha comparado a menudo la prelación a una donación en pago. Hay, en efecto, una aparente analogía. El esposo acreedor a la compensación tiene derecho a una suma de dinero; esto es lo que acabamos de establecer para probar que su derecho es mobiliario; en pago de esta suma de dinero toma muebles o inmuebles; hé aquí, en apariencia, una donación en pago. Sin em-

DE LA COMUNIDAD LEGAL.

675

bargo, la doctrina y la jurisprudencia se hallan acordes en decir que no hay verdadera donación en pago. Según el art. 1,243 el acreedor no puede estar obligado a recibir otra cosa que la que se le debe, y se entiende que sólo puede pedir aquello que se le debe. Si, pues, el acreedor de una suma de dinero recibe en pago una cosa mueble o inmueble, esto se hace mediante concurso de consentimientos; es decir, por una convención nueva que equivale a una venta en el sentido, cuando menos, de ser translativa de propiedad. Sucede lo mismo en el caso de prelación? Nó, es una masa la que es deudora; esta masa no es una persona civil, ni siquiera la representa el marido, puesto que la comunidad se halla disuelta; ambos esposos o sus herederos liquidan; el que es deudor devuelve a la masa lo que debe; el que es acreedor toma lo que se le debe y hace esta prelación en efecto de la comunidad; esto es para él un derecho, lo ejerce sin concurso de consentimiento de su cónyuge o de sus herederos; la ley es la que arregla así el modo de pago de las compensaciones. Existe otra diferencia más importante entre la donación en pago y la prelación. El deudor que, con consentimiento del acreedor, le da en pago un mueble o un inmueble, da una cosa que le pertenece con objeto de transferir la propiedad; así, pues, la donación en pago es esencialmente translativa de propiedad. No sucede lo mismo cuando el esposo, que tiene derecho a una indemnización, toma lo que se le debe en efectos de la comunidad; toma en pago de lo que se debe una cosa de que es propietario por indiviso. No puede tratarse de transferir la propiedad al que es propietario ya. La prelación no opera, pues, una translación de propiedad, es una liquidación de crédi-

P. de D. C. TOMO XXII.—43

to y de deudas que se hace según reglas particulares, lo que evita las dilaciones y los gastos de una venta a la que, a falta de prelaciones en naturaleza, las partes interesadas deberían haber procedido (1).

540. Del principio de que la prelación no es un acto translativo de propiedad se siguen consecuencias muy importantes. Cuando el deudor da un inmueble en pago de lo que debe, se opera una translación de propiedad inmobiliar; por lo tanto, el acta en que consta la donación en pago debe ser registrada según las leyes que en Bélgica y en Francia exigen la transcripción de las actas translativas de derechos reales inmobiliarios (2). ¿Sucede lo mismo con la prelación que se hace en inmuebles? La cuestión es discutida; volveremos a tratarla en el título de las *Hipotecas*. Si se admiten los principios que acabamos de exponer hay que decidir que no hay lugar a registrar. Es seguro que la prelación no debe hacerse pública como si operara translación de propiedad, puesto que no es translativa de ésta. La Corte de Casación de Francia lo resolvió así; decidió que la prelación no constituye ni una partición propiamente dicha, ni una donación en pago. Sin embargo, la Corte agregó que es una operación declarativa de propiedad; de aquí nace una duda, pues según nuestra Ley Hipotecaria las actas declarativas de propiedad están sometidas a la transcripción; esta es una cuestión cuyo examen aplazaremos.

La Corte de Casación saca del principio que consagra, una consecuencia muy lógica. Se supone que el inmue-

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 365, nota 31, pfo. 511 y las autoridades que citan. Consúltense las sentencias citadas más adelante (núms. 540 y 541).

2 Ley Hipotecaria belga, art. 1. Ley francesa de 23 de Marzo de 1855, art 1., pfo. 1.

ble tomado por el esposo está gravado con un privilegio o una hipoteca no registrada; ¿puede el acreedor registrarla después de la prelación? Si se admite que la prelación no necesita registro, la inscripción puede siempre hacerse útilmente, puesto que no hay ningún cambio en la situación de las partes interesadas; el acreedor privilegiado o hipotecario conserva el derecho de registrar mientras no hay acto translativo de propiedad que haya sido registrado (1).

541. Se ha sentenciado que las prelaciones ejercidas por la mujer aceptante no están sometidas al derecho de mutación; diremos más adelante que no sucede lo mismo con las devoluciones de la mujer renunciante. La sentencia de la Corte de Casación establece claramente el carácter de la prelación. La mujer, dice la Corte, que ejerce sus devoluciones en los bienes de la comunidad obra con la doble calidad de acreedora y de común; se paga con bienes sobre los cuales no puede, sin duda, reclamar un derecho de preferencia para con los demás acreedores de la comunidad, pero de los que no deja por esto de ser copropietaria por indiviso con su marido o sus herederos; la prelación que ejerce es, desde el punto de vista de los derechos de registro, una de las operaciones de la partición, con la cual se confunde (2). Tal cosa pasaría aunque la mujer, cuyas devoluciones exceden del valor de los efectos de la masa, abandonara la comunidad al marido o a sus herederos, a reserva de que éstos pagaran sus devoluciones. Poco importa, dice la Corte, cómo se hacen las prelaciones, es decir, cómo se ejercen las devoluciones; el crédito de la devolución permanece siem-

1 Denegada, Sala Civil, 20 de Julio de 1869 (Daloz, 1869, 1, 497). Aubry y Rau, t. V, nota 49, pfo. 209.

2 Casación, 3 de Agosto de 1858 (Daloz, 1858, 1, 310).

pre igual; que se haga la prelación tomando ciertos valores de la masa o que se efectúe pagando cierta suma de dinero, en una y otra hipótesis siempre es un arreglo entre esposos y una operación de liquidación destinada a la consistencia de la comunidad y que no implica ninguna translación de dominio, puesto que la mujer abandona a los herederos del marido sus derechos en la comunidad. Una vez había, en apariencia, transmisión de propiedad, puesto que la mujer abandonaba a los herederos del marido sus derechos sobre la comunidad. La Corte de Casación contestó que la mujer no puede transmitir una propiedad que no tiene; la masa divisible pertenece, es verdad, a ambos esposos, pero no la pueden dividir sino después de hechas las prelaciones; luego son los bienes, hecha la deducción de prelaciones, los que constituyen la masa divisible y los que constituyen la propiedad indivisa de los comuneros. Cuando las prelaciones absorben más de los bienes de la comunidad, nada queda de aquella masa divisible; la mujer no cede, pues, nada a los herederos; por lo tanto, la cesión que hace no opera ninguna transmisión de propiedad. La mujer, dice la Corte, no se desprende en favor de los herederos de un derecho de propiedad que no tenía; les cede sus derechos sobre los bienes de la comunidad que podía tomar a título de prelaciones, por lo mismo, sin transmisión de propiedad (1). Acerca de este punto nos queda alguna duda. La mujer tiene derecho para tomar toda la comunidad a título de prelaciones, sin que haya translación de propiedad; esto es seguro. Pero cuando la mujer abandona toda la comunidad a los herederos del marido, no hace una prelación, cede sus derechos al activo, y en virtud de esta cesión es como los

1 Casación, 1.º de Diciembre de 1864 (Daloz, 1865, 1, 17).

herederos del marido se vuelven propietarios; sin la cesión no habrían tenido ningún derecho sobre los bienes que la mujer les abandona; si sólo se hacen propietarios por la cesión ¿no debe deducirse que el abandono constituye una translación de propiedad?

542. En caso de insuficiencia de los bienes comunes la mujer puede promover contra el marido (artículo 1,472). Si el marido o sus herederos le dan en pago de su devoluciones unos muebles o unos inmuebles, hay donación en pago propiamente dicha; por tanto, translación de propiedad con todas las consecuencias que de ella resultan; necesidad del registro y pago de los derechos de translación. Este principio está admitido por la doctrina y por la jurisprudencia, y no se puede discutir. La mujer que promueve contra su marido es una acreedora ordinaria, no ejerce su derecho por vía de prelación en los bienes de su marido, pues no tiene ningún derecho sobre estos bienes sino el de prenda que pertenece a cualquier acreedor. Es verdad que el artículo 1,472 dice que la mujer ejerce sus devoluciones *en los bienes personales del marido*, pero la ley se expresa así por oposición a los *bienes de la comunidad* que son insuficientes; no pudo dar a la mujer un derecho de prelación sobre bienes que no pertenecen a la comunidad. La mujer debe, por consiguiente, proceder por vía de embargo como lo hacen todos los acreedores (1).

§ III.—DE LOS CRÉDITOS DE UNO DE LOS ESPOSOS CONTRA EL OTRO.

543 El art. 1,478 dice: “Después de consumado el reparto, si uno de los esposos es acreedor personal del

1 Casación, 3 de Agosto de 1858 (Dalloz, 1858, 1, 310). Mourlón, t. III, página 96, núm. 226.

otro, ejerce su crédito en la parte que toca a éste en la comunidad o en sus bienes personales.” Se llaman ordinariamente estos créditos *compensaciones* entre esposos; la ley no se sirve de esta expresión; el art. 1,479 califica de *créditos personales* los que los esposos tienen que ejercer el uno contra el otro. Estos créditos difieren, en efecto, de las compensaciones: éstas se hallan sometidas a reglas especiales que no se aplican a los créditos entre esposos; es mejor atenerse a la terminología del Código.

544. ¿Cuándo uno de los esposos es acreedor personal del otro? El art. 1,478 da un ejemplo: “Como cuando el precio de su bien ha sido empleado en pagar una deuda personal del otro esposo”; luego la ley agrega: “o por otra causa”. El ejemplo está tomado de Pothier; hay que hacerle una restricción. Si el precio procedente de la venta de un propio es entregado a la comunidad, ésta deberá recompensa al esposo propietario del inmueble enajenado (art. 1,433), y si el dinero sirve después para pagar una deuda personal del otro cónyuge, éste deberá una indemnización a la comunidad; habrá en este caso una doble indemnización sin que el esposo propietario de la heredad se haga acreedor personal de su cónyuge. Para que el esposo que vende un bien propio para pagar la deuda de su cónyuge se vuelva acreedor personal de éste, es necesario que el precio sea entregado directamente al acreedor o que le haya sido delegado; lo mismo pasaría si el inmueble fuera dado en pago de la deuda. En todos estos casos, no habiendo sido entregado el precio a la comunidad, ni empleado por ella, no hay lugar a recompensa; el esposo cuyo propio sirvió para pagar la deuda de su cónyuge se vuelve acreedor personal de éste. La distinción es importante; resul-

ta de ella que no se aplican al esposo acreedor las reglas especiales que rigen las compensaciones. Volveremos a hablar de este punto. Debemos ver también cuáles son las otras causas en virtud de las cuales, según el artículo 1,478, uno de los esposos puede volverse deudor del otro. Los autores las enumeran; son raras y pertenecen a la teoría más bien que a la práctica.

El contrato de venta puede celebrarse entre esposos en los tres casos previstos por el art. 1,595. Esto es más bien una donación en pago. Si el esposo debe 10,000 francos y da en pago un inmueble que vale 15,000, es acreedor por 5,000 francos, deuda personal entre esposos.

El art. 1,438 prevé el caso de una dote constituida conjuntamente por el padre y la madre y decide que están como si hubiesen dotado cada cual por la mitad. Si la dote fué pagada con bienes personales de uno de los esposos, éste tiene en los bienes del otro una acción de indemnización por la mitad de la dote: ésta es también una deuda personal: La ley dice, es verdad, que el esposo tiene una acción *en los bienes del otro*; pero esto es para significar que la deuda no se persigue en los bienes de la comunidad; no es esto una compensación, es una deuda entre esposos.

El marido garantiza la venta que hace la mujer de un propio; el comprador lo demanda y obliga a pagar daños y perjuicios resultantes de la evicción; el art. 1,432 dice que tendrá un recurso contra la mujer, ya sea sobre la parte que tiene en la comunidad, ya en sus bienes personales. Al decir que el marido tendrá una acción sobre la parte de la mujer en la comunidad, la ley supone que la comunidad está disuelta; ¿es esto decir que el marido sólo puede obrar cuando la disolución de la comu-

nidad? Volveremos a tratar esta cuestión; se presenta para todos los créditos que los esposos tienen uno contra otro.

Las donaciones que uno de los esposos hace al otro constituyen también al donante deudor personal para con el donatario. Según el art. 1,480 estas donaciones no se ejecutan más que en la parte del donante, en la comunidad y en sus bienes personales. Estos son los términos del art. 1,432; no se ve desde luego por qué la ley lo dice, puesto que tal es el derecho común. Es porque se hubiera podido creer que las donaciones deben ejercerse en la comunidad; en este caso la donación no sería una liberalidad sino por mitad, puesto que el donatario tiene derecho a la otra mitad como esposo común. El legislador supone, y esto es natural, que el que declara dar 10,000 francos a su cónyuge quiere darle la suma entera y no la mitad. Sin embargo, nada impide que uno de los cónyuges haga una donación con esta cláusula que se ejercerá en la comunidad; el donante puede dar lo que quiera (1). Debe, pues, consultarse ante todo su intención.

No se dice nada, en ninguna parte, de las deudas que los esposos contrajeron uno hacia el otro antes del matrimonio. La mayor parte de las deudas son mobiliarias y el derecho que resulta de ellas es también mobiliario. De esto resulta que los créditos caen en el activo de la comunidad y las deudas en el pasivo; es decir, que se extinguen por confusión. Sin embargo, los esposos podrían excluir estas deudas por su contrato de matrimonio, estipulando la realización. En este sentido es en el que Pothier formula el ejemplo que da de las

1 Duración, t. XIV, pág. 603, núm. 482. Colmet de Santerre, t. VI, página 310, núm. 140 bis.

deudas anteriores que constituyen una deuda personal entre esposos: "Cuando uno de los esposos antes de su matrimonio era acreedor del otro cónyuge por una suma de dinero y esta deuda ha sido excluida de la comunidad tanto por parte del cónyuge acreedor por una cláusula de realización de su mobiliar, como por parte del cónyuge deudor por una convención de separación de deudas, el cónyuge continúa teniendo su crédito cuando se disuelve de la comunidad, no contra ésta sino contra el cónyuge que es deudor (1).

545. ¿Cuándo los créditos de uno de los esposos contra su cónyuge pueden ser demandados? Se admite generalmente que pueden serlo sólo después de la disolución de la comunidad (2). Esta opinión confunde los términos del artículo 1,478 que dice: "*Después de consumado el reparto* el esposo acreedor ejerce su crédito en la parte del esposo deudor, en la comunidad o en sus bienes personales." Nos parece que esto es hacer decir a la ley lo que no tiene por objeto decidir. ¿De qué se trata en el art. 1,478? La ley dice en que bienes deben ejercerse los créditos personales de los esposos. No se ejercen por vía de compensaciones o de prelación en la comunidad, puesto que el esposo no es acreedor de la comunidad; acreedor personal, se le aplica el derecho común, según el cual los bienes del deudor son la prenda de sus acreedores. El texto deja, pues, intacta la cuestión y debe decidirse según los principios. Y cualquier deudor tiene derecho de promover contra su deudor: el derecho de acción constituye la esencia del crédito. ¿Por qué no había de poder promover el esposo

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 677. Aubry y Rau, t. V, pág. 370, párrafo 512 y todos los autores.

2 Aubry y Rau, t. V, pág. 372, nota 7, pfo. 512 y las autoridades que citan.

acreedor? Se dice que los créditos no pueden ejercerse antes de la partición, porque hasta entonces no se sabe cuáles son los derechos del esposo deudor en la comunidad. Sin duda el esposo acreedor no puede perseguir su derecho en la parte que su deudor tiene en la comunidad que no está disuelta. Pero si el esposo deudor tiene bienes personales, cesa de su fuerza la objeción; desde luego se está dentro del derecho común. La jurisprudencia está indecisa y las sentencias que se citan en favor de la opinión general no tienen gran autoridad. La Corte de París ha sentenciado en una decisión muy antigua, que los esposos no podían demandarse uno al otro durante la comunidad, porque hay confusión de derechos. Esto supone deudas anteriores al matrimonio; pero cuando el crédito nace durante el matrimonio, y a consecuencia de una venta que hace uno de los cónyuges a su esposo, no existe confusión. La Corte agrega que hay que hacer una liquidación para saber cuál de ambos esposos es acreedor o deudor (1). ¿No confunde la Corte las compensaciones y las deudas entre esposos? Si los dos esposos son respectivamente deudores uno hacia el otro, se establece compensación, pero nada hay que liquidar por este punto. La sentencia que se cita en favor de nuestra opinión tampoco es decisiva. Se trataba de devoluciones más bien que de créditos; el marido estaba en quiebra y la mujer pedía la separación de bienes; la Corte no decidió en principio que la mujer puede promover, así como en las otras sentencias no ha decidido en principio que no tiene este derecho (2). Al-

1 París, 10 Frimario, año XIII (Daloz, en la palabra **Contrato de matrimonio**, núm. 2443). Se cita también una sentencia de Burdeos, de 6 de Mayo de 1848 (Daloz, 1850, 2, 11.) En el caso la mujer no era acreedora.

2 Caen, 17 de Enero de 1853 (*Id.*, 1853, 2, 109).

gunas veces la cuestión versa sobre dificultades que presenta el sistema hipotecario; volveremos a hablar de este punto en el título que es el sitio de la materia.

546. ¿En qué bienes ejerce el esposo sus derechos? El art. 1,478 contesta: “En la parte que tiene el esposo deudor en la comunidad, o en sus bienes personales.” Esta es una diferencia entre los créditos personales y las compensaciones. No puede tratarse de una prelación cuando se trata de deudas personales de los esposos, pues las prelacións tienen por objeto liquidar la masa divisible, y los créditos de los esposos están completamente fuera de esta liquidación. Por esto las prelacións se rigen por reglas excepcionales que no pueden aplicarse a un delito ordinario. El esposo permanece, pues, dentro de los términos del derecho común, tiene acción sobre todos los bienes de su deudor (1).

547. El art. 1,479 establece una diferencia entre las devoluciones y los créditos personales que los esposos tienen que ejercer el uno contra el otro; éstos sólo producen interés desde el día de la demanda judicial. Los esposos quedan bajo el imperio del derecho común, porque no había ningún motivo para derogarlo. Aquí vuelve a presentarse la cuestión de saber cuándo el esposo puede promover contra su cónyuge para que corran los intereses. Según la opinión común se contesta que durante la comunidad el esposo acreedor no puede demandar los intereses. Por lo cual la ley negaría que los intereses corrieran de derecho pleno, obligaría al esposo a promover en justicia para que corrieran, y le prohibiría, a la vez, promover. Esto es contradictorio e injusto. Se dice que los créditos del esposo duermen. Esto es ofuscarse con palabras (2). ¿Por qué duermen? Nos parece que hay que

1 Rodière y Pont, t. II, pág. 249, núm. 960.

2 Rodière y Pont, t. II, pág. 250, núm. 967.

sacar del art. 1,478 una consecuencia enteramente contraria: puesto que la ley somete al esposo acreedor al rigor del derecho común, es también necesario que le conceda el beneficio que éste le da.

548. Se pregunta si el crédito de saldo nacido de la partición puede ser regido por el art. 1,478. La afirmativa nos parece tan evidente, que no hubiéramos pensado en presentar la cuestión. El crédito de saldo nace, pues, de la disolución de la comunidad; no es un crédito entre esposos comunes en bienes, es un crédito ordinario nacido de un contrato en que figuran de ordinario el esposo supérstite y los herederos del esposo difunto. Se trata, pues, de una convención ordinaria sometida como tal al derecho común, del cual el art. 1,478 es una aplicación. En apoyo de la opinión contraria se invoca el art. 1,652 que hace correr los intereses de pleno derecho cuando la cosa vendida produce frutos. Esto es confundir dos contratos de naturaleza muy diversa: la venta y la partición. La partición es una partición aunque se haya concluido con saldo; no puede, pues, aplicarse a la partición la disposición excepcional del art. 1,652. La equidad está de acuerdo con el principio de derecho. El saldo tiene por objeto igualar los lotes; es, pues, de creerse que se le ha calculado de modo que restablezca la igualdad entre los coparticipantes, sin que el deudor del saldo deba los intereses de derecho pleno. El acreedor del saldo tiene siempre el medio de hacerlos correr si promueve contra el deudor (1).

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 309, núm. 139 bis II. En sentido contrario, Marcadé, t. V, pág. 640, núm. I del art. 1486.

Índice de las Materias

CONTENIDAS EN ESTE TOMO,

TÍTULO VI.

(TÍTULO V DEL CÓDIGO CIVIL.)

Del contrato de matrimonio y de los derechos
respectivos de los esposos.
(Continúa.)

CAPÍTULO II.

DEL RÉGIMEN DE COMUNIDAD.
(Continúa.)

*SECCIÓN III.—De la administración
de la comunidad.*

Artículo I.—Poder del marido.

§ I. — Del derecho de disposición.

Núm. 1. — De las actas a título oneroso.

I.—Poder absoluto del marido.

- | | |
|--|---|
| 1 ¿Todavía es el marido señor y dueño de los bienes de la comunidad? | 3 |
| 2 Tiene el poder absoluto de disponer de ella a título oneroso. De una excepción admitida por la jurisprudencia para los retratos de familia dados a la mujer. | 5 |
| 3 Puede vender los bienes de la comunidad con reserva de usufructo? | 6 |
| 4 Puede venderlos por renta vitalicia? Quién aprovecha la renta? | 7 |

II INDICE DE LAS MATERIAS

5 Puede ejecutar todo los actos de disposición, constituir derechos reales, abandonar, dar mayor valor sin el concurso de la mujer?	8
6 El marido administra solo; no es responsable por su gestión de dar cuenta de la exactitud de los gastos?.	9
7 Puede el marido delegar sus poderes a la mujer? Puede darle mandato para administrar los bienes de la comunidad?.	11

II.—El poder absoluto del marido y la personificación de la comunidad.

8 El poder absoluto que tiene el marido para disponer a título oneroso implica que los bienes no pertenecen a una persona civil	11
9 La cuestión de la personificación no ofrece interés práctico más que para los actos a título gratuito y el art. 1,425 prueba que la comunidad no está consolidada como persona civil a la cual pertenecían los bienes.	12

Núm. 2. Actos a título gratuito.

I. Donaciones entre vivos.

1. Lo que puede dar el marido.

10 El art. 1,422 deroga el decreto antiguo. Motivos de la derogación.	13
11 Crítica de las distinciones hechas por el art. 1,422 entre los muebles y los inmuebles o entre las donaciones hechas a título particular y las hechas a título universal.	14
12 Por qué prohíbe la ley al marido reservarse el conjunto de los efectos muebles que dá?. . . .	16
13 El marido puede dar los bienes de la comunidad para el establecimiento de los hijos comu-	

INDICE DE LAS MATERIAS

III

nes por matrimonio o de otra manera.	17
14 Puede dar todos los bienes de la comunidad?	17
15 De una restricción hecha por Troplong de la decisión de la Corte de Casación.	19
16 De una crítica de Marcadé. El marido puede disponer de la comunidad por institución con- tractual, o hay que asimilar esta institución a una donación testamentaria?.	20
17 Puede el marido dispensar al hijo reportar a la sucesión de la madre, en el caso en que ésta acepte la comunidad?.	21
18 Una donación hecha por el marido dentro de los límites de la ley puede ser anulada por ca- sos de exceso?.	22

2. De las donaciones que se pasan de los límites legales.

19 Las donaciones de inmuebles de una univer- sidad de muebles, o de efectos muebles con reserva de usufructo son nulas.	24
20 La nulidad se halla establecida sólo por inte- rés de la mujer, que puede invocarla.	24
21 La donación es nula, aunque la mujer haya concurrido.	25
22 Contestación a la objeción de la tradición. . .	27
23 Objeción sacada de la costumbre de París, combinada con los arts. 1,421 y 1,422.	29
24 Contestación a las objeciones de Troplong. . .	31
25 Crítica de la jurisprudencia.	32
26 Puede pedir la mujer la nulidad, durante la comunidad, de las donaciones ilegales hechas por el marido?.	39
27 Puede pedir la nulidad cuando renuncia a la comunidad?.	40
28 Puede pedirla cuando acepta?.	41
29 Qué sucede con la donación si la cosa dada en- tra en el lote del marido? Quid si se pone en el	

IV

INDICE DE LAS MATERIAS

lote de la mujer? Tiene en este caso el donatario acción contra el donante?	42
30 Puede el marido pedir la nulidad como jefe de la comunidad?	45
31 Cuál es la naturaleza de la acción que el art. 1,422 da a la mujer?	45
32 Puede pedir la nulidad de una donación de inmuebles hecha por el marido a un hijo del primer matrimonio, o esta donación es sencillamente reportable?	47

II De los legados

33 El marido puede legar su parte en la comunidad. Este derecho pertenece también a la mujer?	48
34 Puede el marido legar un objeto particular de la comunidad? Cuál es el efecto de este legado? Es el art. 1,423 una disposición de principio o una excepción al derecho común?	48
35 Se aplica a la mujer el 2º inciso del art. 1,423?	51
36 Quid del legado que hace el marido a la mujer?	51
37 El art. 1,423, 2º inciso, se aplica a los legados que el marido hiciere después de la disolución de la comunidad?	52

Núm. 3. Restricciones que tiene el poder del marido.

38 Debe el marido obrar sin fraude.	52
39 Cuándo hay fraude?	53
40 La mujer puede obrar por acción pauliana. Contestación a las objeciones.	55
41 Tiene acción contra los terceros?	56
42 Cuándo puede la mujer atacar un acto o título oneroso por causa de fraude?	57
43 Cuándo puede la mujer atacar una donación de efectos muebles como fraudulenta? Basta que sea excesiva?	58

Principios de Derecho Civil Francés, tomo XXII, se imprimió, gracias a la valiosa colaboración del Dr. Juan Luis González Alcántara, en septiembre de 2010. La edición consta de 1000 ejemplares. La revisión y supervisión editorial estuvieron al cuidado del licenciado Raciél Garrido Maldonado y la M.D. Paulina Cal y Mayor Turnbull.