

ter común; con este título se puede argüir de una á otra por analogía.

*SECCION 1.º —De la comunidad de gananciales. (1)*

§ I.—NOCIONES GENERALES.

*Núm. 1. Definiciones.*

120. El art. 1,498 define implícitamente la comunidad de gananciales diciendo: "Cuando los esposos estipulan que sólo habrá entre ellos una comunidad de gananciales, están como si excluyeran de la comunidad las deudas de cada uno de ellos, actuales y futuras, y sus muebles respectivos, presentes y futuros." Cuando se excluye el mobiliar presente y futuro, estando excluidos los inmuebles por derecho común, ¿qué queda? Las gananciales; es decir, los bienes muebles que los esposos adquieran á título oneroso durante el matrimonio; por esto es que el título de nuestra sección dice: *De la comunidad reducida á las gananciales*. No debe, sin embargo, tomarse esta fórmula al pie de la letra; la comunidad está reducida á las gananciales en este sentido: que el mobiliar presente y futuro de los esposos está excluido; pero la comunidad no está reducida á las gananciales en este sentido: que se componga exclusivamente de las adquisiciones hechas por los esposos; comprende también los frutos y productos de los propios, así como el producto del trabajo de los esposos (art. 1,498).

121. ¿Cuál es el objeto de la cláusula que excluye de la comunidad los muebles presentes y futuros, así como las deudas actuales y futuras? Cada esposo conserva su patrimonio activo y pasivo; en este sentido están separados de deudas y bienes; sólo hay sociedad para los bienes que ad-

1 Tessier, *Tratado de la Sociedad de Gananciales según los principios de la jurisprudencia antigua*, 1829, 1 vol.

quieren con los ahorros realizados en el producto del trabajo y de los frutos. El efecto de la cláusula hace conocer su objeto. Sucedé amenudo, se pudiera decir siempre, que la fortuna de los esposos es desigual, ya en cuanto á la cifra, ya en cuanto á la naturaleza de los bienes. Resultaría bajo el régimen de la comunidad legal, que la fortuna de uno de los esposos pasará en parte á su cónyuge; es decir, á una familia extraña si no hay hijos. Aun cuando haya casi igualdad de fortuna entre los esposos, si la fortuna de uno de ellos es mobiliar mientras la del otro es inmobiliar, éste conservará sus bienes y tomará la mitad de los bienes de su cónyuge. La diferencia de las deudas arrastra otra desigualdad; casi todas las deudas son muebles y caen en la comunidad; si uno de los esposos no tiene deuda y el otro la tiene, el régimen de la comunidad tendrá por efecto que el esposo adeudado pagará su deuda á expensas de la comunidad; luego á expensas de su cónyuge, cuando menos en parte. Estos resultados hieren el sentimiento de igualdad y son contrarios al interés de las familias; se pudiera decir á sus derechos, que, según nuestras antiguas costumbres, los bienes son una copropiedad de las familias. La comunidad de gananciales evita estos inconvenientes. Cada esposo conserva sus propios y está obligado á sus deudas. (1)

122. ¡Cosa singular! La comunidad es de origen de las costumbres, mientras que la sociedad de gananciales viene de los países de derecho escrito. Era muy usada en la jurisdicción del Parlamento de Burdeos. Era un medio de corregir los vicios del régimen dotal. La mujer bajo este régimen es extraña en la familia; prosperen ó no los negocios del marido, poco le importa, personalmente no tiene ningún interés; su dote es inenajenable, la recoge y sólo paga sus deudas. Se comprende este sistema en un estado social en

1 Rodière y Pont, t. II, pág. 546, núm. 1287.

que no hay comercio ni industria; pero á medida que el trabajo toma un lugar cada vez más considerable en el desarrollo de las riquezas, se siente la necesidad de interesar á la mujer á la prosperidad de la familia. La sociedad de gananciales presenta esta ventaja, y junto al régimen dotal da además á la mujer plena garantía para la conservación de sus propios. (1) Los autores del Código han mantenido la sociedad de gananciales como accesorio al régimen dotal; según el art. 1,581, los esposos que se someten al régimen dotal pueden estipular una *sociedad de gananciales*; este es el nombre que llevaba la cláusula en los países de derecho escrito. Esta sociedad no es otra cosa que la cláusula que nuestra sección llama *comunidad reducida á los gananciales*. Puede, pues, formar también un régimen de comunidad sin ninguna ley con el régimen dotal. Así sucede en los países de costumbres; es como cláusula de comunidad convencional como la subscirió el legislador en el Código Civil.

La comunidad de gananciales está muy usada; tiende cada vez más á substituir al régimen de la comunidad legal. (2) Hemos dicho al comenzar la explicación del contrato de matrimonio, que cuando la disolución del proyecto del Código Civil en el Consejo de Estado, se propuso adoptar el régimen de la comunidad de gananciales como régimen de derecho común; se confesaba que responde mejor que la comunidad legal á la igualdad y al interés de las familias. Si la proposición fué desechada, es únicamente por causa de un inconveniente práctico; era necesario obligar á los futuros esposos á formar un inventario de sus muebles presentes (t. XXI, núm. 192); importa hacerlo constar; volveremos á este punto más adelante. En las clases en que se tiene la costumbre de hacer un contrato de matrimonio, el uso ha substituido á la ley; casi el único régimen que se

1 Troplong, t. I, Prefacio, pfo. XXIX, y t. II, pág. 95, núm. 1851.

2 Zacharie, edición de Massé y Vergé, t. IV, pág. 173, nota 1.

encuentra en nuestras provincias es la comunidad convencional. Por esto es que debemos detenernos en él más que en otras cláusulas que el Código ha tomado en la tradición.

123. En los países de derecho escrito la cláusula agregada al régimen dotal llevaba el nombre de *sociedad de gananciales*. Como no se conocía la comunidad en estos países se interpretaba la sociedad de gananciales según los principios que rigen el contrato de sociedad. (1) ¿Debe aun ser ésta la regla de interpretación bajo el imperio del Código Civil? No, la comunidad convencional se liga á la comunidad legal, como la excepción á la regla; debe, pues, aplicarse á la comunidad de gananciales lo que el art. 1,528 dice de todas las cláusulas convencionales; es decir, aplicar en el silencio del contrato las reglas de la comunidad legal. Lo mismo pasa con la cláusula que el art. 1,581 permite agregar al régimen dotal: la ley es terminante, translada formalmente á los arts. 1,498 y 1,499. Hay, pues, que hacer á un lado los principios que rigen las sociedades ordinarias; la comunidad es una sociedad particular regida por principios especiales. La Corte de Casación de Bélgica lo sentenció así; (2) y la cuestión no es dudosa; no merecía el ser llevada ante la Suprema Corte.

124. Hay otra dificultad que se refiere al principio de interpretación. La comunidad de gananciales tiene una gran analogía con la cláusula de realización; algunas veces ambas cláusulas son idénticas. ¿Cuál es el efecto de la comunidad reducida á las gananciales? Es que el mobiliar presente y futuro de los esposos, así como sus deudas presentes y futuras, están excluidas de la comunidad. Y los esposos pueden también estipular que realizan su mobiliar presente y futuro, lo que es otra fórmula para excluir el mobiliar, y la exclusión del mobiliar activo, como lo diremos más adelante,

1 Troplong, t. II, pág. 96, núm. 1853.

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

arrastra la exclusión del pasivo. Ambas cláusulas son en este caso las mismas: ¿se rigen por los mismos principios? Esto parece ser lógico; sin embargo, hay un motivo de duda: el origen de las dos cláusulas es diferente: la comunidad de gananciales viene de los países de derecho escrito y está regida por los principios de las sociedades, mientras que la cláusula de realización es una institución de costumbres que se liga con la comunidad, de que es una modificación. A pesar de esta diferencia de origen, la analogía es tal que una de las cláusulas puede y debe servir para interpretar la otra; el carácter que la sociedad de gananciales tenía en los países de derecho escrito ha desaparecido (núm. 123); hay, pues, que abandonar el origen para atenerse á la voluntad de las partes contratantes, y cuando esta voluntad es la misma los principios deben ser idénticos.

¿La asimilación de ambas cláusulas llegará á tal punto que las disposiciones del Código que tratan de ellas deban ser aplicadas indistintamente á una ú otra, aunque estas disposiciones parezcan aplicarse especialmente á una de ellas? Sólo presentamos aquí la cuestión; está controvertida; volveremos á ella.

### Núm. 2. *¿En qué términos debe la cláusula ser estipulada?*

125. El art. 1,498 dice: "Cuando los esposos estipulan *que no habrá entre ellos más que una comunidad de gananciales, etc.*" ¿Debe entenderse esta disposición en el sentido de que la comunidad de gananciales debe ser estipulada en los términos de que la ley se vale? Dos de nuestros mejores autores, Merlín y Toullier, lo han sostenido así. (1) Troplong, que no quiere á Merlín, trata esta interpretación de pueril. (2) Este desdén no se permite á nadie cuando se trata

1 Merlín, *Repertorio*, en la palabra *Realización*, pfo. I, núm. 2. Toullier, tomo VII, 1, pág. 237, núm. 317.

2 Troplong, t. II, pág. 96, núm. 1855. En el mismo sentido, Aubry y Rau, t. V, pág. 447, nota 2, pfo. 521, y los autores que citan.

del más grande de nuestros jurisconsultos modernos; el respeto que tiene Merlin por la tradición y para el texto es algunas veces excesivo, pero este es el defecto de una calidad. En el caso creemos también que Merlin se ha equivocado. Decir que la comunidad de gananciales debe ser estipulada en los términos del art. 1,498 es decir que dichos términos son sacramentales; el derecho moderno no conoce ya términos sacramentales, aun en las materias que son de puro derecho civil, tales como los testamentos. ¿Cómo pudiera haber términos sacramentales en un contrato que las partes pueden hacer como gusten, así como lo dice el art. 1,387? Esto es soberanamente irracional, pues se busca en vano un motivo que justifique semejante rigor. Las partes interesadas gozan de la más lata libertad para expresar su voluntad; el Código les deja esta misma libertad para su contrato de matrimonio, el más favorable y el más favorecido de todos los contratos; ¡y para una sola cláusula de comunidad convencional hubiera prescripto términos fuera de los cuales los esposos se encontrasen apesar suyo casados bajo el régimen de la comunidad legal, del que no gustaban, puesto que han hecho un contrato ante notario! Esto es inadmisible. Nada en el texto del art. 1,498 indica que el legislador haya entendido derogar el derecho común en lo que se refiere á la expresión de la voluntad de las partes; si la ley parece estar redactada en este sentido restrictivo, la razón es muy sencilla: acaba de ocuparse en la primera parte del capítulo, de la comunidad legal que comprende el mobiliar presente y futuro y las gananciales; por oposición á este régimen los esposos pueden estipular que la comunidad sólo se compondrá de las gananciales. Esto es cuanto resulta del artículo 1,498; ni una palabra indica que se trate de prescribir una fórmula cualquiera para estipular la comunidad reducida á las gananciales. Esta queda, pues, en lo que toca á la forma, bajo el imperio del derecho común.

126. La doctrina está en este sentido así como la jurisprudencia. Para que haya comunidad de gananciales es necesario, naturalmente, que las partes digan que su voluntad es derogar la comunidad legal en este sentido: que su comunidad se reducirá á las gananciales; al juez toca, en caso de disputa, decidir si la voluntad de las partes contratantes es la de mantener la comunidad legal ó de derogarla. Tomaremos algunos ejemplos en la jurisprudencia.

En un caso que se presentó ante la Corte de Casación de Bélgica, el contrato de matrimonio estipulaba, art. 1.<sup>o</sup>, que los futuros esposos declaraban querer la separación de bienes. Esto parecía excluir toda comunidad y, sin embargo, esto no la excluye, pues en cierto sentido los esposos que estipulan la comunidad de gananciales están separados de bienes, puesto que su fortuna presente y futura les queda propia. Queda por saber lo que los esposos entendían hacer con sus gananciales; este punto es decisivo, y el contrato de matrimonio agregaba que las gananciales serían divididas por mitad entre los esposos ó sus herederos. Esta cláusula implicaba que las gananciales serían gastos comunes; luego algo había común: los frutos y los bienes comprados con los ahorros hechos en los productos; por lo tanto, había comunidad reducida á las gananciales: los bienes de los esposos, sus muebles é inmuebles quedando excluidos. La sentencia de la Corte de Bruselas que lo sentenció así fué confirmada en el recurso por la Corte de Casación, la que dijo que la Corte de Apelación, para decidir que el contrato de matrimonio establecía una comunidad de gananciales, se había empeñado en buscar cuál era la naturaleza de esta convención y cuál había sido la intención de las partes contratantes, y esta apreciación es soberana. (1)

La Corte de Casación de Francia se pronunció en el mismo sentido en un caso en que el contrato de matrimonio de-

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

cía así: "Los futuros esposos serán socios por mitad en todas las gananciales, muebles é inmuebles que adquirirán durante el matrimonio." La sentencia atacada había decidido que esta cláusula contenía la estipulación de una comunidad reducida á las gananciales. En el recurso fué sentenciado que la Corte Real había dado á la convención el sentido y los efectos que debía recibir. (1)

La Corte de Rouen á la vez que admitía en principio que la intención de sólo establecer una sociedad de gananciales puede, á falta de estipulación expresa, resultar del conjunto de las convenciones matrimoniales, había decidido que los esposos no habían entendido reducir á las gananciales la comunidad estipulada en su contrato de matrimonio. Se fundaba en la combinación de las diversas cláusulas del acta, particularmente en lo que el mobiliar presente y futuro del marido no había sido excluido de la comunidad y en lo que el de la mujer sólo había sido realizado en parte. Tal decisión, dice la Corte de Casación, está al abrigo de toda crítica. (2)

127. Sólo conocemos una sentencia que parezca adoptar la regla de interpretación de Merlin. La cláusula litigiosa decía: "Los esposos serán comunes en todos los bienes que puedan adquirir." Esta estipulación, dice la Corte de Bruselas, no contiene ninguna *exclusión implícita ni explícita*; se limita á enunciar una regla consagrada por el Código Civil acerca de esta materia; los esposos están como si, según el art. 1,528, estuvieran sometidos por el resto al régimen de la comunidad legal. Si hubieran querido restringir su comunidad á las gananciales, no hubieran descuidado de expresarlo de una manera positiva, *así como el art. 1,498 se los ordena*. La Corte concluye que el mobiliar presente de los esposos ha

1 Denegada, 16 de Diciembre de 1840 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 2564). Compárese París, 3 de Enero de 1852 (Dalloz, 1852, 2, 247).

2 Denegada, 1.º de Junio de 1853 (Dalloz, 1853, 1, 242).

entrado en la comunidad; es decir, en definitiva, que los esposos se han casado bajo el régimen de la comunidad legal. (1) ¿Qué significa en esta interpretación la cláusula que hemos transcripto? Nada. Hé aquí un modo singular de interpretar los contratos. La primera regla de interpretación que el Código prescribe, es que deben entenderse las cláusulas obscuras de modo que produzcan un efecto. Y la cláusula litigiosa presentaba un sentido muy claro, entendiéndola en el sentido de una estipulación de comunidad de gananciales. Esta es la interpretación de Pothier; es mucho más racional que la de la Corte de Bruselas. Cuando, dice Pothier, las partes han dicho "los futuros cónyuges serán comunes en todos los bienes que adquieran," debe entenderse una tácita realización de todos los bienes muebles que tienen cuando su matrimonio; es decir, que su mobiliar presente está excluido de la comunidad. La cláusula prevista por Pothier es precisamente la que la Corte de Bruselas tuvo que interpretar. ¿Cuál es el motivo de decidir de Pothier? Cuando los futuros esposos dicen que su comunidad se compondrá de los bienes que adquirirán, dicen implícitamente que los bienes que tienen ya no entran en ella, según esta regla: *quid dicit de uno, negat de altero.* (2) ¿Se dirá que esto es argüir con el silencio de las partes? Mala argumentación en los contratos y en las leyes. Contestaremos que la interpretación de Pothier es la única que da un sentido á la cláusula, mientras que la interpretación contraria conduce á borrarlo.

### § II.—DEL ACTIVO DE LA COMUNIDAD DE GANANCIALES.

#### ARTICULO I.—*De los bienes que entran en el activo.*

128. El art. 1,498, 2.º inciso, dice que si las partes estipulan la comunidad de gananciales, la partición se limita

1 Bruselas, 10 de Julio de 1868 (*Pasicrisia*, 1859, 2, 13).

2 Pothier, *De la comunidad*, núm. 317.

á las *gananciales* adquiridas por los esposos durante el matrimonio, y procedentes tanto de la *industria común* como de los ahorros hechos en los *frutos y productos* de los bienes de los esposos. La comunidad se compone, pues, de los frutos y productos del trabajo de los cónyuges y de las gananciales.

*Núm. 1. Los frutos y productos.*

129. La comunidad reducida á las gananciales implica la exclusión del mobiliar presente y futuro de los esposos. Tal es la derogación que trae la convención á la comunidad legal. Síguese de esto, según el principio del art. 1,528, que el art. 1,401 que reglamenta la composición activa de la comunidad legal, queda aplicable á la comunidad de gananciales en cuanto á los demás bienes que entran en ella; es decir, los frutos, productos, intereses y rentas procedentes de los bienes que pertenecían á los esposos cuando la celebración de su matrimonio, ó que les tocan durante el mismo; lo qué bajo la cláusula de la comunidad de gananciales comprende la fortuna mueble, puesto que todos los bienes de los esposos muebles é inmuebles les quedan propios; por tanto, el goce de la comunidad versa en todos los bienes de los esposos muebles é inmuebles, presentes y futuros.

¿Podrían los esposos estipular que los frutos y productos de sus bienes no entran en la comunidad? La afirmativa ha sido sentenciada por la Corte de Casación de Bélgica, y no es dudosa, permitiendo la ley á los futuros esposos hacer tales estipulaciones que juzguen convenientes, siempre que no sean contrarias á las buenas costumbres ni al orden público. (1) La comunidad en este caso sólo se compondrá del producto del trabajo de los esposos; es la comunidad aun má

1 Denegada de la Corte de Casación de Bélgica, 6 de Febrero de 1863 (*Panorama*, 1863, 1, 424).

restringida que la del art. 1,498, pero es siempre una comunidad de gananciales, puesto que los esposos pueden hacer adquisiciones con el fruto de su trabajo.

130. Puesto que los frutos y productos entran en la comunidad de gananciales en virtud del derecho común debe aplicarse á esta cláusula de comunidad convencional lo que hemos dicho de la comunidad legal: todos los frutos percibidos ó vencidos durante la comunidad entran en el activo. Pero los frutos percibidos ó vencidos antes del matrimonio no entran en él, mientras que entran en la comunidad legal. Esta diferencia entre ambas comunidades es una consecuencia de la cláusula que excluye el mobiliar presente; si los frutos percibidos ó vencidos antes del matrimonio entran en la comunidad legal, no es á título de frutos, es á título de muebles; y el mobiliar presente está excluido de la comunidad de gananciales, lo que arrastra la exclusión de los frutos y productos anteriores al matrimonio. (1)

131. ¿Qué debe decidirse de los gastos de siembras y labores? Bajo el régimen de la comunidad legal se admite que si hay frutos pendientes en los propios de los esposos cuando la disolución de la comunidad, éstas deben recompenas por los gastos de cultivo, por aplicación del principio general del art. 1,433 que no les permite enriquecerse á expensas de la comunidad (t. XXI, núm. 248). Esta es una regla fundamental del régimen de la comunidad, que debe recibir su aplicación á la comunidad de gananciales en virtud del principio establecido por el art. 1,528, quedando aplicable el derecho común en tanto que los esposos no lo han derogado.

En cuanto á los frutos pendientes cuando la celebración del matrimonio la comunidad legal los aprovecha; aprovecha, pues, de los gastos que los esposos propietarios del finado han hecho, pero no se puede decir que se enriquezca, pues

<sup>1</sup> Rodiére y Pont, t. II, pág. 500, núms. 1235-1237.

## DE LA COMUNIDAD DE GANANCIALES

155

el dinero que sirvió para pagar estos gastos hubiera caído en la comunidad. No se puede decir otro tanto de la comunidad de gananciales; el mobiliar presente de los esposos no entra en ella, luego los gastos de cultivo y de siembra han sido hechos con dinero propio del esposo; por lo tanto la comunidad saca un provecho de los propios de los esposos; debe, por consiguiente, una compensación en virtud del principio del art. 1,433, que no permite que la comunidad se enriquezca á expensas de los esposos. (1)

Este punto está, no obstante, controvertido. El esposo, se dice, está *como si* hubiera puesto el goce de sus bienes en la comunidad, en el estado en que éstos se hallaban cuando la celebración del matrimonio. (2) Esto quiere decir que se *presume* que el esposo pone en la comunidad una parte de su mobiliar presente cuando excluye su mobiliar presente. A esto conduce la pretendida presunción imaginada por los autores. Conduce también á otra consecuencia igualmente inadmisible. El art. 1,433 se aplica á la comunidad de gananciales, puesto que los esposos no lo han derogado; y la presunción que se invoca tendría por efecto que el art. 1,433 no fuera aplicable á los gastos de siembra y de cultivo; esto sería, pues, una derogación *presunta* al derecho común, cuando en virtud del art. 1,528 el derecho común debe recibir su aplicación. Todo esto es inadmisible; la ley ignora la presunción que se invoca y no pertenece á los autores establecerla.

La Corte de Burdeos se ha pronunciado en favor de la opinión que combatimos. Dice que la comunidad de gananciales, simple usufructuaria, está regida por el art. 585, según el cual el usufructuario y el nudo propietario no se deben recompensas por la labranza y siembras. (3) Esto es

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 452 y nota 21, pfo. 521, y los autores que citan. Massé y Vergé sobre Zachariæ, t. IV, pág. 174, nota 5.

2 Durantón, t. XV, pág. 18, núm. 11. Troplong, t. II, pág. 99, núm. 1869.

3 Burdeos, 3 de Febrero de 1873 (Dalloz, 1873, 2, 162).

decidir la cuestión por una afirmación; se trata precisamente de saber si el art. 1,433 deroga el art. 585, y no es resolver la dificultad decir que no lo deroga. El art. 1,433 contiene una regla esencial que debe prevalecer á la regla especial; para decir mejor, á la excepción del art. 585.

*Núm. 2. Los productos del trabajo.*

132. El producto del trabajo de los esposos entra en la comunidad legal (t. XXI, núms. 224-226). Según el artículo 1,498, la comunidad de gananciales aprovecha también la *industria común* de los esposos. Estos términos expresan muy mal la mente de la ley; si se tomasen á la letra habría que decir que la comunidad de gananciales sólo aprovecha del trabajo de los esposos cuando este trabajo consiste en una *industria* y esta industria se ejerce en común por ambos esposos. No es seguramente esto lo que pretendió decir el legislador: todo trabajo, cualquiera que sea, debe aprovechar á una sociedad que ha sido contratada precisamente para el trabajo común, aunque este trabajo de ambos esposos no sea el mismo; las aptitudes y las ocupaciones de los esposos difieren necesariamente. El trabajo de los esposos es amenudo el único elemento de que se compone la comunidad legal; ya sea industrial, comercial, agrícola, intelectual, literario, poco importa, aprovecha á la comunidad, ya que esté reducida á las gananciales ó que sea legal. (1)

133. Según la legislación francesa, hay oficios que forman una especie de propiedad, en este sentido, que el titular puede disponer de ellos con consentimiento del Gobierno. Si el oficio está conferido gratuitamente al marido durante la comunidad, ¿el valor venal de este oficio entra en la comunidad? Bajo el régimen de la comunidad legal, la

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 337, núm. 161 bis III, y todos los autores (Aubry y Rau, t. V, pág. 448, notas 3 y 4, pfo. 522).

afirmativa no es dudosa, puesto que el mobiliar presente y futuro hace parte de ella. La comunidad de gananciales aprovecha sólo del trabajo del esposo; hay, pues, que ver si la colación de un oficio es un producto del trabajo, y esto no tiene duda, puesto que se necesita una cierta aptitud, que consta por exámenes ó por un meritorio, para obtener uno de estos oficios que constituyen un derecho restringido de propiedad. Luego la comunidad debe aprovecharlo. (1)

Lo mismo sucede con las recompensas pecuniarias que el Estado concede á aquellos que prestaron un servicio á la nación. La jurisprudencia aplica este principio de un modo demasiado lato, según nos parece. Si la recompensa está concedida por un servicio prestado durante la comunidad, puede decirse, con la ley, que es el producto del trabajo; la Corte de Colmar lo sentenció así por una renta del Estado obtenida por un herido de Julio. (2) Pero cuando el servicio es anterior al matrimonio, aunque la recompensa esté concedida durante la comunidad ya no es un producto del trabajo del esposo en el sentido del art. 1,498; el texto y el espíritu de la ley suponen un trabajo hecho por el *esposo*; luego durante la comunidad. La Corte de Casación ha sentenciado, en sentido contrario, que una gratificación de 25,000 francos concedida por Napoleón á un general por los servicios que había prestado al grande ejército en las jornadas de Ulm y de Austerlitz, había caído en la comunidad. La Corte sienta en principio que los frutos, provechos y toda ganancia no exceptuada por una cláusula expresa entran en el activo de la comunidad de gananciales. (3) El principio es

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 448 y notas 6 y 7, pfo. 522. Véase la jurisprudencia en el *Repertorio de Dalloz*, en la palabra *Contrato de matrimonio*, números 633-636.

2 Colmar, 20 de Diciembre de 1832 (*Dalloz*, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 2592).

3 Venegada, 7 de Noviembre de 1827 (*Dalloz*, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 2592). Compárese Aubry y Rau, t. V, pág. 448 y nota 5, pfo. 522; Rodière y Pont, t. II, pág. 511, núm. 1254.

exacto en cuanto á los frutos, pero en cuanto al trabajo no sucede lo mismo; si la recompensa fué concedida por servicios prestados, debe decirse que el derecho á la recompensa nació con el servicio; la recompensa es el pago de la deuda, pero el crédito era anterior al matrimonio; luego debe quedar propio al esposo.

134. Se enseña generalmente que las ganancias de juego entran en la comunidad, porque no son puros donativos de la fortuna, contribuyendo la industria del jugador á esta ganancia. Confesamos que esta idea nos repugna profundamente. ¿Qué importa que un hábil jugador tenga una utilidad á expensas de un jugador inexperto? Contestamos que jugar no es trabajar, sólo las utilidades del trabajo entran en la comunidad.

Se enseña también que las ganancias de azar, tales como las de una lotería, aprovechan á la comunidad. Aquí ya no se puede invocar el trabajo, pero se pretende que hay presunción de que todas las sumas gastadas por uno de los esposos han sido tomadas de la caja común. Decimos otra vez: ¿qué importa? Desde luego será necesario probar esta pretendida presunción, pues no es legal, seguramente (art. 1,350). Supongamos que el juez la admite como presunción del hombre; resultará de ella que la ganancia obtenida por la lotería sea un *trabajo*, ó se dirá que la comunidad fué la que jugó á la lotería porque el esposo tomó de ella el dinero para jugar? Todo esto nos parece inadmisible en derecho y peligroso en moral. Si se da la ganancia á la comunidad, también deberá soportar las pérdidas. ¿No es esto inclinar á los esposos á jugar á expensas de la comunidad? Y como hay mayor número de los que pierden que de los que ganan, la comunidad se encontrará arruinada por los juegos de azar, en detrimento de la moralidad y en perjuicio de la familia. (1)

1 Rodière y Pont, t. II, pág. 507, núms. 1246-1249. En sentido contrario,

135. La comunidad de gananciales aprovecha los frutos y productos vencidos ó percibidos durante la comunidad, y también la industria común de los esposos, lo que supone un trabajo cumplido durante el matrimonio. En la disolución de la comunidad los frutos naturales y civiles de los bienes comunes aprovechan á la masa. En cuanto al trabajo de los esposos, es esencialmente individual desde que ya no hay comunidad; debe, pues, aprovechar al esposo que lo hace. Transladamos á lo que fué dicho más atrás acerca de la comunidad legal (núms. 7-9).

La jurisprudencia es contraria. Ha sido sentenciado, en singulares términos, que los trabajos de una empresa hecha por el marido durante la comunidad de gananciales eran todos *solidarios*, que formaban un conjunto *indivisible*. (1) Así, ¡se declaran unos trabajos *indivisibles y solidarios!* ¡Y la utilidad es también *solidaria é indivisible?* ¿Acaso no se sabe lo que fué hecho antes de la disolución de la comunidad y lo que fué hecho después? ¡Y con qué derecho la *masa* reclamará el producto del trabajo de uno de los esposos cuando ya no hay comunidad?

### Núm. 3 Las adquisiciones.

136. Bajo el régimen de la comunidad legal, los inmuebles adquiridos durante la comunidad entran en el activo (art. 1,409, 3.º). Se supone que la adquisición se hace á título oneroso. En cuanto á los muebles, entran en la comunidad, cualquiera que sea el título de la adquisición. Cuando la comunidad está reducida á las gananciales, comprende las adquisiciones muebles é inmuebles hechas á títulos onerosos. Hay, pues, gananciales muebles bajo el régimen de la comunidad de gananciales, mientras que en la comunidad legal sólo hay gananciales inmuebles.

la mayor parte de los autores (Aubry y Rau, t. V, pág. 449, notas 8 y 9, pfo. 522, y los autores que citan).

1. Denegada de la Sala Civil, 26 de Enero de 1872 (Daloz, 1872, 1, 449).

137. Bajo el régimen de la comunidad legal se consideran como gananciales los inmuebles que uno de los esposos adquiere después del contrato de matrimonio conteniendo estipulación de comunidad, y antes de la celebración del matrimonio. ¿El art. 1,404 es aplicable á la comunidad de gananciales? A primera vista se está dispuesto á contestar afirmativamente: el contrato no deroga el art. 1,404, se ha dicho; luego en virtud del principio del art. 1,528, la disposición del art. 1,404 recibe su aplicación. Este argumento engañó á un tribunal de primera instancia, pero la decisión fué reformada en apelación. Sin duda el derecho es aplicable al derecho común, pero queda por saber cuál es este derecho común. ¿Por qué el inmueble adquirido en el intervalo del contrato á la celebración del matrimonio se vuelve una ganancial? Porque si quedara propio resultaría que el contrato de matrimonio estaría cambiado sin la observancia de las condiciones prescriptas p.r la ley; la disposición del art. 1,404 es, pues, una consecuencia de la regla del artículo 1,396. ¿Debe aplicarse el articulo así entendido á la comunidad de gananciales? El contrato excluye de la comunidad los bienes muebles é inmuebles de los esposos, presentes y futuros; desde luego la adquisición de un inmueble hecha después del contrato no trae en este ningún cambio, salvo que un propio inmueble ocupe el lugar de un propio mueble; pero nada importa, puesto que todos los bienes del esposo le quedan propios. (1)

138. El art. 1,498 declara gananciales los bienes adquiridos durante el matrimonio por los esposos juntos ó separadamente. Esta es la aplicación del derecho común. Debe también aplicarse el derecho común cuando la adquisición se hace con dinero procedente de la venta de un propio de uno de los esposos. Si la condición requerida para el reemplazo no ha sido observada, el inmueble será una ganancial;

1 Burdeos, 24 de Agosto de 1869 (Dalloz, 1870, 2, 22).

## DE LA COMUNIDAD DE GANANCIALES.

161

sólo es propio cuando las condiciones del reemplazo han sido cumplidas. Volveremos á este punto.

### *ARTICULO 2. De los bienes que no entran en la comunidad de gananciales.*

#### *Núm. 1. Móbilalr presente y futuro.*

##### *I. Principio.*

139. Según el art. 1,498, los esposos que estipulan la comunidad de gananciales están *como si* excluyeran sus muebles presentes y futuros de la comunidad. ¿En qué sentido dice la ley que los esposos están *como si* excluyeran su móvilalr? Ya hemos dicho (1) que esta expresión no indica una presunción; no puede tratarse de una presunción cuando se trata de determinar cuál es el activo de una comunidad; es necesario saber de un modo seguro lo que en ella entra y lo que no. Sirviéndose de la expresión *están como si* el legislador entendió probablemente indicar que la consecuencia regular de la opción del régimen de comunidad de gananciales es la exclusión ó la realización del móvilalr presente y futuro, pero que los esposos quedan libres para limitar la exclusión realizando sólo sus muebles presentes ó sus muebles futuros; lo que se comprende, puesto que los esposos tienen libertad para modificar su comunidad como gusten.

140. ¿Cuál es el móvilalr futuro que, de derecho común, está excluido de la comunidad de gananciales? La ley parece decir que todo el móvilalr futuro está realizado, así como todo el móvilalr presente. En cuanto á los muebles que los esposos poseen al casarse están excluidos por entero de la comunidad; esto no es dudoso. No sucede lo mismo con el móvilalr futuro. En efecto, el móvilalr adquirido duran-

1 En ocasión del art. 1463, t. XXII, núm. 411.

te el matrimonio por los esposos á título oneroso, hace parte de las gananciales que componen el activo de la comunidad de gananciales; el mobiliar futuro que está realizado en virtud del art. 1,498 es, pues, un mobiliar que adviene á los esposos á título gratuito, sucesión, donativo ó de otro modo; este mobiliar hace parte de la fortuna personal de los esposos, y esta fortuna les es propia. (1)

141. Deben asimilarse las puras ganancias de fortuna al mobiliar adquirido á título gratuito que está excluido de la comunidad como formando un bien personal del esposo. Tal fuera el tesoro que uno de los esposos encontrara en su fundo; la mitad que le pertenece como inventor es un donativo de la fortuna; es imposible ver en él una ganancial, puesto que no hay título oneroso, y la comunidad sólo se compone de adquisiciones hechas á título oneroso. En cuanto á la mitad del tesoro que se atribuye al propietario del fundo, forma también una adquisición á título gratuito; no es un fruto, no es un producto de la industria; la comunidad no tiene, pues, ningún título para apropiarse este beneficio. El esposo propietario del fundo puede también invocar el espíritu de la ley; si ésta da la mitad del tesoro al propietario del fundo, es porque supone que el tesoro fué depositado en el fundo por alguno de sus antepasados, lo que constituye un título personal en provecho del esposo. Esta opinión está confirmada por la tradición; Pothier, al tratar de la cláusula de realización que excluye el mobiliar advenido á los esposos por donación, sucesión ó de otro modo, es decir, á título gratuito, dice que esta cláusula se aplica á los donativos de pura fortuna, y da como ejemplo la tercera parte del tesoro que según el derecho antiguo se atribuía al inventor. (2)

Esta es una diferencia entre la comunidad legal y la

1 Colmet de Santerra, t. VI, pág. 336, núm. 161 bis.

2 Pothier, *De la comunidad*, núm. 323; Aubry y Rau, t. V, pág. 449, nota 10, pfo. 522 y los autores que citan.

comunidad de gananciales. En la opinión que hemos enseñado (t. XXI, núm. 228), el tesoro entra en la comunidad legal; mientras que bajo el régimen de la comunidad de gananciales queda propio del esposo. La diferencia se explica fácilmente: todo el mobiliar futuro entra en la comunidad legal, cualquiera sea el título de la adquisición; luego también el tesoro; todo el mobiliar adquirido á título gratuito queda propio al esposo común en gananciales, luego el tesoro tiene que quedarle propio.

La opinión que profesamos acerca del tesoro no está admitida por todos los autores. (1) Creemos inútil insistir en una controversia que sólo se debate en la escuela: los tesoros, que desempeñan un papel tan grande en la doctrina, no dan lugar á dificultades en la práctica, por la excelente razón de que ya no se esconde el dinero, se coloca; los tesoros pertenecen ya á la historia.

## II. Consecuencias.

142. El art. 1,498 dice que los esposos que estipulan una comunidad de gananciales *excluyen* de la comunidad sus muebles presentes y futuros. Decir que el mobiliar está excluido de la comunidad, es decir que no entra en ella, que queda propio de los esposos como los inmuebles excluidos de la comunidad les quedan propios. El sentido de los términos de que se valen la ley y los esposos, no deja ninguna duda acerca de su intención: quieren que su fortuna personal les quede propia, sin distinción entre muebles e inmuebles. Esto es en lo que consiste la derogación de la comunidad legal. Bajo el régimen de la comunidad legal el mobiliar presente y futuro *entra* en la comunidad; lo que quiere decir que ésta se hace propietaria con todas las consecuencias que resultan de la propiedad. Bajo el régimen de la

<sup>1</sup> Rodière y Pont refutan la distinción que hace Troplong, Massé y Vergé (t. II, pág. 505, núms. 1245-1246).

comunidad de gananciales el mobiliar presente y futuro de los esposos está *excluido* de la comunidad; luego ésta no se vuelve propietaria, el mobiliar excluido queda en propiedad de los esposos con todas las consecuencias que resultan de la propiedad. (1)

Sin embargo, la opinión contraria está sostenida por Merlin y después de él por otros autores, y ha sido consagrada por varias sentencias. Esta doctrina se apoya en la tradición. Pero es de notar que Pothier, cuya autoridad se invoca, no trata la cuestión en lo que se refiere á la comunidad de gananciales; no se ocupa de esta cláusula de comunidad convencional porque no se usaba en los países de derecho de costumbres. Es al hablar de la cláusula de realización cuando Pothier enseña que el mobiliar, aunque realizado, se hace propiedad de la comunidad, y que ésta sólo es deudora por el valor de los muebles. Volveremos á esta cuestión en la sección de realización en donde se halla el sitio de la dificultad. Si no hubiera más texto que el art. 1,498, nadie hubiera pensado en interpretarlo en el sentido de que el mobiliar *excluido* de la comunidad *entra* no obstante en ella, pues esto es hacer decir á la ley lo contrario de lo que dice. Podemos, pues, establecer como principio que el mobiliar *excluido* está realmente excluido y queda propio de los esposos.

La proposición contraria se encuentra enunciada en una sentencia de la Corte de Casación de Bélgica. (2) Se lee que el mobiliar compuesto de objetos que se deterioran por el uso y que aun puede desaparecer por completo, se confunde, aunque excluido, con los demás objetos de igual naturaleza de los que la comunidad tiene el derecho de servirse y de los que el marido puede disponer á su antojo, á reserva en este caso, que el esposo propietario pida el valor del mobi-

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 455, nota 26, pfo. 522.

2 Casación, 18 de Junio de 1857 (*Pasicrisia*, 1857, 1, 319).

liar. Estas son una serie de afirmaciones, pero ¿dónde está la prueba? La Corte parece considerar este punto como incontestable; ¿es esto al apoyarse en la tradición? ¿Es la autoridad de Pothier y de Merlin la que la decidió? Lo ignoramos; no podemos aceptar una opinión no motivada; y nos es imposible combatirla porque no conocemos sus motivos. Hay casos en los que, por excepción, la comunidad se vuelve propietaria, con cargo de restituir el valor del mobiliar excluido; volveremos á ello. Por ahora se trata de la regla.

143. El atributo esencial de la propiedad consiste en disponer de la cosa (art. 544). Luego el propietario sólo tiene el derecho de enajenar. Resulta de esto que el esposo que, al estipular la comunidad de adquisiciones, ha realizado sus muebles presentes y futuros tiene sólo el derecho de enajenarlos; el marido no lo puede hacer con los muebles de la mujer, así como no puede enajenar sus inmuebles bajo el régimen de la comunidad legal. Hemos ya establecido este principio en otro lugar (t. XXII, núms. 156-162).

Los autores están divididos en esta cuestión; la jurisprudencia se pronunció por la opinión que hemos sostenido y que también se enseña generalmente. Ha sido sentenciado en términos generales que el marido no puede disponer de los efectos muebles de la mujer, á no ser que sean cosas consumibles; la Corte entiende por esto las cosas que se gastan, es mejor servirse de esta expresión, porque una cosa puede ser consumible sin gastarse; la sentencia no deja ninguna duda acerca de la mente de la Corte, pues agrega que el marido, no pudiendo usar de las cosas consumibles sin gastarlas, puede disponer de ellas sólo como administrador; para decir mejor, se vuelve propietario de ellas como casi usufructuario, con cargo de restituir su valor cuando se devuelva la comunidad. No sucede lo mismo con las cosas que no se consumen, tal como un crédito; el marido no puede disponer de él sin el consentimiento de su mujer, así co-

mo no puede enajenar sus inmuebles sin su consentimiento (art. 1,428), siendo los créditos propios bajo el régimen de la comunidad de gananciales tanto como los inmuebles. (1)

La Corte de Casación ha consagrado la misma opinión. En el caso se trataba igualmente de un crédito; pero la decisión de la Corte no está fundada en esta circunstancia, está motivada en términos generales y se aplica á todos los efectos muebles. Los esposos, al estipular la comunidad de gananciales, habían declarado terminantemente que los bienes presentes y futuros de los esposos, tanto muebles como inmuebles, estarían excluidos de la comunidad y quedarían propios de cada uno de ellos. La mujer tenía un crédito dotal contra sus padres; el marido dispuso solo de él, sin consentimiento de su mujer. Fué sentenciado por la Corte de París, que bajo la comunidad de gananciales el mobiliar de los esposos quedaba propio como sus inmuebles; que, por consiguiente, había que aplicar la disposición del art. 1,428, según el cual el marido no puede enajenar los inmuebles personales de la mujer sin el consentimiento de ésta. En el recurso intervino una sentencia de denegada. El crédito, dijo la Corte, excluido de la comunidad por terminante disposición del contrato de matrimonio, constituye un propio de la mujer; este carácter del crédito no permite al marido disponer de él solo y sin el consentimiento de su mujer. (2) El motivo se aplica á todos los efectos muebles excluidos de la comunidad. Hay, pues, una decisión general y una jurisprudencia constante.

144. La enajenación que el marido hiciera de un efecto mueble de la mujer sin su consentimiento sería nula. Resulta que la mujer puede, en principio, reivindicar la cosa vendida contra el tercero poseedor. Pero aquí la mujer encuentra un obstáculo legal en el principio del art. 2,279 que no

1 París, 3 de Enero de 1852 (Dalloz, 1852, 2, 247).

2 Denegada, 4 de Agosto de 1862 (Dalloz, 1862, 1, 420).

permite reivindicar muebles corporales cuando el poseedor es de buena fe. La reivindicación no será, pues, admitida sino contra el poseedor de mala fe. Lo será igualmente cuando se trate de créditos, como lo diremos en el título *De la Prescripción*, donde se encuentra el sitio de la materia. Es por esta razón por lo que la dificultad no se presenta amenudo en la práctica sino para los créditos. Para los muebles corporales la mujer no tiene acción contra los terceros, sólo tiene la de daños y perjuicios contra su marido. (1)

145. El marido no puede disponer indirectamente del mobiliar de la mujer como no lo puede directamente. Según el art. 2,092, aquel que obliga su persona obliga sus bienes, y, por consiguiente, los acreedores tienen el derecho de embargarlos. Pero los acreedores del marido no pueden embargo más que los bienes que le pertenecen; no pueden, pues, embargo los efectos muebles de la mujer cuando los esposos han estipulado la comunidad de gananciales; si los acreedores abarcaban en su embargo efectos pertenecientes á la mujer, ésta podría reivindicarlos ó oponerse á la venta de los objetos embargados, conforme al Código de Procedimientos (art. 608).

Aquí se presenta una cuestión de prueba. La mujer que reivindica efectos embargados como perteneciéndole, debe probar que es propietaria. ¿Cómo dará la prueba? El artículo 1,499 responde á la cuestión: «Si el mobiliar existente cuando el matrimonio ó vencido después, no ha sido comprobado en inventario, ó en un estado en forma, se le reputa ganancial.» Diremos más adelante que esta disposición ha dado lugar á grandes dificultades; no hay ninguna, se atiene uno al texto de la ley que no puede ser más claro. Los términos del art. 1,499 son absolutos; el mobiliar propio de los esposos está necesariamente confundido con el de la comunidad: ¿Cómo distinguirlo? La ley contesta que toca al esposo que ex-

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 166, núm. 71 bis X.

cluye su mobiliar presente y futuro el hacerlo constar por un inventario; si no puede probar mediante inventario ó por un estado en forma, cuál es el mobiliar que le pertenece, este mobiliar será reputado ganancial, y, por consiguiente, no constando legalmente el mobiliar de la mujer, los acreedores del marido podrán embargarlo. En la opinión general se apartan del texto cuando se trata de la devolución de lo aportado; pero cuando el esposo está en conflicto con los acreedores, se mantiene la necesidad de un inventario ó de un estado auténtico. El art. 1,510 viene en apoyo del art. 1,499. Prevee el caso en que los esposos han estipulado que estarían separados de deudas, y decide que si el mobiliar traído por los esposos no consta en un inventario ó un estado auténtico anterior al matrimonio, los acreedores de uno y otro esposos pueden perseguir su pago en el mobiliar no inventariado, como en todos los demás bienes de la comunidad; es decir, que para con los acreedores el mobiliar no inventariado es *como si* hiciera parte del mobiliar de la comunidad, lo que les da el derecho de embargarlo. El art. 1,510 puede ser aplicado á la comunidad de gananciales, porque esta cláusula implica la separación de las deudas presentes y futuras; hay, pues, identidad, en cuanto al pasivo y en cuanto á los derechos de los acreedores, entre ambas cláusulas; por lo tanto, la argumentación por analogía es admisible. Ha sido sentenciado en este sentido por la Corte de Casación, que el art. 1,510 es el complemento ó la interpretación natural del art. 1,499. (1) Si existe un inventario ó un estado auténtico, se entiende que la mujer puede pedir, contra los acreedores embargantes, la distracción del mobiliar que le pertenece; éstos no pueden embargar muebles que no pertenezcan á su deudor. Pero la ley tuvo también que dar

1 Denegada, Sala Civil, 19 de Junio de 1855 (Daloz, 1855, 1, 305). La doctrina está en el mismo sentido. Durantón, t. XV, pág. 40, núms. 38-39; Aubry y Rau, t. V, pág. 457, nota 29, pfo. 522, y los autores que citan.

una garantía contra la mala fe de los esposos, y no hay otra más que una acta auténtica en que conste la consistencia del mobiliar traído por la mujer.

146. El derecho de propiedad tiene otra consecuencia, es que la cosa está á riesgos del dueño; perece ó se deteriora para él. Pero también aprovecha del aumento de valor que pueda tener. Esta es la aplicación al mobiliar propio de los principios que rigen los inmuebles. Hay una sentencia en este sentido de la Corte de Casación, (1) y la solución es dudosa, toda vez que se admite el principio.

147. En fin, lo aportado en muebles por los esposos, así como lo traído por ellos en inmuebles, son recogidos en naturaleza cuando la disolución del matrimonio. Esta es la disposición del art. 1,470, según el cual cada esposo toma de la masa de los bienes sus propios que no han entrado en la comunidad; y cuando los esposos estipulan la comunidad de gananciales, su mobiliar presente y futuro quedan excluidos; todos sus bienes les quedan, pues, personales, y, por lo tanto, los recogen todos. Esta consecuencia del derecho de propiedad de la mujer puede serle perjudicial para sus muebles porque los recoge deteriorados por el uso; está en su interés recoger el valor de su mobiliar más bien que recogerlo en naturaleza; puede resguardar su interés entregando su mobiliar al marido con estipulación de avalúo, como lo vamos á decir; pero á falta de una cláusula que transfiera la propiedad al marido, la mujer tiene la obligación como tiene el derecho de recoger su mobiliar en naturaleza.

Hay acerca de esta cuestión una sentencia de la Corte de Casación, tan singularmente redactada, que debe creerse que hay un error de copia. La Corte asienta en principio que, bajo el régimen de la comunidad reducida á las ganancia-

1 Denegada, 9 de Junio de 1836 [Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 2594, 1.º]

les, cada esposo tiene el derecho de recoger y tomar, cuando la disolución, el *valor de lo que el mobiliar que aportó ó que le venció excede de su puesta en la comunidad*. Esta es la disposición textual del art. 1,503; y este artículo es relativo á la cláusula de lo que se aporta, y esta cláusula supone que los esposos han declarado poner su mobiliar en la comunidad hasta concurrencia de cierta suma; mientras que la comunidad de gananciales implica exclusión de los muebles presentes y futuros de los esposos, luego ninguna puesta en la comunidad. Después de esto, la Corte agrega que el esposo puede recoger su mobiliar en naturaleza cuando no ha dispuesto de él durante el matrimonio y que, por otra parte, no se ha despreciado por el uso. (1) Esto es inexacto cuando hay comunidad de gananciales, y esto es muy contestable cuando hay cláusula de lo aportado. En definitiva, la sentencia, tal cual está relatada, confunde todas las cosas; no puede ser la obra del relator Glandaz, excelente jurí-consulto, ni tampoco de la Corte de Casación.

### *III. De los casos en los cuales la comunidad se hace propietaria del mobiliar excluido.*

148. La comunidad de gananciales tiene el goce de todos los bienes que pertenecen á los esposos. Si entre estos bienes se encuentran muebles consumibles, el derecho de usarlos implica el derecho de disponer de ellos consumiéndolos, y sólo el propietario puede consumirlos; aquel que tiene el derecho de consumir es, pues, necesariamente propietario. Es por aplicación de este principio como el usufructuario se vuelve propietario de las cosas consumidas de que tiene derecho de gozar (art. 587), así como la persona á quien se presta una cosa consumible (art. 1893). Por aplicación del

1 Denegada. Sala Civil, 16 de Julio de 1856 (Dalloz, 1856, 1, 281).

mismo principio la comunidad adquiere la propiedad de las cosas consumibles que son propias de los esposos. (1)

Esta excepción recibe una frecuente aplicación, porque el dinero es una cosa consumible; no se consume por el uso que de él se hace, pero se le considera consumido cuando pasa á otras manos. Para que el dinero entre en la comunidad de gananciales es, pues, necesario que haya sido entregado; mientras la comunidad no lo posee, se encuentra en la imposibilidad de consumirlo y, por lo tanto, no es propietaria de él. Si el dinero no es entregado á la comunidad, conserva su naturaleza de propio: tal fuera el precio de un propio enajenado; mientras se encuentra en manos del comprador es un crédito, y un crédito no es consumible. Si el precio pasa directamente de las manos del comprador á las de un tercero, por ejemplo en caso de delegación, en este caso tampoco la comunidad es propietaria, puesto que nunca poseyó la cosa consumible. Hay una sentencia en este sentido, y esto no es dudoso. (2)

Se ha pretendido que las obligaciones de ferrocarriles al portador son cosas consumibles; la Corte dice *fungibles*; quizá sea esta mala expresión de que se vale uno en la práctica, la que dió lugar á mala inteligencia. Si se dijera *consumibles*, toda duda desaparecería; ¡quién pudiera pensar en poner entre las cosas consumibles las acciones de ferrocarril; es decir, créditos? ¡Acaso se consume un derecho? Es un absurdo preguntarlo. ¡Qué importa que las obligaciones sean al portador? ¡Les quita esto el ser derechos y, por tanto, cosas corporales, luego no consumibles? (3)

149. Los autores sientan como regla que la comunidad se hace propietaria de los efectos muebles que la mujer entrega

1 Rodière y Pont, t. II, pág. 534, núm. 1277 y todos los autores. Sentencia del Tribunal del Sena, 25 de Noviembre de 1840, en materia fiscal (Dalloz, en la palabra *Registro*, núm. 366).

2 Angéras, 28 de Enero de 1871 [Dalloz, 1874, 2, 189].

3 Gante, 30 de Abril de 1870 [Pasicrisia, 1870, 2, 399].

á su marido con avalúo. (1) Esta es la aplicación del antiguo adagio de que el avalúo vale venta. El adagio es demasiado absoluto; no hay ley que disponga en términos generales que el avalúo equivalga á una venta. Se cita el art. 1,551 que dice así: "Si la dote ó parte de la dote consiste en objetos muebles valuados por el contrato (de matrimonio), sin declaración de que el avalúo no constituye su venta, el marido se vuelve propietario de ellos y sólo es deudor del precio estimado del mobiliar." ¿Debe concluirse de esto que el avalúo vale siempre como venta? El art. 1,552 daría un mentis á esta conclusión; dice que el avalúo del inmueble constituido en dote no transmite su propiedad al marido si no hay expresa declaración. Así algunas veces el avalúo vale venta y otras veces no. ¿Por qué en este caso el avalúo transfiere la propiedad al marido, mientras que en otro caso el marido no se hace propietario? Esto depende de la voluntad de las partes contratantes; debe verse lo que éstas han querido, una al estimar la cosa y la otra al recibir por avalúo. El interés de aquel que entrega por avalúo cosas con cargo de restitución, es lo que decide la cuestión. La mujer dotal entrega á su marido objetos muebles por avalúo; tiene interés en que el marido se haga propietario de ellos y sea deudor del precio, pues aprovechará del valor íntegro de los muebles, mientras que si permanece propietaria recogerá efectos gastados y despreciados.

Apliquemos estos principios á la comunidad de ganancias. El art. 1,551 no sienta una regla absoluta, este artículo está colocado en el capítulo *Del Régimen Dotal*; no se puede extender á otros regímenes más que por vía de analogía, y para esto es menester que haya igual motivo para decidir. Cuando la mujer estima en su contrato de matrimonio los muebles corporales que aporta en dote, la analo-

1 Durantón, t. XIV, pág. 434, núm. 318, y todos los autores, excepto Toullier, t. VII, pág. 250, núm. 326.

gia existe; tiene interés en recoger el valor de sus muebles más bien que tomarlos en naturaleza. Pero si se tratara de un derecho en una sociedad, excluido de la comunidad, el avalúo no podría ser considerado como venta; en efecto, si la sociedad prospera el crédito irá en aumento de valor; la mujer tiene seguramente interés en recoger su crédito que vale 4,000 francos, más bien que la estimación hecha por 2,000. La Corte de Gante lo sentenció así en un caso en que el marido había excluido de la comunidad su parte en una sociedad industrial, estimándola en el valor que tenía cuando la celebración de su matrimonio; la Corte invoca la intención del marido que no era dudosa, y esto es decisivo, pues la cuestión depende de la intención de las partes contratantes. (1)

La jurisprudencia decide generalmente de un modo absoluto que el avalúo vale venta. Fué sentenciado que no había lugar a distinguir entre los muebles corporales y los muebles incorpórales, tales como un fondo de comercio. (2) Esta distinción está, sin embargo, en armonía con las disposiciones del régimen dotal que se aplican por vía de analogía. ¿Por qué el avalúo de los inmuebles no vale venta? Porque la mujer está interesada en conservar la propiedad, los inmuebles aumentan ordinariamente de valor. Pues bien, ¿no sucede lo mismo con los fondos de comercio? El interés del esposo que tiene un fondo de comercio está, pues, en conservar su propiedad.

150. Se admite también que la comunidad se vuelve propietaria de las cosas que por su naturaleza están destinadas a ser vendidas. El marido explota una cantera ó una mina que se encuentra en su fundo; la comunidad tiene el goce de los productos: ¿cómo gozará de éstos si el marido no los

1 Gante, 30 de Abril de 1870 (*Pasicrisia*, 1870, 2, 399).

2 París, 11 de Mayo de 1837 [Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 2700]. Compárese Casación, 14 de Noviembre de 1855 [Dalloz, 1855, 1, 46].

puede enajenar? Y para que pueda enajenarlos es menester que sea propietario. (1) Esto nos parece dudoso. El interés que la comunidad tiene en que estos efectos muebles se vendan no le da el derecho de disponer de ellos. En efecto, no tiene más que el derecho de goce, y este derecho no da al usufructuario el poder de disponer. Cuando el nudo propietario y el usufructuario tienen interés en que las cosas gravadas de usufructo estén enajenadas, deben ponerse de acuerdo; pero el interés no da al usufructuario el derecho de disponer de la nuda propiedad, ni al propietario el de disponer del usufructo.

151. Cuando la comunidad se vuelve propietaria, se aplican las consecuencias que proceden del derecho de propiedad, tales como acabamos de aplicarlas al esposo propietario (núms. 142-147). El marido puede enajenar los objetos muebles cuya propiedad adquiere la comunidad. Hay autores que enseñan que el derecho de enajenar no depende del derecho de propiedad, en este sentido: que el marido tuviera el derecho de vender en calidad de administrador. (2) Transladamos á lo que fué dicho acerca de esta teoría en el capítulo *De la Comunidad Legal* (t. XXI, núms. 162-165).

Los acreedores del marido pueden embargar los muebles de la mujer, puesto que hacen parte de los bienes de su deudor que forman su prenda.

Siendo propietaria la comunidad ella es quien soporta los riesgos; el mobiliar perece ó se deteriora para ella, pero también aprovecha del aumento de valor que puede tener.

En fin, en la disolución de la comunidad el esposo tiene derecho al valor ó avalúo de sus muebles. Cuando el mobiliar fué valuado, el marido está considerado como comprador, debe el precio por el que la mujer está como habiéndole vendido su mobiliar. Si se trata de cosas consumibles ó de

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 457, pfo. 522.

2 Aubry y Rau, t. V, pág. 457, nota 26, pfo. 522.

cosas destinadas á ser vendidas, la mujer tiene derecho al valor; ¿pero qué valor? ¿Es el valor cuando la entrega ó el que tienen las cosas cuando la disolución de la comunidad? Nos parece que es en el primer sentido como debe decidirse la cuestión; entregar al marido cosas destinadas á ser consumidas ó vendidas, es darles el valor que tienen en aquel momento y no el valor que podían tener cuando la disolución de la comunidad; el esposo no puede recoger un valor diferente del que entregó á la comunidad y él también debiera consumir ó vender. Luego sólo puede reclamar el valor de que hubiera aprovechado consumiendo ó vendiendo. (1)

*Núm. 2. De los inmuebles propios.*

152. La comunidad de gananciales no deroga la comunidad legal en lo que se refiere á los inmuebles; están de derecho común excluidos de la comunidad. Debe, pues, aplicarse á la comunidad de gananciales lo que hemos dicho de los propios de comunidad en el capítulo *De la Comunidad Legal*. Así sucede especialmente para los reemplazos. Para que haya reemplazo bajo el régimen de nuestra cláusula, es menester que las condiciones prescriptas por los artículos 1,434 y 1,435 hayan sido observadas. Esta es una consecuencia evidente del art. 1,528; los principios generales que rigen el reemplazo quedan aplicables por el solo hecho de que la comunidad convencional no los deroga. La jurisprudencia (2) y la doctrina están acordes en este punto. (3) Ha sido sentenciado por aplicación de este principio, que la condición de reemplazo estipulada en un contrato de matrimonio no hiere con inenajenabilidad los inmuebles de la comunidad reducida á las gananciales. Tal es, en efecto, el

1 En sentido contrario, Aubry y Rau, t. V, págs. 457 y siguientes, notas 31 y 32, pfo. 522.

2 Bruselas, 28 de Julio de 1868 (*Pasicrisia*, 1869, 2, 165).

3 Rodière y Pont, t. II, pág. 512, núm. 1256. Colmet de Santerre, t. VI, pág. 340, núm. 161 bis X.

derecho común; y la cláusula de comunidad convencional no trae en él ninguna derogación. (1)

153. No hay ninguna duda cuando se trata de hacer el reemplazo del precio de un inmueble enajenado. El inmueble adquirido durante la comunidad se vuelve una ganancial, sólo es por efecto de la subrogación como toma la naturaleza del propio al que está substituido. Y la subrogación es una ficción por su esencia: poco importa, pues, el régimen bajo el cual la subrogación se hace; la ficción, siendo idéntica, sólo puede cumplirse bajo las condiciones determinadas por la ley. Una mujer casada bajo el régimen de la comunidad vende uno de sus propios; algunos días después compra en su nombre otro inmueble; esto era seguramente con intención de hacer un reemplazo; pero la intención no basta, se necesita una doble declaración en virtud del art. 1,435; á falta de declaración se aplica el art. 1,498, que declara ganancial toda adquisición hecha por los esposos juntos ó separadamente. Ha sido sentenciado que no había reemplazo y que la mujer sólo tenía una compensación contra la comunidad. (2)

154. Ya no hay dificultad cuando los esposos emplean dinero propio en la adquisición de un inmueble. ¿Este inmueble será propio ó ganancial? En la opinión que hemos enseñado acerca del reemplazo debe decidirse que no hay reemplazo (t. XXI, núm. 263). Sólo hay reemplazo cuando un inmueble propio está reemplazado por otro inmueble. La ley no prevee el caso de un propio mobiliar que fuere reemplazado por un propio inmobiliar, y el silencio de la ley es decisivo en esta materia, pues se trata de una ficción y no hay ficción sin ley. Se objeta, y este es un motivo de duda, que si la ley no prevee el reemplazo de un propio mueble

1 Denegada, 23 de Abril de 1847 [Dalloz, 1847, 1, 33]; 13 de Febrero y 5 de Junio de 1850 [Dalloz, 1850, 1, 204 y 205.]

2 Agén, 7 de Febrero de 1821 [Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 2603, 2, c.].

bajo el régimen de la comunidad legal, es porque bajo este régimen no hay, en general, propios muebles, mientras que bajo nuestra cláusula todo mueble de los esposos es un propio; ¿qué importa entonces que los propios sean muebles ó inmuebles? La objeción no está sin fuerza; pero se dirige al legislador más bien que al intérprete. La ley, sin duda, hubiera podido extender la ficción de la subrogación á los propios muebles, pero no lo hizo. En la sección de la comunidad de gananciales evidentemente no lo hizo, puesto que no se dice una palabra de reemplazo. La dificultad está, pues, en saber si el intérprete puede extender la subrogación á un caso no previsto por la ley, y es bien seguro que no tiene este derecho. ¿Se dirá que no es extender la ficción el aplicarla á los propios muebles? La extensión nos parece ser evidente. En efecto, el reemplazo de los artículos 1,434 y 1,435 supone que un propio inmobiliar está reemplazado por un propio inmobiliar; es extenderlo el suponer que un propio inmobiliar pueda reemplazar un propio mueble. Que no se diga que el resultado es indiferente bajo el régimen de nuestra cláusula, puesto que todos los bienes son propios. En realidad, cuando un inmueble toma el lugar de un mueble, las convenciones matrimoniales se hallan cambiadas. El marido tiene un crédito mobiliar; emplea el capital que se le reembolsa en comprar un inmueble. ¿Cuál debiera ser el resultado regular de esta operación? Es que el inmueble cae en la comunidad á reserva de que el marido ejerza su devolución cuando la disolución de la comunidad. ¿Cuál es el resultado si se admite la ficción del reemplazo? Es que el marido ejerce inmediatamente su devolución adquiriendo un propio. Hay, pues, derogación á las convenciones matrimoniales. Si la mujer es quien reemplaza dinero propio, habrá también un cambio en el contrato matrimonial. El dinero, á la vez que queda propio, entra en la comunidad; y el

marido como jefe lo aprovecha, puesto que puede disponer del dinero, á reserva de recompensa cuando la disolución. Las cosas cambian cuando el dinero se emplea en inmuebles. El marido no tiene la disposición de los inmuebles adquiridos en reemplazo, puesto que forman propios; luego el contrato de matrimonio está modificado en los efectos que debía producir.

Hay sentencias en el sentido de nuestra opinión. (1) La Corte de Casación se pronunció en favor de la opinión contraria. Parte de este principio ó, mejor dicho, de este hecho: que bajo el régimen de la comunidad legal sólo hay propios inmuebles; el art. 1,434 está redactado bajo el punto de vista de este hecho, por esto es que sólo habla del reemplazo de los propios inmuebles. Bajo el régimen de la comunidad convencional, al contrario, puede haber propios muebles; nada se opone entonces, dice la Corte, á que estos propios ficticios reciban un reemplazo en inmuebles. Contestamos el punto de partida de esta argumentación. Es verdad que en general no hay propios muebles bajo el régimen de la comunidad legal, pero no es exacto decir que esta comunidad sólo reconoce propios inmuebles; basta citar el art. 1,401, que permite al donante stipular que los efectos por él dados no entrarán en la comunidad; son, pues, propios. Pero aunque haya propios muebles, la ley no autoriza para reemplazarlos con propios inmobiliarios. Luego no se puede apartar el art. 1,434; este artículo decide la cuestión contra el reemplazo por esto solo: que no lo admite. Y si el reemplazo no se puede hacer bajo el régimen de la comunidad legal, tampoco puede hacerse bajo el de la comunidad convencional; el art. 1,528 es terminante. Ambas comunidades sólo forman una, salvo derogación. No es, pues, exacto

1 Dousi, 2 de Abril de 1846, y Rennes, 12 de Diciembre de 1846 (Daloz, 1847, 2, 198 y 199). Compárese Casación, 21 de Marzo de 1849 (Daloz, 1849, I, 165).

to decir que nada se opone á que propios muebles estén reemplazados con inmuebles; el texto y los principios que rigen las ficciones se oponen á ello. Esto es atacar, dice la Corte, la libertad de las convenciones matrimoniales. Nō; respetamos esta libertad. Las partes pueden estipular por sus convenciones matrimoniales que el dinero propio de los esposos se emplearán en inmuebles. Esto no es un reemplazo, es un empleo. En este caso, el dinero propio está reemplazado por inmuebles propios, porque tal es la ley de las partes contratantes. El empleo es la ejecución del contrato, mientras el reemplazo, fuera del art. 1,434, es una derogación al contrato. Y la ley quiere la mayor estabilidad en las convenciones matrimoniales; una vez éstas fijadas, deben ser ejecutadas como lo entendieron las partes. ¿Acaso la libertad de las convenciones invocada por la Corte de Casación hubiera permitido á los esposos hacer reemplazo de sus propios? Nō, seguramente. Pues esto decide la cuestión. La ley no permite reemplazar los propios muebles por inmuebles, luego este reemplazo no se puede hacer. (1)

### § III.—DEL PASIVO.

#### Núm. 1. *De la contribución á las deudas.*

155. La cláusula de comunidad reducida á las gananciales arrastra la separación de bienes en el sentido de que cada esposo conserva sus bienes presentes y futuros, muebles é inmuebles; sólo los productos son comunes y los bienes adquiridos con los ahorros realizados con estos productos. Puesto que el patrimonio de los esposos les queda propio, debe suceder lo mismo con sus deudas; por esto el art. 1,498 comienza por

1 En sentido contrario, Casación, 16 de Noviembre de 1859 (Dalloz, 1859, 1, 490); Bourges, 27 de Agosto de 1853 (Dalloz, 1855, 2, 319); Bruselas, 19 de Mayo de 1873 (*Pasicrisia*, 1873, 2, 240); 25 de Junio de 1874 (*ibid.*, 1875, 2, 62).

decir que los esposos que estipulan la comunidad de gananciales están como si excluyeran de la comunidad las deudas de cada cual, *actuales ó futuras*; es decir, todas las deudas que dependen de su patrimonio. El principio es, pues, que el pasivo sigue al activo, lo que es muy natural; los bienes son la prenda de los acreedores; y todos los bienes quedan propios de los esposos; las deudas de que son la prenda deben también quedarles propios.

156. Las deudas *actuales* están excluidas de la comunidad de gananciales, mientras que, bajo el régimen de la comunidad legal, las deudas muebles que tenían los esposos en el día de la celebración del matrimonio entran en el pasivo. Esta es una consecuencia del principio que acabamos de recordar. La comunidad legal se compone activamente de todo el mobiliar que los esposos poseían el día de la celebración de su matrimonio (art. 1,409); luego las deudas muebles deben también entrar en el pasivo; mientras que, bajo el régimen de nuestra cláusula, el mobiliar presente está excluido del activo; luego las deudas mobiliarias presentes deben estar excluidas del pasivo. Y como las deudas inmobiliarias están excluidas por derecho común, resulta que todas las deudas presentes, cualquiera que sea su naturaleza, quedan propias de los esposos.

157. Según el art. 1,498 las deudas *futuras* están igualmente excluidas de la comunidad de gananciales; ¿cuáles son estas deudas futuras? Corresponden al mobiliar futuro que está excluido del activo; y el mobiliar futuro que es propio del esposo es aquel que, según el art. 1,409, entra en el activo de la comunidad legal; es decir, el mobiliar que vence á los esposos durante el matrimonio á título de sucesión ó de donación; por consiguiente, el art. 1,409 hace entrar en el pasivo de la comunidad legal las deudas que tienen á su cargo las sucesiones que vencen á los esposos. Bajo el régimen de la comunidad de gananciales, al contrario, las suce-

siones y donaciones mobiliares están excluidas del activo; lo que arrastra á la consecuencia de que las deudas de las sucesiones y donaciones inmobiliares están, de derecho, excluidas de la comunidad; resulta de esto que todas las deudas futuras, en tanto que son una dependencia de bienes futuros, están excluidas de la comunidad de gananciales.

No decimos que *todas* las deudas futuras están excluidas de la comunidad de gananciales aunque el art. 1,498 parece decirlo así. La separación de las deudas no es completa, así como la separación de bienes no lo es. Hay una comunidad que tiene su activo y su pasivo. Se compone activamente de los bienes que no están excluidos de la comunidad de gananciales; es decir, de los productos de los bienes de los esposos y de todas sus adquisiciones. Se compone pasivamente de las deudas que no dependen del patrimonio presente y futuro; es decir:

1.º De las deudas contraídas por el marido durante la comunidad, ó por la mujer con consentimiento del marido (art. 1,409, núm. 2). Deben agregarse las deudas que la mujer contrae con autorización de la justicia, en los dos casos previstos por el art. 1,427. Esto resulta del principio de interpretación establecido por el art. 1,528; la regla general del art. 1,409 queda aplicable en tanto que la comunidad de gananciales no la deroga. Y nuestra cláusula implica sólo la exclusión de las deudas futuras que gravan las sucesiones y las donaciones vencidas á los esposos; luego las demás deudas de que se compone el pasivo de la comunidad entran también en el pasivo de la cláusula de gananciales. Esto se funda también en la razón. El marido, jefe de la comunidad, al obligarse obliga sus bienes comunes, es administrador, señor y dueño; y no puede administrar los bienes comunes, ni disponer de ellos ni obligarse, y no puede obligarse personalmente sin obligar los bienes de que es señor y dueño. En cuanto á la mujer, obliga á la comunidad legal cuando contrae

con autorización de su marido; luego obliga también la comunidad de gananciales, siempre en virtud del principio del art. 1,528. La razón, por otra parte, es la misma; transladamos á lo que ya fué dicho en el capítulo *De la Comunidad Legal*. Hay que decir otro tanto del art. 1427; es aplicable á la comunidad de gananciales en virtud del principio del art. 1,528, y la razón es idéntica en ambos regímenes.

2.º De las rentas é intereses de las deudas personales de ambos esposos. La comunidad de gananciales tiene el goce de todos los bienes personales de los esposos, y los intereses de las deudas son un cargo del goce. Este cargo es más grande en la comunidad de gananciales que en la comunidad legal, puesto que las deudas muebles presentes y futuras, que entran en la comunidad legal, están excluidas de la comunidad de gananciales; pero como el goce de la comunidad abarca todos los bienes, el cargo está en relación con el beneficio, en el sentido de que el pasivo sigue al activo.

3.º De las operaciones usufructuarias de los inmuebles que no entran en la comunidad. A este respecto no hay ninguna diferencia entre la comunidad legal y la comunidad de gananciales, puesto que la fortuna inmobiliaria de los esposos queda bajo el imperio del derecho común.

4.º De los alimentos de los esposos, de la educación y manutención de los hijos y de toda obligación procedente del matrimonio. Este cargo incumbe á la comunidad convencional, por aplicación del art. 1,528 y por que hay identidad de motivos.

158. La doctrina y la jurisprudencia están unánimes en todos estos puntos. (1) Hasta se tiene trabajo en entender que se puedan presentar dificultades cuando el texto de la ley está terminante. (2) Nos limitaremos á relatar una deci-

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 340, núm. 161 bis XII. Denegada, 6 de Febrero de 1833 y Burdeos, 12 de Diciembre de 1834 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núms. 2610 y 2611).

2 Fué sentenciado que los gastos de registro de una donación hecha á la mu-

sión de la Corte de Casación. El marido pide prestado, bajo el régimen de la comunidad de gananciales. Esta es una deuda contraída por el marido como jefe, luego cae en el pasivo de la comunidad. Esto no se contestaba; pero la mujer pretendía que el marido debía compensación del dinero porque lo había empleado en provecho personal. Es seguro que la teoría de las compensaciones es aplicable á la comunidad de gananciales, pero debe aplicarse con todas las condiciones y reglas del derecho común. Y la primera condición para que haya lugar á compensaciones es que el esposo demandante pruebe que su cónyuge sacó provecho personal de la comunidad. Y en el caso, la mujer probaba sólo que el dinero pedido prestado no había sido empleado en provecho suyo; concluía de esto que se había empleado en provecho de su marido.

La conclusión no era lógica, pues las deudas contraídas por el marido como jefe son regularmente contraídas para las necesidades comunes; la compensación no es la regla, es la excepción, y toda excepción debe ser probada. Sin embargo, la Corte de París admitió el sistema de la mujer, sin duda porque le pareció fundado en hecho, pero no lo estaba en derecho. La sentencia fué casada y debía serlo. La Corte de Casación dijo muy bien que no basta comprobar que el empréstito no había servido para pagar cargos personales de la mujer, para inducir que había aprovechado al marido; todo cuanto resultaba era que la mujer no debía compensación, pero de que la mujer no debiera compensación no podía concluirse que la deuda quedaba á cargo de la comunidad, á no ser que estuviera probado que el empréstito había sido empleado en interés personal del marido, y ningún hecho se alegaba en apoyo de esta hipótesis; desde luego la Corte había violado la ley poniendo á cargo del marido una

jer deben reportarse á la comunidad. Casación, 8 de Diciembre de 1874 (Daloz, 1875, 1, 33)

deuda sin que estuviese probado que éste la hubiera personalmente aprovechado. (1)

159. La exclusión de las deudas presentes y futuras tiene como consecuencia que cada esposo debe soportar las deudas que le son propias. En las relaciones de los esposos entre sí, cada uno conserva sus bienes personales y está obligado á las deudas que tienen. La ley no subordina á este principio ninguna condición, no exige que los bienes hayan sido comprobados por inventario. Basta, pues, que una deuda exista á cargo de uno de los esposos para que deba soportarla, si es una deuda presente ó futura en el sentido del art. 1,498. Si la comunidad la pagó, el esposo debe compensación según el derecho común.

*Núm. 2. Derechos de los acreedores.*

160. Estaudo excluidas de la comunidad las deudas presentes y futuras de los esposos, los acreedores no tienen, en principio, acción contra la comunidad, sólo la tienen contra el esposo que es su deudor y en sus bienes; no pueden promover contra la comunidad porque las deudas de que piden el pago no han entrado en el pasivo de la comunidad. Este principio recibe, sin embargo, modificaciones y restricciones.

161. El marido es señor y dueño de la comunidad de gananciales como lo es de la comunidad legal. De ahí se sigue que los bienes de la comunidad y los bienes del marido se confunden mientras dura la comunidad; ambos patrimonios sólo forman uno solo, que es la prenda de todos los acreedores del marido. La consecuencia es que los acreedores personales del marido pueden perseguir su pago en los bienes comunes, puesto que estos bienes pertenecen á su deudor y se vuelven su prenda. Poco importa que los acreedo-

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

res sean anteriores al matrimonio, pues aquel que se obliga obliga todos sus bienes presentes y futuros; por lo tanto, los bienes de la comunidad se vuelven prenda de los acreedores del marido desde el día de la celebración del matrimonio. Pero, á diferencia de la comunidad legal, estando excluido de la comunidad el mobiliar actual y futuro de los esposos, el mobiliar de la mujer no hace parte de los bienes comunes; luego los acreedores del marido no pueden embargarlo. Aquí nace una gran dificultad: ¿Cómo probará la mujer la consistencia de su mobiliar contra los acreedores del marido? Volveremos á este punto.

En la disolución de la comunidad, los acreedores del marido no tienen ya acción contra la masa, pues el marido cesa entonces de ser señor y dueño de los bienes comunes; si la mujer acepta, el marido sólo tiene ya un derecho indiviso en la masa; por consiguiente, sus acreedores personales no pueden ya perseguir su pago en los bienes comunes, sólo tienen acción en los bienes que se pondrán en el lote de su deudor. Como ya no hay comunidad, los acreedores entran en el derecho común; no pueden, pues, tener acción en la mitad de la comunidad que pertenece á la mujer. (1)

162. Los acreedores de la mujer quedan siempre bajo el imperio del derecho común. Durante la comunidad la mujer no tiene ningún derecho en los bienes comunes; sus acreedores no pueden, pues, perseguirla más que en sus bienes personales; y aun así, sólo pueden perseguir la nuda propiedad de estos bienes, como lo diremos más adelante. Los acreedores de la mujer no tienen, pues, ningún derecho en el mobiliar común ni en el del marido. Sin embargo, esto supone que el mobiliar del marido consta en inventario ó en un estado auténtico. Si el marido confundió sus muebles con

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 454 y nota 24, pfo. 522. Troplong, t. II, pág. 146, núms. 2044-2045.

los comunes y con los de su mujer, sin inventario los acreedores tienen acción en todo el mobiliar indistintamente. Se aplica, en este caso, el art. 1,510. Esta disposición se encuentra, es verdad, bajo el rubro de la cláusula de la separación de deudas; pero es aplicable á la comunidad de gananciales, puesto que, bajo este régimen, hay igualmente separación de deudas presentes; á este respecto ambas cláusulas son idénticas. (1)

163. Puede suceder que, á promoción de los acreedores, la deuda haya sido pagada con efectos comunes ó efectos pertenecientes al cónyuge del esposo deudor. En este caso hay lugar á compensación en provecho de la comunidad, ó á indemnización en provecho del cónyuge. El esposo que reclama una compensación en provecho de la comunidad, ó una indemnización en su nombre, deberá probar que los bienes de la comunidad ó sus bienes personales han servido á pagar una deuda que era propia del esposo deudor. ¿Cómo se hará esta prueba entre esposos? Esta es una cuestión muy controvertida en la que volveremos.

#### § IV.—DE LA ADMINISTRACION DE LA COMUNIDAD.

164. Hemos supuesto que el marido es señor y dueño de la comunidad de gananciales como lo es bajo el régimen de la comunidad legal. El principio no es dudoso; es la regla fundamental de todo el régimen de la comunidad, la que no está permitido á los esposos derogar (art. 1,388). Debe, pues, aplicarse al marido lo que hemos dicho en el capítulo *De la Comunidad Legal*: administra los bienes comunes y dispone de ellos á título oneroso con un poder absoluto. Pero su derecho de disposición es menos extenso, puesto que la comunidad está reducida á las gananciales estando excluido

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 455, pfo. 522. Troplong, t. II, pág. 146, número 2046.

de ella el mobiliar futuro y presente de la mujer, resulta que el marido no puede disponer de él á título de propietario (núms. 143-144). El marido es también administrador de los bienes de la mujer. ¿Puede disponer de los muebles propios de la mujer como administrador de sus bienes? Ya hemos examinado esta cuestión en el capítulo *De la Comunidad Legal*.

165. Siendo el poder del marido el mismo bajo el régimen de nuestra cláusula que bajo el régimen de la comunidad legal, deben admitirse todas las consecuencias que proceden del principio. Ha sido sentenciado que el marido puede establecer todas las acciones mobiliarias de la mujer, pero no puede formar acciones inmobiliarias. Se pretendía que el crédito garantizado por una hipoteca se volvía inmobiliar. Esto es un error evidente; el accesorio, dijo muy bien la Corte de Limoges, no puede cambiar la naturaleza del principal. (1)

166. Resulta del mismo principio otra consecuencia: es que toda deuda de la comunidad se vuelve deuda del marido, y da, por consiguiente, acción á los acreedores contra los bienes personales del marido, á reserva del derecho del marido á una compensación cuando sus bienes personales han servido á pagar una deuda de la comunidad.

En cuanto á las deudas contraídas por la mujer, caen á cargo de la comunidad cuando han sido contraídas con autorización del marido, ó con autorización de la justicia, en los casos previstos por el art. 1,427 (núm. 158). Como toda deuda de la comunidad es deuda del marido, resulta que el acreedor de la mujer tendrá el derecho de perseguir su pago en los bienes comunes y en los bienes personales del marido, á reserva de compensación. Este es el derecho común.

1 Limoges, 26 de Noviembre de 1841. (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 2635),

§ V.—ADMINISTRACION DE LOS BIENES DE LA MUJER.

167. El marido es administrador de los bienes de la mujer. Sus poderes, á este respecto, son más extensos bajo el régimen de la comunidad de gananciales, en el sentido de que toda la fortuna personal de la mujer está excluida de la comunidad. Resulta que el marido sólo tiene el poder de un administrador en cuanto á lo mueble de la mujer; si ejerce las acciones mobiliarias, es en calidad de administrador, no es como jefe de la comunidad, puesto que los derechos muebles de la mujer están excluidos de ésta. Y como administrador, el marido es responsable y obligado á dar cuenta de su gestión. Ha sido sentenciado, en consecuencia, que el marido que recibe valores mobiliarios pertenecientes á la mujer debe dar cuenta de ellos cuando la disolución del matrimonio; debe restituirlos ó justificar su empleo en provecho de la mujer. (1)

168. ¿Cuál es la extensión del poder de administración en lo que se refiere al derecho de disponer? En nuestra opinión, el marido no tiene el derecho de disponer como administrador ni de los muebles ni de los inmuebles personales de la mujer. Transladamos á lo que hemos dicho en el capítulo *De la Comunidad Legal*.

§ VI.—LIQUIDACION DE LA COMUNIDAD.

Núm. 1. *Las deroluciones.*

169. La comunidad de gananciales está regida por el derecho común, en lo que se refiere á su disolución, la partición que la sigue y la liquidación previa de la partición. Se aplican igualmente los principios generales en lo que se refiere á las compensaciones. Estando la comunidad reducida á las gananciales, sucederá á menudo que la fortuna perso-

1 Lieja, 15 de Marzo de 1855 (*Pasicrisia*, 1858, 2, 425).

nal de los esposos se emplee en las necesidades comunes ó en el interés del marido como jefe ó como propietario; las compensaciones serán, pues, más numerosas. Al esposo que reclama una recompensa toca probar que se le debe; esto es un principio elemental y de derecho común. Sin embargo, en la aplicación ha sucedido que una corte de apelación lo haya desconocido. Una suma de 40,000 francos había sido entregada al marido por parte de la mujer; ésta pretendía que eran capitales propios y, por consiguiente, que tenía derecho de recogerlos; el marido sostenía que eran intereses que pertenecían á la comunidad á título de usufructuaria. La Corte se pronunció en favor de la mujer, pero lo hizo sin ninguna prueba, á la vez que hacía constar que era imposible saber si se trataba de capitales ó de intereses; y cuando el marido pedía una nueva verificación en apelación, la sentencia fué casada como violando los arts. 1,470-1,499. La mujer que reclamaba una compensación debía probar que tenía derecho á ella; el marido, por su parte, tenía derecho de dar la prueba contraria; la Corte sentenció sin pruebas y sin proceder á la verificación que el marido tenía el derecho de exigir. (1)

170. Según el art. 1,470, cada esposo toma en la masa sus bienes personales que no han entrado en la comunidad. Bajo el régimen de la comunidad legal, los inmuebles quedan sólo excluidos de la comunidad y son regularmente los únicos bienes que los esposos vuelven á tomar. Deben, naturalmente, probar que los bienes que reclaman les pertenezcan; esta es la disposición del art. 1,404 que reputa adquisición de la comunidad, todo inmueble, á menos que el esposo no pruebe que tenía la propiedad ó la posesión legal anteriormente al matrimonio, ó que lo venció á título de sucesión ó donación. Esta prueba se hace según los principios generales de derecho, y ordinariamente no da lugar á

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

dificultad entre esposos; la propiedad de los inmuebles se cuenta por títulos, y éstos bastan para establecer el derecho del esposo demandante; se trata de una reivindicación propiamente dicha, aunque algunas veces se da este nombre á la devolución; el único objeto de la prueba es establecer que el inmueble no es una ganancial, y esta prueba está dada cuando un título hace constar que uno de los esposos adquirió la propiedad ó título personal. Por esto es que la ley no se ocupa de los medios de probar la propiedad de los inmuebles.

Cuando los esposos estipulan la comunidad de adquisiciones, excluyen por esto de la comunidad sus bienes muebles presentes y futuros; tienen, pues, el derecho de recogerlos en virtud del art. 1,470. ¿Cómo darán esta prueba? No se hacen constar los muebles en títulos á falta de él. ¿Cómo probarán los esposos que tales efectos les son propios? El artículo 1,498 dice que cada esposo toma lo que aportó *debidamente justificado*. Queda por saber lo que la ley entiende por *debida justificación*. El art. 1,499 contesta á la cuestión: "Si el mobiliar existente cuando el matrimonio, ó vencido después, no consta en *inventario ó en un estado en buena forma*, está reputado ganancial." Esta disposición aplica á la comunidad de gananciales el principio que el art. 1,402 establece para la comunidad legal extendiéndolo á los muebles. El mobiliar de los esposos está confundido con el mobiliar común; ¿cómo saber cuáles muebles pertenecen á la comunidad y cuáles á los esposos? Al esposo que reclama muebles como suyos, toca justificar que los aportó; si no justifica que los muebles le pertenecen, por esto mismo queda probado que los muebles son gananciales.

Hay, sin embargo, una diferencia entre el art. 1,499 y el art. 1,402. Esta última disposición no dice cómo probará el esposo que tenía la propiedad del inmueble ó su posesión legal antes del matrimonio, y cómo se probará que el

inmueble le tocó á título de donación ó de sucesión; hemos dado la razón de este silencio: el derecho basta, puesto que regularmente el esposo tiene un título que pruebe que el inmueble le es propio. No sucede lo mismo con el mobiliar; á falta de título la ley debió determinar el modo de prueba; esto es lo que hace el art. 1,499; quiere que el esposo dé la prueba por un *inventario* ó un *estado en buena forma*. Se trata de probar que el esposo aportó los efectos muebles, ó que le han vencido durante el matrimonio á título de sucesión. ¿Cuál es el mejor medio de hacer constar este hecho? Es un *inventario*. El inventario no prueba que el mobiliar inventariado pertenece al esposo, pero prueba que no es una ganancial, y tal es el único objeto de la prueba. La ley asimila al *inventario* un *estado en buena forma*. Debe entenderse por esto una acta que contenga la descripción del mobiliar, de modo que conste que el esposo lo aportó, ó que le venció durante el matrimonio. Tal fuera un acto de partición.

¿El contrato de matrimonio puede servir de prueba? Esto no es dudoso si contiene la descripción del mobiliar del esposo. ¿La declaración puesta en el contrato de matrimonio de que el mobiliar del esposo es de tal ó cual valor bastaría? Este un punto controvertido, del que volveremos á tratar. Por ahora se trata de establecer el principio y está muy controvertido.

171. En la opinión general se distingue si la prueba de lo aportado se hace entre esposos ó si se hace contra terceros acreedores. Entre esposos se hace otra nueva distinción entre el mobiliar aportado cuando el matrimonio y el mobiliar que vence á los esposos durante la comunidad. Vamos á exponer nuestra opinión presentando á la ley nuestras dudas y escrúpulos.

*Núm. 2. Prueba de la propiedad del mobiliar.*

*I. Entre esposos.*

*1. Del mobiliar presente.*

172. Se admite que el art. 1,499 se aplica á lo aportado por los esposos entre sí. Se sienta, pues, como principio que uno de los esposos puede establecer contra el otro la consistencia del mobiliar que pretende haber poseido el día de la celebración del matrimonio, sólo por medio de un inventario ó estado en buena forma anterior á aquella época. ¿Pero qué debe entenderse por inventario ó estado en buena forma? Acerca de este punto hay disentimientos. Unos dicen que basta un inventario privado, siempre que haya sido registrado antes del matrimonio; otros exigen un inventario auténtico. (1) Se entiende que esta última opinión es la nuestra. Cuando la ley exige un inventario, se refiere siempre á una acta auténtica, por la excelente razón de que el inventario está destinado á evitar contestaciones que pudieran presentarse acerca de la consistencia del mobiliar; y para alcanzar este propósito se necesita una acta auténtica. No hay un solo artículo del Código que se conforme con un inventario privado; si el art. 1,499 derogase la regla, esta excepción debería estar consignada en el texto; en el silencio de la ley hay que atenerse á la práctica universal. Por la misma razón, el estado en buena forma de que habla el art. 1499 debe entenderse de un estado auténtico; tal es el estado estimativo que debe acompañar á las donaciones mobiliares (art. 948); una cuenta de tutela privada sería en nuestro concepto insuficiente.

173. Los autores no se atienen á la regla formulada por el art. 1,499: enseñan que los tribunales pueden, según las

1 Rodiére y Pont, t. II, pág. 519, núm. 1264; Aubry y Rau, t. V, pág. 450, pfo. 522.

circunstancias, admitir como estableciendo suficientemente la consistencia del mobiliar, un inventario ó estado redactado *pocos días* después de la celebración del matrimonio y firmado por los esposos, ó aun una acta de partición hecha en un tiempo *cercano* al del matrimonio, aunque en ausencia del otro cónyuge. En estos términos es como los editores de Zachariæ formulan la doctrina generalmente admitida. (1) Se creería, según esto, que tal es la opinión de todos los autores que ellos citan. No es así; cada autor modifica la doctrina á su antojo, lo que es inevitable cuando se aparta uno del texto de la ley. Creemos inútil entrar en la discusión de estas opiniones particulares; preguntaremos á los que profesan la opinión general, con qué derecho modifican y extienden el art. 1,499; debieramos decir: con qué derecho borran esta disposición del Código Civil, pues es borrarla el decir que los tribunales pueden, *según las circunstancias*, admitir otra prueba que la determinada en el art. 1,499. Invocan la autoridad de Pothier; podríamos contestarles con Odier, que hay una autoridad más respetable que la suya: es la autoridad de la letra de la ley. (2) Es de principio que el Código debe ser interpretado por la tradición cuando el Código la consagra; pero basta comparar las palabras de Pothier con el art. 1,499 para convencerse que los autores del Código no han reproducido su doctrina. Observemos desde luego que Pothier no habla de la comunidad de gananciales; es al tratar de la cláusula de lo aportado (artículos 1,500 y 1,502) cuando sienta en principio que el esposo que ofreció un *aporte* debe justificar la cantidad de su mobiliar que ha entrado en la comunidad. El régimen es, pues, otro que la comunidad de gananciales y la cuestión es diferente. Pothier no habla siquiera de un inventario; dice, como el

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 450, nota 13, pfo. 522. Compárese Rodière y Pont, t. II, pág. 520, núm. 1266.

2 Odier, t. II, pág. 107, núm. 692.

Código Civil, que el *aporte* está insuficientemente justificado por la declaración hecha en el contrato de matrimonio, y á falta de declaración por un estado hecho entre los cónyuges, aun después del matrimonio y privadamente; en fin, por actas no sospechosas hechas antes ó poco después del matrimonio, aunque el otro cónyuge no haya estado presente. Pothier agrega que cuando no hay ninguna acta se admite aun la prueba por fama pública. (1) Los autores del Código tenían á la vista esta teoría. ¿La siguieron? Exigen un inventario que Pothier no menciona; agregan: ó un estado en buena forma; lo que supone un estado equivalente al inventario; nada dicen de un estado posterior al matrimonio y mucho menos se conforman con la prueba de la fama pública. El sistema es, pues, enteramente diferente. Esto decide la cuestión: la tradición no puede interpretar el Código cuando éste se aparta del derecho tradicional. Que si se quiere mantener la tradición apesar del Código, hay que mantenerla tal cual es. Pues bien, á la vez que apoyándose en la tradición se la modifica, como se modifica al artículo 1,499.

Pothier dice que se admitía la fama común á falta de otra prueba, mientras que los autores que invocan la autoridad de Pothier desechan la fama pública, así como la prueba testimonial; la desechan porque es una prueba excepcional que sólo puede ser admitida en los casos previstos por la ley ó en casos análogos. (2) La razón es excelente; pero testifica contra la autoridad de la tradición en las materias reglamentadas por el Código Civil. Cuando el Código ha innovado el derecho tradicional no puede ya servir á interpretar la nueva ley.

#### 174. La misma anarquía reina en la jurisprudencia. Hay

1 Pothier, *De la comunidad*, núma. 297-300.

2 Aubry y Rau, t. V, pág. 450 y nota 14, pfo. 522. Otros autores admiten la fama común con ó sin modificación. Esta diversidad de opiniones es inevitable cuando los intérpretes se colocan fuera de la ley.

algunas sentencias que se atienden al texto del art. 1,499; (1) pero la Corte de Casación y la mayor parte de las cortes de apelación se han pronunciado por la opinión contraria. Hemos dicho muchas veces que la autoridad de la jurisprudencia es una autoridad de razón; no deben contarse las sentencias, deben pesarse los motivos que dan. Cuando se procede así, el prestigio, ligado á una larga lista de decisiones, disminuye singularmente. En una primera sentencia, la Corte de Casación dijo que el art. 1,499 no es exclusive de la prueba de la propiedad privada de lo aportado. Se funda en el art. 1,498 que permite á los esposos recoger sus *aportes* debidamente justificados. (2) ¿Quiere esto decir que se admite toda justificación? Esta interpretación es inadmisible, pues haría inútil el art. 1,499. La Corte se expresa mal diciendo que se trata de probar la *propiedad* del mobiliar presente; es el *aporte* el que debe ser justificado, y no se concibe mucho otra prueba que la de un estado que describa los efectos muebles aportados por los esposos; el espíritu de la ley es, pues, restrictivo. Supongamos que el esposo produzca una acta de venta en que conste que ha comprado tales muebles; esto prueba que adquirió su propiedad, pero esto no prueba que los haya aportado al matrimonio; el *aporte* no puede ser probado más que por un estado descriptivo del mobiliar, redactado por un oficial público en el momento en que se efectúa el *aporte*; es decir, cuando la celebración del matrimonio.

Si el art. 1,499 no es exclusive, queda por ver cuáles son las pruebas que se admiten á falta de inventario ó de una acta equivalente. La Corte de Casación decide que toca á los jueces del hecho, á los tribunales y á las cortes de apelación, apreciar las pruebas supleatorias que pueden ser mi-

1 Douai, 2 de Abril de 1846 (Dalloz, 1847, 2, 198), y las sentencias casadas. Véase más adelante.

2 Denegada, 17 de Agosto de 1825 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 2619.)

nistradas para justificar la prelación de los *aportes*. (1) Esta es una teoría de las pruebas, que seguramente es excepcional. La ley es quien determina las pruebas; no se atiene al juez. Fuera necesario una disposición terminante para que se pudiera reconocer á los tribunales un poder tan exorbitante; ¿es esto lo que dice el art. 1,499? Nò, pues se trata de una prueba no admitida por esta disposición. Decimos que habiendo determinado la ley la prueba de los *aportes* ninguna otra prueba puede admitirse. La Corte de Casación dice que “*apesar de los términos imperativos* del art. 1,499 se permite al esposo, en el caso á la mujer, establecer la consistencia del mobiliar dotal de otro modo que por el inventario ó un estado en buena forma.” (2) No entendemos en virtud de qué derecho el juez substituye su autoridad arbitaria á una *disposición imperativa* de la ley.

175. Se ha buscado otro modo de substraerse á esta disposición imperativa; esto es negar que lo sea. El art. 1,499, se dice, establece una presunción de propiedad en favor de la comunidad; esta presunción legal no es una de aquellas contra las cuales la ley admite la prueba contraria; luego el esposo á quien se la opone está admitido á combatirla probando, según el derecho común, que el mobiliar que reclama ha sido aportado por él en la comunidad. (3) ¿Será verdad que el art. 1,499 establezca una presunción legal de *propiedad*? El art. 1,499 y el art. 1,402, de que es una aplicación, no crean presunción de *propiedad* por la excelente razón de que la propiedad no está en causa; se trata sólo de saber si tales muebles han sido *aportados* por uno de los esposos ó si fueron *adquiridos* á título oneroso por cuenta de la comunidad; estando el mobiliar presente del esposo confundido con el mobiliar de la comunidad, toca al esposo jus-

1 Denegada, 3 de Agosto de 1831 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 2620).

2 Denegada, 24 de Abril de 1849 (Dalloz, 1849, 1, 246).

3 Pau, 10 de Diciembre de 1858 (Dalloz, 1859, 2, 18).

tificar lo que *aportó*; si no da esta justificación, los muebles que reclaman á título de devolución entrarán en la masa. ¿Cómo debe hacer esta justificación? Por inventario ó un estado en buena forma, dice el art. 1,499. Hé aquí lo que dice la ley; no hay en esto presunción, y aunque se admitiera que la hay, la consecuencia siempre sería la misma, pues queda por saber cómo probará el esposo lo que aportó; y el art. 1,499 lo dice: por un inventario ó un estado análogo. ¿Es esta la única prueba? Vuelve á presentarse la cuestión, como se ve, haya ó no presunción. Aun hay más. En la teoría de una presunción el art. 1,499 se hace inútil; en efecto, conduce á esto: el esposo demandante debe probar el *aporte* según el derecho común. ¿Era necesaria una disposición expresa para decir lo que es de derecho?

La Corte de Casación, que en sus primeras sentencias no había hablado de presunción, acabó por adoptar esta doctrina. (1) Se pone así en contradicción consigo misma, pues comenzó por decidir que el art. 1,499 contiene una disposición imperativa; y una simple presunción admitiendo la prueba contraria, no tiene nada de imperativo. La Corte se pone además en contradicción con los principios; mantiene su antigua doctrina; es decir, que el esposo puede suplir la falta de inventario ó de un estado en buena forma por otras pruebas cuya apreciación pertenece á los tribunales. Si los tribunales, como parecen decirlo la Corte, tienen un poder discrecional, podrán admitir la prueba que quieran. ¿Es este el principio que establece el Código en materia de presunciones? No, seguramente; el art. 1,352 permite, es verdad, la prueba contraria; pero esta prueba es la del derecho común; no está abandonada al arbitrio del juez: la ley es la que decide qué prueba el juez puede ó no recibir.

176. La jurisprudencia está casi unánime cuando se trata de apartarse de la rigurosa aplicación del art. 1,499;

1 Denegada, 30 de Julio de 1872 (Dalloz, 1873, 1, 141).

pero la unanimidad es engañosa si se quiere inducir de ella que las cortes tienen una sola y misma doctrina; usan ampliamente del poder que la Corte de Casación les reconoce para apreciar las pruebas según las circunstancias; y resulta que hay tantos sistemas como sentencias. Un contrato de matrimonio estipula la comunidad de gananciales; indica en términos generales la naturaleza de los objetos muebles pertenecientes á cada esposo, sin precisar su consistencia ni su valor; los esposos declaran que la constancia se hará durante el matrimonio, por estados descriptivos y estimativos redactados privadamente y firmados por ellos. En ejecución de esta cláusula los esposos levantan una acta privada reconociendo cada cual los objetos muebles que les pertenían cuando su matrimonio. Los derechos de la mujer contestaron la validez de esta acta y la sinceridad de las declaraciones hechas por el marido. Fué sentenciado que el acta era valida, pero que las declaraciones eran falsas. ¿Será que un reconocimiento hecho en acta privada por las partes interesadas, después de la celebración del matrimonio, es un estado en buena forma en el sentido del art. 1,499? La Corte de Poitiérs se pronunció por la afirmativa. Este artículo, dice, no exige que el inventario esté hecho antes de la celebración del matrimonio, y ninguna disposición de la ley se opone á que la mujer reconozca durante el matrimonio la naturaleza é importancia de los objetos muebles que pertenecían á su marido cuando se casaron. (1) Comparemos esta interpretación con el texto: el mobiliar *existente cuando el matrimonio* debe constar por inventario ó por un estado en buena forma. Decir que debe inventariarse el mobiliar que existe cuando el matrimonio, ¿no es decir que debe hacerse dicho inventario en aquella época? La ley no tiene sentido ya si se la interpreta de otro modo. En efecto, los esposos podrán, después de veinte ó treinta años de la celebración de

1 Poitiérs, 15 de Noviembre de 1865 [Dalloz, 1866, 2, 69].

su matrimonio, hacer constar la consistencia del mobiliar que han aportado. ¿Qué garantía de sinceridad dará semejante acta? Se dice en vano que el texto de la ley no se opone á que la mujer firme un reconocimiento en provecho del marido. ¿Qué es, pues, el inventario? ¿No es una acta auténtica por esencia? ¡Y por qué quiere la ley que un oficial público intervenga para comprobar la consistencia y el valor del mobiliar? Es inútil contestar á la pregunta. Un inventario privado no es un inventario, es una acta ordinaria; si la ley hubiera entendido conformarse con un escrito privado, hubiera sido inútil exigir un inventario ó un estado en buena forma; bastaba atenerse al derecho común. En definitiva, la jurisprudencia borra del Código el art. 1,499. Deshacer la ley es también hacerla.

177. La Corte de Agén lo confiesa. Si, dice, la presunción establecida por el art. 1,499 está generalmente aplicada para con los terceros, la jurisprudencia está menos rigurosa para con los esposos entre sí; á falta de estado ó de inventario estableciendo la consistencia de sus propios muebles, el marido ó la mujer pueden justificar para con el otro esposo, por otras pruebas cuya apreciación se deja á los tribunales. Esta es la fórmula de la Corte de Casación (números 174 y 175). ¡En qué se funda la jurisprudencia? ¡Cuál es el principio que le permite aplicar la ley con más ó menos rigor para con unos ú otros, y substituir una prueba que la ley prescribe con otras pruebas abandonadas á la apreciación del juez? La Corte de Agén contesta á la pregunta: La jurisprudencia es la que así lo decide. (1) Así la jurisprudencia está invocada por una corte como suprema autoridad, autoridad superior á la ley, puesto que la modifica y la descompone.

Nadie se atrevería á reivindicar esta autoridad para la jurisprudencia; sin embargo, de hecho goza de ella; cuando

1 Agén, 2 de Julio de 1869 (Dalloz, 1870, 2, 185).

la jurisprudencia ha pronunciado todo está decidido, y las mismas cortes acaban por invocar la jurisprudencia, como si fuera la ley. Por esto es que criticamos la jurisprudencia cuando hay lugar. Nuestra ciencia es una ciencia racional, no debe reconocer otra autoridad que la de la razón para interpretar las leyes. Después de esto no pretendemos que la doctrina consagrada por el art. 1,499 sea la mejor; esto es asunto del legislador; si se mostró demasiado riguroso entre los esposos, que modifique lo que hay de excesivo en sus exigencias; en cuanto al juez, no le toca juzgar la ley.

178. La expresión *estado en buena forma* parece dar al juez cierta latitud; en realidad, es tan restrictiva como la palabra *inventario*. En efecto, la ley no dice *un escrito, una prueba en buena forma*, dice *un estado*, y un estado, cuando se trata del mobiliar que debe constar, no puede ser otro que un estado descriptivo y estimativo; sólo que este estado no debe necesariamente ser un inventario, puede ser otra acta, siempre que sea auténtica. La jurisprudencia no se atuvo al sentido literal de la ley; la extendió tanto así, que nada quedó del texto.

La Corte de París reconoce lo que otras cortes niegan; que el estado exacto y en buena forma debe ser hecho en el momento del matrimonio; pero agrega que el artículo 1,499 puede no aplicarse en todo su rigor, respecto á un objeto mueble designado en el contrato de matrimonio, cuando es seguro que no ha cambiado de naturaleza. En el caso se trataba de un fondo de comercio de vendedor de muebles; la mujer se lo había constituido en dote, excluyéndolo de la comunidad de gananciales; apartando las circustancias de la causa toda idea de fraude, la Corte admitió que la mujer podía recoger su fondo de comercio. (1) La decisión está fundada en la equidad; ¿lo está en derecho? La Corte con-

<sup>1</sup> París, 23 de Febrero de 1835 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 2616).

fiesa que se ha apartado del rigor de la ley; esto es condenar de antemano su resolución.

La doctrina de la Corte de París no podía ser admitida más que si se tratase de un objeto particular del que una acta auténtica, anterior al matrimonio, comprobase la propiedad en favor del esposo. Tal sería, según la legislación francesa, una oficina de notario; el acta que confiere esta oficina al marido, es un acta auténtica anterior á la celebración del matrimonio; el contrato hace constar esta propiedad, así como la voluntad del marido en excluirlo de la comunidad. Esto es seguramente un estado en buena forma. (1).

179. ¿Debe irse más allá y admitirse que el art. 1,502 es aplicable á la comunidad de gananciales? Este artículo dice: "Lo aportado queda suficientemente justificado, en cuanto al marido, por la declaración hecha en el contrato de matrimonio de que su mobiliar es de tal valor. Está justificado bastante para con la mujer, por el recibo que le da el marido, ó á los que la dotaron." Ha sido sentenciado que la declaración del marido ó el recibo dado por él no bastan para comprobar lo aportado por los esposos en la comunidad de gananciales. Si se atiene uno al texto de la ley la cosa es evidente. Una *declaración* sin descripción no es un *estado*; luego no satisface al art. 1,499. El *espíritu de la ley* se opone igualmente á la extensión del art. 1,502. Primero, la cláusula es diferente; el art. 1,502 prevee la cláusula de *aporte*; es decir, la cláusula en virtud de la cual los esposos ponen su mobiliar en comunidad hasta concurrencia de cierta suma; mientras que en el art. 1,499 se trata de una cláusula que excluye de la comunidad el mobiliar presente y futuro. El objeto del art. 1,502 es el de probar que el esposo hizo el *aporte* ofrecido; el objeto del art. 1,499 es el de

1 Burdeos, 19 de Febrero de 1856 (Dalloz, 1856, 2, 177).

probar que el mobiliar que quiere recoger el esposo no es una ganancial. ¿Podrá aplicarse una disposición por analogía, cuando no existe tal analogía? (1) En el recurso de casación, la Corte se abstuvo de decidir la dificultad invocando las circunstancias de hecho que hacían inaplicable el artículo 1,502 al caso, aun suponiendo que pudiera aplicarse á la comunidad de gananciales una disposición dictada para la cláusula de *aportes*. El marido había declarado sencillamente, en el contrato de matrimonio, que su mobiliar consistía, entre otros valores, en créditos, vales y dinero disponible, sin indicar la cuotidad ni el valor de los créditos; además el marido no había probado ni ofrecido probar que estos vales, títulos y créditos hubiesen sido pagados, ni que una cuotidad determinada de dinero hubiese sido entregada á la comunidad. La Corte dijo que al decidir, en vista de este estado de cosa, que no había lugar á devolución por parte de los herederos del marido, la sentencia atacada no había violado ninguna ley. La sentencia fué casada por otro motivo. (2)

Los autores admiten que el art. 1,502 es aplicable á la comunidad de gananciales porque hay absolutamente la misma razón. (3) Esto no es exacto en lo que se refiere al intérprete. El legislador hubiera podido conformarse con la declaración del marido y el recibo dado á la mujer cuando menos por lo que toca á los *aportes* de los esposos entre sí, pero no lo hizo así; el art. 1,499 es mucho más riguroso que el art. 1,502. ¿Hay una razón de esta diferencia? No le importa al intérprete. Se encuentra en presencia de dos cláusulas diversas: una la comunidad de gananciales procedente de los países de derecho escrito; la otra la cláusula de *aporte* de origen de costumbres. ¿Cómo se hace la prueba de la

1 Corte de la Isla Borbón, 10 de Mayo de 1845 (Dalloz, 1852, 1, 187).

2 Casación, 8 de Marzo de 1852 (Dalloz, 1852, 1, 186).

3 Duranton, t. XV, pág. 36, núm. 19. Rodière y Pont, t. II, pág. 525, n.º 1271. Aubry y Rau, t. V, pág. 451 y nota 15, pfo. 522.

consistencia del mobiliar excluido de la comunidad de gananciales? El art. 1,499 exige un inventario. ¿Cómo se hace la prueba de que el esposo ha realizado el *aporte* ofrecido? El art. 1,502 se conforma con una declaración del marido ó un recibo dado á la mujer. Estas dos disposiciones son enteramente diferentes; el intérprete no tiene derecho de confundirlas cuando el legislador las ha separado; no le pertenece transportar la disposición del art. 1,502 en la comunidad de gananciales, ni tampoco transportar el art. 1,499 en la cláusula de *aporte*. No hay que razonar por analogía donde el legislador ha decidido.

Esta no es una disputa de palabras. El art. 1,499 exige un *estado* en buena forma para comprobar el mobiliar que cada esposo realiza; el art. 1,502 se conforma con una *declaración* para probar lo aportado. Una *declaración* no es un *estado*; no comprueba un hecho. Esto es tan verdadero que la jurisprudencia admite que la declaración del marido no basta para autorizarlo á ejercer las devoluciones muebles por él declaradas; debe probar que realmente aportó al matrimonio aquello que pretende recoger. La declaración hecha por el marido que posee tales créditos no prueba que estos créditos existan ni que han sido entregados á la comunidad. Ha sido sentenciado que el marido, á falta de prueba, no podía ejercer las devoluciones del valor de los créditos por él declarados. (1) ¿No debe concluirse de esto que el legislador hizo bien en exigir un *estado* auténtico de los créditos, así como de todos los efectos muebles cuya devolución quiere ejercer el esposo?

180. La doctrina y la jurisprudencia admiten que el artículo 1,499 recibe una excepción en el caso en que uno de los esposos adquiera un crédito contra su cónyuge en virtud de una sucesión á la que fuera llamado. Esta excepción es la consecuencia de los principios generales. El heredero

1 París, 21 de Julio de 1871 (Dalloz, 1871, 2, 231)

ejerce el crédito de su autor, tanto en cuanto á los medios de prueba como en cuanto al fondo. Y la circunstancia de estar el heredero casado y haber adoptado tal ó cual régimen no puede modificar de ningún modo sus derechos. Si, pues, á falta de otras pruebas el difunto pudiera hacer que el deudor absolviera posiciones, su heredera tendría el mismo derecho contra su cónyuge. No se puede oponer el artículo 1,499 al esposo heredero; esta disposición no prevee el caso en que el esposo fuera heredero; por consiguiente, esta hipótesis queda bajo el imperio del derecho común. (1)

## 2. *Del mobiliar futuro.*

181. ¿El mobiliar futuro se comprueba de una manera que el mobiliar presente? Esta cuestión parece singular cuando se lee el art. 1,499; está resuelta negativamente en toda letra. La ley pone ambos casos enteramente en la misma línea: "Si el mobiliar *existente cuando el matrimonio ó vencido después* no ha sido comprobado por inventario ó por un estado en buena forma, se reputa ganancial." Así, no sólo no distingue la ley entre el mobiliar presente y el mobiliar futuro sino que rechaza terminantemente la distinción. Luego todo mobiliar reclamado por los esposos debe constar por inventario, si no se le reputa como ganancial y se comprende en la masa repartible.

Sin embargo, la mayor parte de los autores (2) enseñan que se debe aplicar á la comunidad de adquisiciones la disposición del art. 1,504 así concebida: "El mobiliar que vence á cada esposo durante el matrimonio debe constar en inventario." Esta es la disposición del art. 1,499; hasta aquí hay, pues, identidad de principios. ¿Pero cuál será la consecuencia de la falta de inventario? Acerca de este punto

1 Denegada, 29 de Noviembre de 1853 (Daloz, 1854, 1, 129). Aubry y Rau, t. V, pág. 452 y nota 20, pfo. 522.

2 Duranton, t. XV, pág. 26, núm. 16, y todos los autores, excepto Delvin-court.

los arts. 1,504 y 1,499 difieren. Según el art. 1,499, el mobiliar no inventariado se reputa ganancial; la ley no permite á los esposos probar que este mobiliar les vino por una sucesión ó una donación. El art. 1,504, al contrario, distingue entre el marido y la mujer. «Si el mobiliar vencido al marido no consta por inventario ó por un título propio para justificar su consistencia y valor, deducción hecha de las deudas, el marido puede ejercer la devolución.» Esta disposición está también conforme á la regla del art. 1,499: el mobiliar del marido no inventariado es ganancial y comprendido en la masa repartible. No sucede lo mismo con el mobiliar vencido á la mujer. «A falta de inventario, la mujer ó sus herederos están admitidos á dar la prueba, sea por título ó por testigos, y aun por fama pública, del valor de este mobiliar.»

¿Puede aplicarse á la comunidad de gananciales una regla establecida para la cláusula de realización? La analogía de ambas cláusulas es segura. Cuando el mobiliar presente y futuro está realizado, la cláusula sólo difiere de nombre con la comunidad de gananciales. Si sólo está realizado el mobiliar futuro, la analogía subsiste; ¿no es este el caso de aplicar el antiguo adagio que donde hay iguales motivos para decidir la decisión debe ser la misma? Admitiríamos la aplicación analógica del art. 1,504 si el art. 1,499 no hubiera zanjado la dificultad (núm. 119). Pero no se razona por analogía más que en el silencio de la ley; cuando la ley habló no hay ya lugar á aplicación analógica. En efecto, la analogía tiene por objeto llenar un vacío de la ley; se ocurre, en este caso, á la intención probable del legislador; pero cuando el legislador ha manifestado claramente su voluntad, no puede ya tratarse de una voluntad probable. Nuestra cuestión se reduce, pues, á saber si el artículo 1,499 zanjó la dificultad que el art. 1,504 resuelve por una distinción. Es difícil negarlo. Cuando el mobiliar de

los esposos no ha sido inventariado es ganancial, dice el art. 1,499, sin distinguir entre el marido y la mujer y sin admitir á ésta á la prueba por la fama pública. El artículo 1,504, al contrario, no reputa ganancial el mobiliar no inventariado sino cuando se trata del mobiliar vencido al marido, mientras que el mobiliar vencido á la mujer puede ser comprobado por testigos y por la fama pública. Hay decisión, y de decisión diferente, hay que atenerse á ella. Poco importa que la distinción entre el marido y la mujer sea racional; se trata de saber si es compatible con el texto del art. 1,499; y este artículo decide la cuestión en otro sentido que el art. 1,504; esto es perentorio.

182. ¿Cuáles son los motivos en los cuales se funda la opinión contraria? La mayor parte de los autores ni siquiera discuten la cuestión. Se creería que no hay dificultad; la hay, sin embargo, y es muy grave. Se trata de saber si el intérprete puede corregir la ley y modificarla. Rodière y Pont dicen que el art. 1,499 está *modificado* ó *explicado* por el artículo 1,504. Dejemos á un lado la pretendida *explicación*; el legislador no pudo pensar en explicar una ley que está clara como la luz del día. ¿Puede admitirse que una disposición de la *comunidad de gananciales* esté *modificada* por una disposición de la *cláusula de realización*? Si el legislador hubiera tenido la intención que se le da, habría distinguido en el art. 1,499 entre el marido y la mujer ó se hubiera referido en cuanto al mobiliar futuro al art. 1,504; en lugar de esto, dice sencillamente y en términos absolutos, que el mobiliar futuro no inventariado es ganancial; al interpretarlo en el sentido del art. 1,504, se hace decir á los autores del Código lo contrario de lo que dicen. Un excelente jurisconsulto, Colmet de Santerre, reconoce que el art. 1,499 es *inexacto*; corrige, pues, la ley, introduciéndole una distinción que el legislador no hizo; ¿es esa la misión del intérprete? (1)

1 Casación, 8 de Diciembre de 1874 (Daloz, 1875, 1, 33). Rodière y Pont,

Se invocaría en vano el espíritu de la ley. El legislador, sin duda, hubiera podido admitir para la comunidad de gananciales la distinción que hizo en la cláusula de realización. Pero no lo hizo y los trabajos preparatorios prueban que no pensaba en hacerlo. Hemos dicho en otro lugar (t. XXI, núm. 192) que en el Consejo de Estado se había propuesto hacer con la comunidad de adquisiciones el derecho común. ¿Por qué fué desechada esta proposición? Unicamente por causa de la formalidad del inventario que el art. 1,499 prescribe para comprobar lo aportado presente y futuro. Esto era, pues, en la mente del legislador, una formalidad esencial que no convenía modificar, así para el mobiliar futuro como para el presente. Esto es una razón decisiva para atenerse al texto de la ley.

183. Debemos colocarnos en el terreno de la opinión general ya que la nuestra es casi aislada. ¿Por qué el artículo 1,504 da á la mujer el derecho exorbitante de probar por todo género de pruebas, aun la de la fama pública, la consistencia del mobiliar que le vence durante el matrimonio, mientras que no goza de este derecho para el mobiliar existente cuando el matrimonio? Antes de la celebración del matrimonio la mujer está libre, goza de todos sus derechos cuando es mayor de edad, y si es menor tiene la asistencia de sus padres ó de aquellos que deben consentir en su matrimonio; la mujer debe, pues, vigilar sus intereses ó por ella la familia; si estipula la comunidad de gananciales es con el objeto de realizar su mobiliar presente; desde luego debe tomar las medidas necesarias para comprobar su *aporte*. No sucede lo mismo cuando una sucesión vence á la mujer durante la comunidad. No es ella quien debe requerir el inventario, pues no tiene la administración de sus bienes; el

t. II, pág. 522, núm. 1267. Colmet de Santerra, t. VI, pág. 344, núm. 162 bis VI. La jurisprudencia está en el mismo sentido. Denegada de la Corte de Cassación de Bélgica, 6 de Febrero de 1863 (*Pasterisca*, 1863, 1, 424).

marido es quien gestiona sus intereses y la ley le encarga expresamente proceder al inventario de los bienes que vencen á la mujer á título de sucesión (art. 1,414). La mujer, extraña á la gestión de sus bienes, no puede pensar en llenar esta formalidad que la ley impone al marido. Si éste descuida de hacer inventario, la ley debe permitir á la mujer comprobar la consistencia y valor del mobiliar que le venció, con pruebas excepcionales, puesto que el marido, por negligencia ó por dolo, la colocó en la imposibilidad de ministrar una prueba legal. Esto es una reparación para la mujer y una especie de pena para el marido.

184. ¿Qué es lo que la mujer puede probar por la fama pública? El art. 1,504 dice: el valor del mobiliar que le venció y, por consiguiente, la consistencia del mismo. Esto supone que el hecho de la sucesión vencida á la mujer está probado. Si fuera contestado ¿se admitiría á la mujer á probar, por esta prueba excepcional, que le venció una sucesión? El art. 1,504 se aplica no sólo á la sucesión *ab intestato* y testamentaria, se aplica también á la donación, y ésta puede hacerse de mano á mano; puede, pues, haber contestación acerca del punto de saber si hubo donación ó si la mujer recibió un mueble como heredera ó legataria. El marido puede objetar á la declaración de la mujer: para que yo esté obligado á hacer inventario es necesario que exista un mobiliar vencido á la mujer; y la ley no dice que se admitirá á la mujer á probar, por cualquiera vía, que le venció una sucesión ó una donación. Semejante derecho no tendría razón de ser, puesto que el marido no está obligado á comprobar estos hechos, y si no tiene culpa no hay lugar á aplicarle un castigo permitiendo á la mujer una prueba muy peligrosa. Esta es nuestra opinión. La prueba por fama pública sólo se admite cuando el marido tiene culpa, y no la tiene por no haber hecho constar por acta una donación ó una sucesión vencida á su mujer; luego no hay lugar á permitir á la mu-

jer probar por testigo y fama pública que una sucesión ó donación le ha tocado. La opinión contraria ha sido consagrada por la Corte de Casación. (1)

185. En cuanto al marido, el art. 1,504 decide que á falta de inventario del mobiliar que le pueda tocar durante el matrimonio, no puede ejercer la devolución. No tiene excusa el marido cuando no procede al inventario como la ley se lo ordena. Debe sufrir las consecuencias de su negligencia ó de su dolo. La ley agrega que puede suplir el inventario con un título propio para justificar la consistencia y el valor del mobiliar que le venció. Esto es lo que el artículo 1,499 llama un estado en buena forma. Cuando un título contiene la descripción y avalúo del mobiliar hechos por un oficial público, esta acta equivale á un inventario: tal fuera el estado estimativo que debe anexarse á la donación entre vivos (art. 948). (2)

Fué sentenciado que al marido no se admite á probar el mobiliar que le venció, por testigos y por presunciones. (3) Esto se entiende; cuando el acreedor puede procurarse una prueba literal, los testimonios y las presunciones no se admiten en la materia que excede del valor de 150 francos; y en el caso del art. 1,449 no sólo puede el marido sino que debe proceder á un inventario, lo que le da una prueba auténtica de la consistencia y del valor del mobiliar que pretende haberle vencido.

186. ¿Qué debe decirse de los herederos de los esposos? El art. 1,504 da á los herederos de la mujer el mismo derecho que concede á ésta. Esto no es un privilegio que le sea personal, es una garantía de sus derechos; y si la mujer

1 Denegada, 28 de Noviembre de 1866 [Daloz, 1867, 1, 209].

2 Aubry y Rau, t. V, pág. 461, nota 18, pfo. 522. Massé y Vergé según Zanchariæ, t. IV, pág. 177, nota 12, exigen imperiosamente un inventario; olvidando el art. 1499, el cual se conforma con un estado en buena forma, así como el artículo 1504.

3 Limoges, 3 de Agosto de 1860 (Daloz, 1861, 2, 48).

puede reclamarla, con más razón podrán hacerlo los herederos que han estado en la imposibilidad absoluta de vigilar por sus intereses. El art. 1,504, al declarar que el marido no puede ejercer la devolución del mobiliar no inventariado, no menciona á sus *herederos*. Se ha concluido de esto que los herederos permanecen bajo el imperio del derecho común; es decir, que están admitidos á probar la consistencia del mobiliar vencido al marido, tanto por títulos como por testigos y aun por fama pública. (1) Esto es contrario á todos los principios: la fama pública es una prueba enteramente excepcional que no se admite más que en los casos previstos por la ley. Además, los herederos no tienen otros derechos que los de su autor, á no ser que tengan títulos personales que no procedan del difunto, tal como el de reservatario. Hay una sentencia en este sentido y esta es también la opinión común de los autores. (2)

### *II. Para con los acreedores.*

187. ¿Se aplica el art. 1,499 á las relaciones de los esposos con los acreedores? Acerca de este punto todos están acordes. Si el mobiliar propio de los esposos no consta por inventario, se aplica el art. 1,510, según el cual, en caso de separación de deudas, los acreedores de los esposos pueden perseguir su pago en el mobiliar no inventariado como en todos los bienes de la comunidad. Ya hemos dicho que el art. 1,510, aunque se encuentra bajo el rubro de la separación de deudas, es aplicable á la comunidad de gananciales, puesto que este último régimen arrastra también la separación de deudas. (3) En nuestra opinión no se necesita ocurrir al art. 1,510, colocado en otra sección, lo que siempre hace dudosa la cuestión; el art. 1,499 está concebido en térmi-

1 Rodière y Pont, t. II, pág. 523, n.º 1268.

2 Límiges [sentencia citada, pág. 194, nota 3]. Aubry y Rau, t. V, pág. 459, nota 19, pfo. 522.

3 Duranton, t. XV, pág. 37, n.º 20, y todos los autores.

nos generales y absolutos; todo mobiliar no inventariado es ganancial y, por consiguiente, los acreedores de la comunidad y del marido pueden embargarlo. El esposo cuyo mobiliar fuese embargado por los acreedores de su cónyuge ni siquiera tendría recurso contra éste, puesto que, en la opinión que hemos enseñado, el mobiliar no inventariado también se reputa ganancial entre los esposos. Hacemos á un lado nuestra opinión para colocarnos en el terreno de la opinión general.

La jurisprudencia admite que el art. 1.499 se aplica en todo su rigor á las relaciones de los esposos con los acreedores. Esta disposición se forma, se dice, en favor de los acreedores y contra los esposos, una presunción *juris et de jure*; es decir, que ninguna prueba contraria está admitida contra la presunción de la ley. (1) Basta leer el art. 1,350, el que enumera las presunciones contra las que no se admite ninguna prueba, para convencerse de que no es aplicable á nuestro caso. Y suponiendo que hubiese una presunción llamada *juris et de jure*, ¿se concibe que esta presunción rija las relaciones de los esposos con los acreedores y que no rija las relaciones de los esposos entre sí? En este debate no se ha reparado en una cosa: es que el art. 1,499 se liga con el segundo inciso del artículo 1,498. Pues bien, el art. 1,498 nada dice de la prelación de los *aportes* debidamente justificados, ni de la partición de las gananciales, luego de las relaciones de los esposos entre sí; sólo trata de los acreedores. Si, pues, se quisiera introducir en el art. 1,499 una distinción entre el esposo y los terceros, habría que decir que la ley sólo se refiere á los esposos. En todo caso, no se entiende cómo una sola y misma presunción admita y no admita la prueba contraria; esto es contradictorio. Debe abandonarse la idea de presunción; el art. 1,499 sólo es la aplicación de los principios generales del derecho, y estos princi-

1 Burdeos, 9 de Abril de 1853 [Daloz, 1853, 5, 84].

pios reciben su aplicación tanto á los acreedores como á los esposos.

La aplicación del artículo 1,499 á los acreedores se justifica además perfectamente. Estos tratan con el marido en fe del mobiliar que posee; si el marido pudiera oponerles, sin inventario, que tales muebles han sido aportados por la mujer y no pueden ser embargados por ellos, nada fuera tan fácil como frustrar á los acreedores substrayendo á sus promociones los efectos más preciosos con los que contaba para su pago. (1)

188. Resulta de la doctrina que la jurisprudencia ha consagrado, que la mujer no puede oponerse al embargo de sus muebles por los acreedores más que cuando puede probar la consistencia del mobiliar por un inventario ó un estado en buena forma anterior al matrimonio si se trata del mobiliar que pretende haber aportado, y por un inventario ú otro estado autántico si se trata del mobiliar que pretende haber recibido por sucesión ó donación durante el matrimonio. Se dirá que esto es sacrificar el interés de la mujer por el de los acreedores. Nō, pues la mujer puede antes del matrimonio redactar un inventario de sus *aportes*; puede aun durante el matrimonio requerir el inventario del mobiliar que le vence, puesto que esto es un acto conservatorio que las personas incapaces tienen el derecho de hacer. No se la admitirá á probar por testigos ó por la fama pública, contra los acreedores, que el mobiliar embargado por ellos lo venció por sucesión ó donación. Fué sentenciado que tampoco puede oponerles un inventario privado, redactado después de la separación de bienes por ella y su marido. (2) La mujer podrá resultar perjudicada si realmente el mobiliar embargado por los acreedores le pertenece. Tendrá en este ca-

1 Burdeos, 21 de Enero de 1853 (Daloz, 1853, 2, 191). Lyon, 13 de Marzo de 1867 (Daloz, 1867, 2, 213).

2 Denegada, Sala Civil, 19 de Junio de 1855 (Daloz, 1855, 1, 305).

so un recurso contra su marido, y para con éste se la admítirá á prevalecerse del art. 1,504; podrá probar contra él que el mobiliar que embargaron los acreedores le ha vencido á título de sucesión ó donación; el marido será responsable por haber descuidado de formar inventario como la ley se lo previene. (1)

189. Ha sucedido que la mujer se haya reservado por contrato de matrimonio el derecho de probar por testigos la consistencia de su mobiliar. ¿Es válida esta reserva? En nuestro concepto es nula aun entre esposos. En efecto, las pruebas no dependen de la voluntad de las partes contratantes, las establece la ley y el juez las ordena conforme á la ley. Las pruebas son de orden público; es decir, que no pertenece á las partes interesadas el reglamentarlas por sus convenciones. La jurisprudencia admite generalmente esta doctrina cuando la mujer quiere oponer á los acreedores la estipulación de su contrato de matrimonio; es evidente que no puede oponerles una convención en la cual los acreedores no han tenido parte. (2) ¿Debe concluirse de esto que la convención es obligatoria entre los esposos? La distinción es contraria al principio que rige á las pruebas; éstas son de orden público tanto para con las partes como para con los terceros, y no se permite á los contratantes derogar lo que es de orden público.

Hay una sentencia contraria de la Corte de Poitiérs. En el caso el contrato de matrimonio decía que, en caso de renuncia, la futura tendría el derecho de recoger, libre de toda deuda de la comunidad, tanto sus aportes como lo que fuese justificado por ella por todo género de pruebas, aun la fama pública, como habiendo entrado por su parte en la comunidad á título de sucesión, donación ó de otra manera.

1 Rodiére y Pont, t. II, pág. 524, núm. 1269.

2 Poitiérs, 6 de Mayo de 1836 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 2615). Dijón, 14 de Agosto de 1872 (Dalloz, 1873, 2, 166).

La validez de esta cláusula fué contestada por un acreedor. Fué sentenciado que era válida entre las partes y para con los acreedores. La Corte invoca el art. 1,387, según el cual la ley no rige la asociación conyugal más que á falta de convenciones especiales que los esposos pueden hacer como lo juzguen á propósito. Esta libertad tiene límites, la Corte lo reconoce; los futuros esposos no pueden derogar las buenas costumbres ni al orden público. La Corte ni siquiera pregunta si la cláusula litigiosa es contraria al orden público; se limita á decir que puede ser opuesta al acreedor que pudo y debió conocer la condición de aquel con quien trató, el régimen bajo el cual está casado y las estipulaciones del contrato. (1) Hay en esto una completa confusión de los verdaderos principios con proposiciones erróneas. Sin duda las convenciones matrimoniales pueden oponerse á los terceros en tanto que reglamentan los derechos de los esposos en sus bienes; pero la cláusula litigiosa no se refería á los derechos de la mujer en sus bienes, daba á ésta el poder de probar, aun por la fama pública, la consistencia del mobiliar que podía vencerle. Antes de decidir si esta cláusula puede ser opuesta á los terceros, debía haberse examinado si la cláusula era válida; y es bien seguro que no lo es. El legislador sólo puede autorizar pruebas excepcionales, tales como la fama pública; el juez no la puede ordenar fuera de los casos previstos por la ley, y las partes no pueden estipular una prueba que la ley prohíbe.

*Núm. 3. Cómo se ejercen las devoluciones.*

190. El art. 1,498 dice que los esposos toman sus *aportes* debidamente justificados. Estos son los términos de que se vale la ley para calificar las devoluciones de los esposos (artículos 1,470-1,472). Deben aplicarse á estas prelaciones los principios generales que rigen las devoluciones bajo el régimen

1 Poitiére, 16 de Diciembre de 1868 (Dalloz, 1869, 2, 203).

men de la comunidad legal. La estipulación de la comunidad de gananciales no deroga dichos principios; luego reciben su aplicación en virtud del art. 1,528. Esto no está contestado, pero en la aplicación que la jurisprudencia hace de ello se encuentran amenudo extraños errores. Puesto que la jurisprudencia se ha vuelto una autoridad igual á la ley, hay que discutirla.

191. Los esposos estipulan la comunidad de gananciales; la mujer se constituye en dote algunos efectos muebles, ropa, vestidos, alhajas, etc. por valor de 5,000 francos; se constituye, además, unos créditos por valor de 10,000 francos, estipulando que el marido estaría obligado á emplearlos en inmuebles. Los efectos muebles estimados por el contrato no fueron inventariados ni constaban en un estado en buena forma. ¿Cuál debía ser la consecuencia? El art. 1,499 contesta á la cuestión: el mobiliar no inventariado se reputa ganancial; es decir, que la mujer no podía ejercer la disolución. En la opinión general, la mujer debía admitirse á la prueba de la consistencia del mobiliar no inventariado, según el derecho común. No es así como interpreta la Corte de Grenoble el art. 1,499. El mobiliar reputado ganancial, dice, debe, á la disolución de la comunidad, estar confundido con los demás gananciales, pero el valor de estos efectos, comprobado por el contrato de matrimonio, no deja de constituir un propio de la mujer, que tiene derecho de tomar en la masa. (1) Esto es decir que los efectos muebles que el artículo 1,499 reputa *gananciales*, forman *propios*. Esto es contradictorio en palabras: si el mobiliar es un propio es imposible que sea una *ganancial*, y si es una *ganancial* no puede ser un *propio*. El error nos parece evidente.

### § VII.—PARTICIÓN.

192. Según el art. 1,498, la partición se limita á los ga-

1 Grenoble, 19 de Julio de 1851 (Dalloz, 1852, 2, 292).

nanciales hechos por los esposos durante la comunidad, y entre ellos se comprende, según el art. 1,499, el mobiliar actual y futuro si no consta en inventario ó en un estado en buena forma; este mobiliar, aunque propio, se reputa ganancial. Se dice que esto es una presunción de la ley, ó, mejor dicho, una ficción, pues se supone que uno de los esposos había aportado muebles ó que le habían vencido; este mobiliar debía serle propio; no obstante, la ley lo declara ganancial; el esposo no puede, pues, ejercer la devolución, queda confundido en la masa repartible; no son reales gananciales, son gananciales ficticios.

193. Las deudas se dividen como bajo el régimen de la comunidad legal. Pero el pasivo es mucho menos considerable, puesto que las deudas actuales y futuras están excluidas de la comunidad. Se sigue de esto que los esposos no pueden ser demandados como socios por las deudas que uno de ellos contrajo antes del matrimonio, ni por aquellas que gravan las sucesiones que les vencen, pues todas estas deudas quedan excluidas de la comunidad; el de los esposos que no las ha consentido no puede estar obligado, como esposo común, á la mitad de dichas deudas; el acreedor sólo tiene acción contra el esposo que es deudor personal y se entiende de que su acción es por el todo. Los principios de la comunidad legal sólo se aplican á las deudas contraídas durante la comunidad. El de los esposos que habló en el contrato es deudor personal, y obligado por el todo, y el cónyuge por la mitad á título de socio. Dentro de estos límites la mujer goza también del beneficio de emolumento; para con los acreedores, por las deudas que el marido ha contraído durante la comunidad; para con el marido, por cuálquiera deuda que cae en el pasivo de la comunidad, aunque fuera por su parte. En cuanto á las deudas de la mujer, anteriores al matrimonio ó gravando las sucesiones ó donaciones que se le hagan durante el matrimonio, la mujer no puede invocar el

beneficio de emolumento contra los acreedores, puesto que es deudora personal; ni contra el marido, puesto que no son deudas de la comunidad.

Durante la comunidad los acreedores personales del marido tienen acción en el mobiliar de la mujer cuando se ha confundido, sin inventario, con el mobiliar común. Esta es la disposición del art. 1,510, que es aplicable á la comunidad de gananciales, puesto que bajo este régimen hay también separación de deudas. ¿Queda la mujer obligada en su parte de mobiliar común, después de la disolución de la comunidad? Excelentes autores parecen enseñarlo así; (1) esto es muy dudoso. Si durante la comunidad los acreedores pueden perseguir todo el mobiliar que posee el marido, aun el que procede de la mujer, esto es únicamente porque el marido no puede justificar por un inventario ó un estado en buena forma, que dicho mobiliar pertenece á su mujer; el mobiliar se reputa ganancial porque no fué inventariado; pero la mujer no está obligada personalmente ni como socio. En la disolución de la comunidad los acreedores sólo tienen acción personal contra el marido y en sus bienes, luego en la mitad de los bienes comunes. ¿Tienen acción contra la mujer? Nō, no tienen acción personal porque la deuda le es extraña; no la pueden demandar como socio porque la deuda no ha entrado en el pasivo. ¿Tienen acción en el mobiliar común que constituya el emolumento de la mujer? Nō, porque sólo tenían derecho en el mobiliar común, comprendiendo el mobiliar de la mujer no inventariado, porque se confundía con los bienes del marido. Esta confusión cesa por la partición; luego los efectos deben, pues, cesar.

¿Los acreedores de la comunidad se prefieren á los acreedores de los socios? La Corte de Burdeos les ha concedido derechos de preferencia invocando los principios que rigen

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 460, nota 35, pfo. 522.

P. de D. TOMO XXIII—28

las sociedades. (1) ¿No es esto una reminiscencia del antiguo derecho escrito que consideraba la comunidad de gananciales como una sociedad ordinaria y le reconocía la calidad de persona civil? En nuestro derecho moderno ni la sociedad ni, por consiguiente, la comunidad de gananciales son personas civiles. De esto se sigue que los acreedores de la comunidad son también acreedores de los esposos; no hay, pues, ninguna razón de preferencia en favor de los primeros.

194. Si la mujer renuncia la comunidad se aplica el principio del art. 1,493. Recoge sus bienes personales; bajo el régimen de la comunidad legal son los inmuebles; bajo el de la comunidad de gananciales son todos los muebles é inmuebles presentes y futuros. La mujer debe justificar sus *aportes* en virtud de los arts. 1,498 y 1,499. Cuando la justificación esté hecha, la mujer recoge en naturaleza el mobiliar existente cuando la disolución de la comunidad. Si el mobiliar no existe ya, el marido debe el valor que tendría en el momento en que la mujer ejerce su devolución. El marido está admitido á probar que el mobiliar de la mujer pereció por caso fortuito; en este caso queda libre; en efecto, la mujer promueve en virtud de su derecho de propiedad y las cosas perecen para el propietario. En los casos en los que el marido se ha vuelto propietario (núms. 148-150) debe el valor ó avalúo; debe el avalúo cuando las cosas han sido valuadas; debe el valor cuando las cosas son consumibles. ¿Cuál es la época que se considera en este caso para dar valor al mobiliar? Haciéndose la comunidad propietaria, en virtud del casi usufructo que tiene en todas las cosas consumibles, debe aplicarse por analogía el art. 587, según el cual el usufructuario devuelve cosas de igual can-

1 Burdeos, 23 de Enero de 1826 y 6 de Julio de 1832 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 2511). Compárese Rodière y Pont, t. II, pág. 543, núm. 1286, y el tomo XXI de estos *Principios*, núms. 392 y siguientes.

tidad, calidad y valor cuando se extingue el usufructo. (1)

La mujer renunciante queda obligada á todas las deudas anteriores al matrimonio, así como á las que dependen de las sucesiones ó donaciones vencidas durante el matrimonio. Estas deudas no entran en la comunidad y quedan personales á la mujer y son regidas por el derecho común. En cuanto á las deudas de la comunidad está libertada de las que no ha contraído personalmente. En cuanto á las que proceden de ella, queda obligada para con los acreedores por el todo como deudora, pero tiene un recurso contra su marido; para con éste está librada de toda contribución á las deudas (art. 1,494).

#### § VIII.—DE LAS CLAUSULAS QUE MODIFICAN LA COMUNIDAD DE GANANCIALES.

Núm. 1. *De la comunidad reducida á los gananciales muebles e inmuebles.*

195. ¿La comunidad puede ser reducida á los gananciales muebles e inmuebles? Esto es de uso en la antigua Provincia de Normandía. Se encuentran ejemplares en Bélgica. La jurisprudencia admite su validez, ó, para decir mejor, no parece que se haya contestado su validez ante los tribunales. Los autores han presentado algunas dudas bastante serias. La cláusula usual reduce á las adquisiciones inmobiliarias; resulta, se dice, que del marido depende reducir la comunidad á nada comprando sólo efectos muebles, y como éstos quedan en propiedad suya, podrá aventajarse á expensas de la mujer, que sólo será socio para entregar sus rentas á la comunidad sin sacar ninguna ventaja de sus ahorros. Se ha contestado que siempre habría una comunidad, en este sentido: que el producto del trabajo de ambos esposos y el producto de sus bienes se pondrían en común. Que si el marido só-

1 Rodière y Pont, t. II, pág. 541, núm. 1282.

lo hace adquisiciones muebles, la mujer no tendrá mucho que quejarse, puesto que el marido estaba libre de gastarlo todo. Por otra parte, hay un régimen en el que todas las adquisiciones pertenecen al marido: es el régimen exclusive de la comunidad; con más razón los esposos pueden estipular que la mujer sólo aprovechará de las adquisiciones inmobiliarias. (1)

Se ha hecho otra objeción; la ley quiere que las convenciones matrimoniales permanezcan inmutables; si el contrato dice que la comunidad estará reducida á los gananciales inmuebles, es necesario que no dependa del marido el no adquirir inmuebles, si no el régimen es precario, depende del capricho del marido. (2) Esto es, según nos parece, aplicar mal el principio de la inmutabilidad de las convenciones matrimoniales. A decir verdad, nada está cambiado en el contrato, aunque el marido no comprase ningún inmueble; en efecto, el contrato no impone al marido la obligación de comprarlos, sólo declara que los que compre serán comunes. Y esta convención subsiste, nada se ha cambiado. ¿Qué importa que el régimen sea precario? Siempre hay algo precario en el régimen de la comunidad de gananciales, puesto que depende del marido comprar ó no comprar. Bajo el régimen de la comunidad de gananciales, tal como lo organiza el Código, puede suceder que el marido no compre muebles ni inmuebles; en este caso nada hay que repartir; lo que no impide que haya comunidad de gananciales.

196. ¿De qué se compone el activo de la comunidad así modificada? La comunidad se reduce á los inmuebles y á los efectos muebles que el marido compra durante el matrimonio. Si está reducida á los inmuebles, ¿qué sucederá con los objetos muebles adquiridos por el marido? Serán de propiedad del comprador, según el derecho común, la mujer no

1 Rodière y Pont, t. II, pág. 497, núm. 1232. Aubry y Rau, t. V, pág. 401 y nota 37, pfo. 522.

2 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 344, núm. 162 bis VII.

puede tener ninguna parte en ello; en vano se diría que si acepta la comunidad está *como si* hubiera concurrido á los actos hechos por el marido. Esto es verdad para las actas que el marido hace como jefe de la comunidad; pero, bajo el régimen de la comunidad reducida á los gananciales inmuebles el marido no obra como jefe cuando compra efectos muebles, sólo obra como propietario; sus actos son extraños á la mujer común. Llegamos á la consecuencia de que el marido queda propietario exclusive de los objetos muebles que ha comprado. (1)

197 Resulta de esto que, bajo el imperio de esta cláusula, el marido no debe compensación por las sumas que toma en el mobiliar para emplearlas en la mejora de sus propias, pues no las toma en la comunidad, componiéndose ésta sólo de las gananciales inmobiliarias; en cuanto al mobiliar, el marido es propietario y dispone de él como gusta. La mujer, al contrario, debe indemnizar á su marido el dinero empleado en su interés personal; no es deudora de la comunidad á título de recompensa, pues no toma nada de ésta; es deudora de su marido, puesto que el dinero que emplea pertenece á éste. (2)

198. El principio es incontestable, pero la aplicación presenta una dificultad. Según el art. 1,408, el marido se vuelve propietario exclusive del inmueble de que es copropietario por indiviso. Cuando adquiere á título de licitación ó de otra manera, la ley agrega: "á reserva de indemnizar á la comunidad por la suma que ministró para esta adquisición." Cuando la comunidad está reducida á las gananciales inmobiliarias, el marido no debe compensación á la comunidad, puesto que nada toma en ella. ¿Es esto decir que el artículo 1,408 no sea aplicable á esta cláusula? Así se ha pretendido, y se concluía de ello que habiendo servido el dinero

1 Radière y Pont, t. II, pág. 513. núm. 1257.

2 Aubry y Rau, t. V, pág. 401, nota 39, pfo. 522.

del marido para adquirir un propio, había que aplicar las reglas del reemplazo. La Corte de Casación ha desechado estas pretensiones. El art. 1,408 debe recibir su aplicación desde que el marido se hace adquirente de un inmueble de que era copropietario por indiviso; seguramente no es éste un reemplazo. En la opinión que hemos enseñado esto es evidente, puesto que el reemplazo sólo existe cuando el esposo compra un inmueble con dinero procedente de la venta de un propio. Lo mismo sucede bajo el punto de vista de la opinión general. El marido que se hace adjudicatario del inmueble de que es copropietario por indiviso no compra, sale de la indivisión; luego se encuentra en el caso previsto por el art. 1,408. Poco importa que pague el precio con su dinero; todo cuanto resulta es que no debe compensación. (1).

199. La comunidad reducida á las gananciales inmobiliares ha dado lugar á otra dificultad. Se pregunta cómo contribuyen los esposos á las deudas que caen en el pasivo. ¿Debe el marido contribuir por razón de las adquisiciones mobiliarias, ó sólo soportar la mitad de las deudas por tomar la mitad de la comunidad, componiéndose ésta exclusivamente de inmuebles? La jurisprudencia se pronunció en este último sentido; los autores están divididos. No titubeamos en admitir la opinión que la jurisprudencia ha consagrado. La comunidad de adquisiciones queda sometida al derecho común en tanto que el contrato de matrimonio no lo deroga. ¿Y cuál es el derecho común en cuanto á las deudas que contrae el marido? Caen en el pasivo de la comunidad. Esta debe, pues, soportarlas, el marido por la mitad y la mujer por la otra mitad. Si la comunidad basta para el pago de las deudas, la mujer las pagará de su emolumento. Resultará que la parte de la mujer en la comunidad quedará absorbida por las deudas, pero esto no es una razón para que el marido contri-

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

buya á ellas por más de la mitad, poniendo á su cargo una parte de las deudas correspondiente al valor d<sup>e</sup> los gananciales muebles. Estos gananciales se confunden con sus bienes personales; y el marido nunca está obligado en sus bienes por más de la mitad de las deudas de la comunidad. (1)

*Núm. 2. De las cláusulas que atribuyen las gananciales al supérstite ó á los hijos.*

200. El contrato dice que las gananciales pertenecieron al supérstite. ¿Es válida esta cláusula y cuál es su efecto? La validez de la cláusula no puede ser contestada. Según el art. 1,525, se permite á los esposos estipular que la totalidad de la comunidad pertenecerá al supérstite; si lo pueden cuando la comunidad comprende los muebles presentes y futuros además de las gananciales, con más razón lo podrán cuando la comunidad está reducida á las adquisiciones.

¿Es esta cláusula una liberalidad sujeta á reducción? El art. 1,525 contesta que no es una donación sino una convención de matrimonio y entre socios. Diremos en qué sentido es esto verdad, al tratar de las cláusulas de la partición desigual de la comunidad. Los mismos principios son aplicables á la comunidad de gananciales. Así fué sentenciado, aunque las partes habían declarado que se hacían una donación recíproca en favor del supérstite por la totalidad de las gananciales; los términos de que se valen las partes no pueden cambiar la naturaleza de la cláusula. (2)

201. Se admite generalmente que las gananciales pueden

1 Denegada, Sala Civil, 3 de Agosto de 1852 (Dalloz, 1852, I, 257). Compárense las sentencias de las cortes de apelación citadas por Aubry y Rau, t. V, pág. 461 y nota 39, pfo. 522, y por Rodière y Pont, t. II, pág. 515, núm. 1262. Hay una sentencia de la Corte de Bruselas, de 5 de Noviembre de 1823 (*Pastoriza*, 1823, pág. 52).

2 Véanse las sentencias citadas por Rodière y Pont, t. II, pág. 490, número 1225, nota 3.

ser atribuidas á los hijos por nacer. (1) Preferimos la opinión contraria, muy bien defendida por Odier, y que la Corte de Burdeos ha consagrado por dos sentencias. La cláusula litigiosa no es una convención de matrimonio, es una donación y, como tal, es nula. Acerca de este último punto no puede haber contestación. Atribuir las gananciales á hijos por nacer, es darles bienes por venir, lo que sólo puede hacerse por institución contractual. La ley permite á los esposos hacerse recíprocamente ó el uno para el otro, por contrato de matrimonio, tal donación que gusten; pero no les permite hacer donaciones de bienes por venir en favor de hijos por nacer; luego esta donación es nula, como institución contractual, y no se puede hacer con otro título (2) Queda por saber si la cláusula litigiosa es válida como convención de matrimonio. Se ha sostenido así invocando el artículo 1,387, según el cual los esposos pueden arreglar su asociación como mejor les convenga. (3) Nos parece que el texto y el espíritu de la ley se resisten á la interpretación que se da al art. 1,387. El contrato de matrimonio se refiere á la *asociación conyugal*; determina los derechos de los futuros esposos *en cuanto á sus bienes*. ¿La cláusula que atribuye las gananciales á los hijos por nacer es relativa á los derechos de los socios en sus bienes? No les da ningún derecho, puesto que la comunidad está atribuida á los hijos que no son socios. Los esposos disponen, pues, de los bienes comunes en provecho de terceros que no están asociados, y disponen de ellos á título gratuito; esta es una liberalidad y no una convención matrimonial. El espíritu de la ley conduce á la misma conclusión. Las convenciones matrimoniales están consideradas como actos á título oneroso (artícu-

1 Véanse las autoridades citadas por Rodière y Pont, t. II, pág. 494, nota 1.

2 Odier, t. II, pág. 123, núm. 716-723. Tessier, *Sociedad de gananciales*, número 417. Labbé, *Diario del Palacio*, 1866, pág. 435, nota. Burdeos, 18 de Agosto de 1864 y 23 de Agosto de 1865 (Dalloz, 1866, 2, 217).

3 Rodière y Pont, t. II, pág. 491, núm. 1226.

los 1,496, 1,527, 1,516, 1,525). Entre esposos puede sostenerse así, pero esta teoría no tiene ya ningún fundamento cuando la convención se refiere exclusivamente á los hijos que no están asociados; la ventaja que sacan de la convención es puramente gratuita; es, pues, una liberalidad que reciben y, con este título, la cláusula es nula. (1)

### SECCION II.—*De las cláusulas de realización.*

202. El art. 1,500 dice que los esposos pueden excluir de su comunidad todo el mobiliar presente y futuro; pueden también excluir sólo una parte de sus muebles. El título de la sección II lo dice: *De la cláusula que excluye el mobiliar en todo ó en parte.* Pothier da el nombre de cláusula de realización á la cláusula que excluye de la comunidad el mobiliar de los esposos. Los autores antiguos empleaban la palabra *real* como sinónimo de inmueble; *realizar* el mobiliar quería decir *inmobilizarlo* en este sentido: que el mobiliar *realizado* se asimilaba á los inmuebles que de derecho común están excluidos de la comunidad. Es en este sentido como se denomina "ameublement" (*mobilización*) la cláusula que hace entrar un inmueble en la comunidad asimilándolo á los muebles que entran en el régimen de la comunidad legal. (2)

La cláusula ha conservado el nombre que Pothier le dió. Se la llama también estipulación de *propios* porque tiene por efecto hacer *propio* de los esposos el mobiliar que excluyen de la comunidad. Como de derecho común no hay muebles propios, los autores califican los propios mobiliarios de *ficticios* ó *convencionales*. Estas son malas expresiones porque se prestan al error. No hay más ficción en la realización del

1 Acerca de los efectos de la cláusula, transladamos á Rodière y Pont, t. II, pág. 494, núm. 1227.

2 Colmet de Sauterre, t. VI, pág. 345, núm. 163 bis I